



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tomo XIII - Volumen 1
(Enero - diciembre 2022)

FONDO EDITORIAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**JURISPRUDENCIA RELEVANTE
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**Tomo XIII - Volumen 1
(Enero - diciembre 2022)**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Tomo XIII - Volumen 1
(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 1 (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

Asesor jurisdiccional con funciones de Director Ejecutivo

Juan Manuel Sosa Sacio

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

Presentación	13

A. PROCESOS ORGÁNICOS

A.1.PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

- Expediente 00032-2021-PI/TC, Sentencia 6/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 10 de febrero de 2022)

Caso de la cuestión de confianza II

Proceso de inconstitucionalidad promovido por el Poder Ejecutivo contra el Congreso de la República, en el que se cuestionó la Ley 31355, “Ley que desarrolla el ejercicio de la cuestión de confianza regulada en el último párrafo del artículo 132° y en el artículo 133° de la Constitución Política del Perú”. La parte demandante alegó la inconstitucionalidad de la ley impugnada por haber incurrido en infracciones formales y sustantivas a la Constitución que contravienen sus artículos 43, 102.1, 118. 3, 119, 132, 133, 201 y 206; el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC); el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); y los artículos 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana (CDI), según la interpretación realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) de tales normas internacionales; así como la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional sobre la cuestión de confianza.....

21

- Expediente 00002-2021-PI/TC, Sentencia 201/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 16 de junio de 2022)

Caso del cuestionamiento de los procesos de decisión en el ámbito de la administración pública

Proceso de inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Abogados de Ica, contra el Poder Ejecutivo, en el que se cuestionó la inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos 1341, 1444, 1272 y 1311, el Decreto de Urgencia 007-2019 y el inciso 4 del artículo 248 del TUO de la Ley 27444 del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG). La parte demandante alegó la inconstitucionalidad de las normas impugnadas, específicamente en los literales n) y s) del inciso 1, del artículo 11 de la Ley 30225 de Contrataciones del Estado, porque dichas disposiciones contravienen el principio de personalidad de las sanciones, dado que trasladan una sanción de inhabilitación a una persona jurídica inocente por actos de sus representantes, accionistas o participantes

151

- Expediente 00015-2020-PI/TC, Sentencia 198/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 10 de junio de 2022)

Caso de las medidas extraordinarias para la adquisición de áreas en el Corredor Vial Apurímac-Cusco

Proceso de inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Abogados de San Martín, contra el Poder Ejecutivo, en el que se cuestionó el Decreto de Urgencia 026-2019 y el Decreto de Urgencia 027-2019. La parte demandante alegó la inconstitucionalidad de los decretos de urgencia por contravenir las disposiciones constitucionales que estipulan los derechos a la propiedad y el derecho de los pueblos indígenas referidos a la consulta previa y a la libre autodeterminación. Además, que los decretos de urgencia mencionados fueron expedidos sin observarse los requisitos exigidos por la Constitución.....

199

- Expediente 00020-2021-PI/TC, Sentencia 300/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 04 de octubre de 2022)

Caso de la ley que autoriza el retiro de fondos de las AFP

Proceso de inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Abogados de Lima Sur, contra el Congreso de la República, en el que se

- cuestionó la inconstitucionalidad de la ley impugnada en sus artículos 1 y 3 de la Ley 31192, Ley que facultó a los afiliados al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones el retiro de sus fondos. La parte demandante alegó que dichas disposiciones impugnadas contravienen los artículos 7, 9, 10, 11, 12 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1993 277
- Expediente 00027-2021-PI/TC, Sentencia 337/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 28 de octubre de 2022)
- Caso de la emergencia y reforma del Sistema Nacional de Salud
- Proceso de inconstitucionalidad promovido por el Poder Ejecutivo, contra el Congreso de la República, en el que se cuestionó la Ley 31125, “Ley que declara en emergencia el Sistema Nacional de Salud y regula su proceso de reforma”. La parte demandante alegó la inconstitucionalidad de la ley impugnada por haber incurrido en infracciones formales y sustantivas que contravienen los artículos 2.14, 9, 43, 51, 76, 77, 78, 79, 118.3, 118.17 y 118.24; 119, 168, 188, 189, 191 y 192 de la Constitución Política..... 359
- Expediente 00001-2022-PI/TC, Sentencia 374/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 30 de noviembre de 2022)
- Caso de la regulación del referéndum
- Proceso de inconstitucionalidad promovido por el Poder Ejecutivo contra el Congreso de la República, en el que se cuestionó la Ley 31399, “Ley que fortalece el proceso de aprobación de leyes de reforma constitucional regulado en los artículos 40 y 44 de la Ley 26300, Ley de los derechos de participación y control ciudadanos”. La parte demandante alegó la inconstitucionalidad de la ley impugnada por haber incurrido en infracciones formales y sustantivas que contravienen los artículos 2.17, 31, 32, 43, 45, 102.1, 103, 118.3 y 206 de la Constitución Política, así como el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) 449
- Expediente 00005-2020-PI/TC, Sentencia 370/2022 (publicada en el portal institucional del Tribunal Constitucional el 01 de diciembre de 2022)

Caso de las normas sobre terrorismo

Proceso de inconstitucionalidad promovido por siete mil trescientos cuarenta y cinco ciudadanos contra el Congreso de la República, en el que se cuestionaron las leyes 30610, 30353, 30414, 30717, 30220, 30794, 30323, 30819 y 30151 y los decretos legislativos 1233, 1237, 1367 y 1453, mediante los cuales se modifican y/o introducen disposiciones relacionadas con la represión del terrorismo. La parte demandante alegó la inconstitucionalidad de las leyes impugnadas por haber incurrido en infracciones formales y sustantivas que contravienen, entre otros, los artículos 1, 2, 4, 6, 7, 10, 11, 13, 14 y 103 de la Constitución Política 575

ÍNDICE TEMÁTICO.....	715

PRESENTACIÓN

La figura de un Tribunal Constitucional o, en su defecto, de una Corte que cumpla sus funciones, resulta esencial para la consolidación de un Estado constitucional en el que se garantice el respeto de los derechos fundamentales del ser humano y la expresión soberana del pueblo, titular primigenio del poder, plasmada en el texto supremo. Como bien lo expresó Luis Sánchez Agesta, “el Tribunal Constitucional es la pieza de equilibrio de una ordenación compleja del poder”.¹ Su rol de garante de la vigencia efectiva de los Derechos Humanos y de supremo intérprete de la Constitución, sin duda, es trascendental para mantener el equilibrio institucional, controlar los abusos y el desborde de poder.

Al margen de los mecanismos de control de la constitucionalidad que antaño han existido en la historia constitucional peruana, recién, desde la Constitución de 1979, el modelo peruano cuenta formalmente con un Tribunal Constitucional, entonces llamado Tribunal de Garantías Constitucionales, como órgano autónomo e independiente del Poder Judicial, con la función primordial de proteger la Constitución. Si bien no tuvo una labor del todo exitosa, su institucionalidad fue replicada y perfeccionada con la Carta vigente, que data, como sabemos, del año 1993.

Desde 1996, fecha en la que recién se instaló el Tribunal Constitucional actual, ha tenido una fructífera labor mediante la resolución de causas constitucionales, al controlar muchas veces los excesos y afectaciones, sea de donde provengan, mediante su jurisprudencia, al punto que hoy en día el Tribunal Constitucional del Perú se ha ganado un espacio y un notorio prestigio no solo a nivel interno, sino a nivel de la región continental. Sus decisiones son buscadas, esperadas y, en el

1 SANCHEZ AGESTA, Luis. *Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, 3.^{ra} edición, Editora Nacional, Madrid, 1983, p. 453.

proceso que algunos doctrinarios denominan de “constitucionalización del Derecho”, que coloca a la Constitución y a su supremo intérprete como eje central del ordenamiento jurídico, son utilizadas en cualquier causa judicial, pues con estas interpreta diversos postulados de la Constitución, da contenido y desarrolla los derechos constitucionales, reconoce derechos no enumerados, extrae principios y criterios constitucionales, y establece precedentes vinculantes y doctrina constitucional. En suma, ejerce docencia constitucional.

Debo resaltar que los distinguidos magistrados que me precedieron tuvieron la importante iniciativa de compilar y sistematizar la jurisprudencia relevante emitida cada año por el Tribunal Constitucional. Hoy, como actual Director General del Centro de Estudios Constitucionales, gracias a la decisión de mis colegas magistrados, me toca y me complace seguir con esa sana costumbre que permite a los jueces, fiscales, árbitros, funcionarios, abogados, estudiantes de Derecho y población en general, acceder a las decisiones más importantes dictadas por este órgano constitucional año tras año, tanto en su labor de garante de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales como en su rol de guardián de la Constitución.

En este sentido, me corresponde, en esta ocasión, presentar el Tomo XIII de su jurisprudencia relevante, que compila las sentencias del año 2022; que significó un periodo de transición, pues fue el año que asumieron seis nuevos magistrados, entre los que me incluyo. Así, el nuevo colegiado del Tribunal tomó la posta a partir del 13 de mayo de 2022 en la sustancial labor de la resolución de las causas constitucionales, por lo que en este nuevo tomo de la jurisprudencia constitucional relevante se pueden apreciar las sentencias y, por tanto, los criterios de ambos colegiados.

Centrándonos en su contenido, esta obra comprende el volumen 1 que reúne las sentencias constitucionales relevantes del año 2022 emitidas en los procesos orgánicos; vale decir, en el proceso de inconstitucionalidad y en el proceso competencial; así como el volumen 2 que contiene las sentencias más importantes del aludido año emitidas en los procesos de la libertad o de tutela de los derechos fundamentales, es decir, los procesos de amparo, *habeas corpus*, *habeas data* y de cumplimiento.

Entre las decisiones más destacadas que aparecen en el volumen 1 podemos hallar, por ejemplo, la sentencia recaída en el Expediente 00032-2021-PI/TC (Sentencia 6/2022), Caso de la cuestión de confianza II, en la que se discutió la constitucionalidad de la Ley 31355, que desarrolla el ejercicio de la cuestión de confianza regulada en el último párrafo del artículo 132 y en el artículo 133 de la Constitución Política del Perú; la sentencia recaída en el Expediente 00001-2022-PI/TC (Sentencia 374/2022), Caso de la regulación del referéndum, en la que se evaluó la constitucionalidad de la Ley 31399, que fortalece el proceso de aprobación de leyes de reforma constitucional regulado en los artículos 40 y 44 de la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos; y la sentencia recaída en el Expediente 00005-2020-PI/TC (Sentencia 370/2022), Caso de las normas sobre terrorismo, en la que se discutió la constitucionalidad de diversas leyes y decretos legislativos que aprobaron normas relacionadas con la represión del terrorismo en nuestro país.

En cuanto al volumen 2, está dedicado a las decisiones de los procesos cuyo fin es salvaguardar los derechos fundamentales, entre los que destacan, verbigracia, la sentencia recaída en el Expediente 02151-2018-PA/TC (Sentencia 199/2022), en la que se reconoció al servicio de energía eléctrica como un derecho fundamental no enumerado, que guarda relación con valores fundamentales como la dignidad humana y el Estado social y democrático de Derecho; la sentencia recaída en el Expediente 03853-2021-PA/TC (Sentencia 238/2022), en la que se declaró inconstitucional el artículo 53 del Decreto Ley 19990, en el extremo que exigía que el viudo deba ser mayor de sesenta años de edad a la fecha del fallecimiento de la causante para tener derecho a la pensión de viudez, por cuanto vulneraba el principio-derecho a la igualdad, y se exhortó a los poderes Legislativo y Ejecutivo a que tomen las medidas correspondientes con el fin de garantizar la igualdad de regulación entre viudos y viudas en el acceso a la pensión de viudez; la sentencia emitida en el Expediente 03455-2021-PA/TC (Sentencia 281/2022), en la que se analizó una ordenanza que prohibió el cambio de moneda extranjera en la vía pública del distrito de Miraflores porque se determinó que esta norma autoaplicativa vulneraba los derechos fundamentales a la libertad de comercio y de trabajo; y la sentencia dictada en el Expediente

03041-2021-PHD/TC (Sentencia 119/2022), en la que el Tribunal Constitucional reconoció, definió y precisó el contenido del denominado derecho al olvido, derecho emergente en el orden constitucional que está vinculado a otros derechos fundamentales como el honor, la buena reputación y la intimidad. Asimismo, ese año 2022 el Tribunal Constitucional resolvió dos casos relativos a expresidentes de la república, que generaron comentarios y debates en su momento en la comunidad académica: los casos Alberto Fujimori (02010-2020-PHC/TC) y Pedro Castillo (04044-2022-PHC/TC).

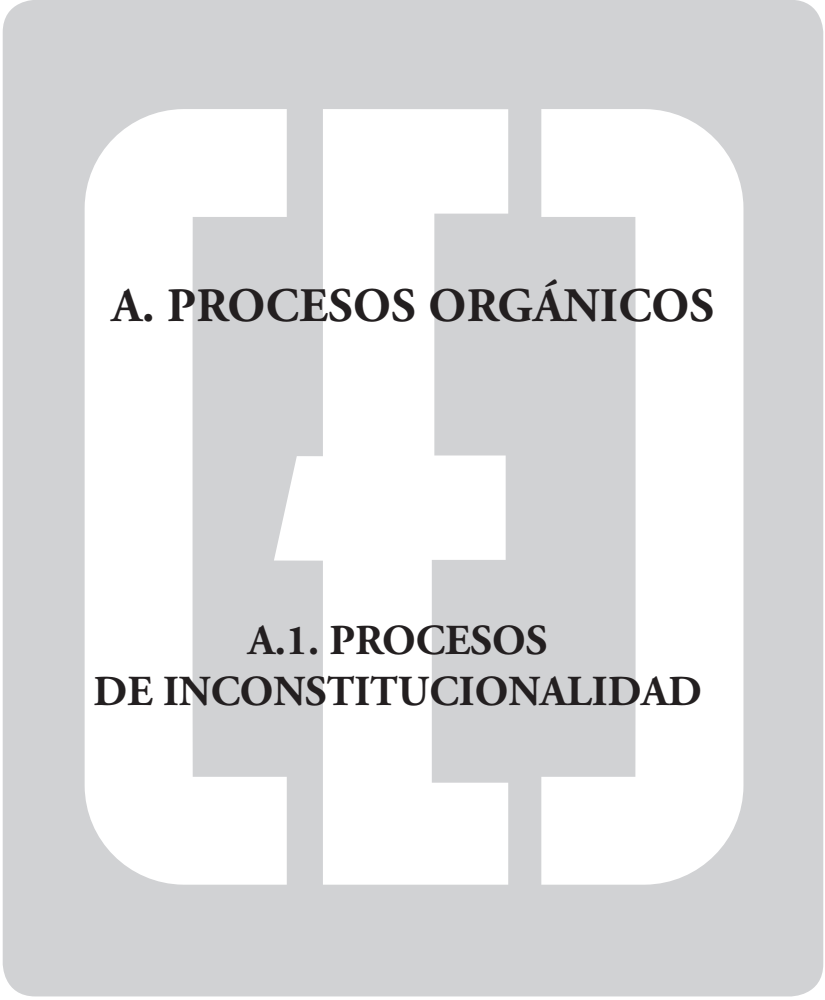
En este segundo volumen, aparecen también los dos precedentes constitucionales emitidos por el Tribunal Constitucional en el año 2022: el contenido en la sentencia recaída en el Expediente 03432-2018-PA/TC (Sentencia 1/2022), por el que se estableció que no hay incompatibilidad entre la percepción simultánea de la pensión de jubilación o cesantía y la remuneración por servicios prestados al Estado, por lo que la Administración pública no podrá suspender las pensiones de aquellos jubilados que decidan reincorporarse al servicio del Estado; y el establecido en la sentencia recaída en el Expediente 03324-2021-PHC/TC (Sentencia 320/2022) que dispone que las sentencias penales o autos que incidan negativamente sobre el derecho a la libertad física de todo procesado deben notificarse a través de cédula en el domicilio real señalado en el expediente, en consecuencia, el plazo para impugnar deberá contarse desde la notificación física.

Por último, en el caso Yoshiyama Tanaka (Expediente 03248-2019-PHC/TC), el Tribunal Constitucional estableció como doctrina jurisprudencial vinculante una serie de 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. Todo ello bajo la comprensión de que la imposición de la prisión preventiva, si bien es una figura legalmente permitida, debe cumplir determinados parámetros y estándares estrechamente vinculados con el deber de una “debida motivación reforzada” de este tipo de decisiones judiciales. Estos criterios se encuentran previstos en la sentencia que también forma parte del volumen 2 de esta obra.

Consideramos que el presente tomo reafirma el compromiso del Centro de Estudios Constitucionales, órgano académico del Tribunal Constitucional, que es el de difundir sistematizadamente la jurisprudencia constitucional relevante dictada año tras año, y se constituye en una herramienta útil para todos, a la vez que contribuye a fortalecer nuestro Estado constitucional.

Finalmente, debo expresar mi sincero agradecimiento a mis colegas magistrados del Tribunal Constitucional por confiarme la dirección del Centro de Estudios Constitucionales y colaborar en todo momento en sus diversas iniciativas; a la presidenta, doctora Luz Pacheco Zerga, y a todos aquellos colaboradores que han hecho posible la publicación de este Tomo XIII, por su constante entrega y dedicación.

César Ochoa Cardich
Director General del Centro de Estudios Constitucionales



A. PROCESOS ORGÁNICOS

A.1. PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD



Pleno. Sentencia 6/2022

Caso de la cuestión de confianza II

Expediente 00032-2021-PI/TC

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión de Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 3 de febrero de 2022, se reunieron los magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada, Miranda Canales, Blume Fortini, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera a efectos de pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad que dio origen al Expediente 00032-2021-PI/TC.

La votación fue la siguiente:

- Los magistrados Espinosa-Saldaña Barrera (ponente) y Ledesma Narváez (con fundamento de voto) votaron por declarar fundada la demanda, en consecuencia, inconstitucional la Ley 31355, “Ley que desarrolla el ejercicio de la cuestión de confianza regulada en el último párrafo del artículo 132 y en el artículo 133 de la Constitución Política del Perú”; asimismo, declarar inconstitucionales, por conexidad, en aplicación del artículo 77 del Nuevo Código Procesal Constitucional, las frases incorporadas por el artículo único de la Resolución Legislativa 0004-2021-2022-CR, que modifican los literales “c” y “d” del artículo 86 del Reglamento del Congreso.
- El magistrado Blume Fortini emitió voto singular por declarar infundada la demanda.
- El magistrado Miranda Canales emitió voto singular por declarar infundada la demanda.
- El magistrado Sardón de Taboada emitió voto singular por declarar infundada la demanda.
- El magistrado Ferrero Costa emitió voto singular por declarar infundada la demanda.

- Los magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada y Blume Fortini presentaron un voto singular conjunto, y el magistrado Blume Fortini presentó fundamentos adicionales.

Estando a la votación descrita, y al no haberse alcanzado cinco votos conformes para declarar la inconstitucionalidad de la ley impugnada, la demanda fue declarada **INFUNDADA**, conforme a lo previsto en el artículo 107 del nuevo Código Procesal Constitucional y en el artículo 5, segundo párrafo, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por lo que la Ley 31355 mantiene su constitucionalidad.

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

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

SS.

FERRERO COSTA

SARDÓN DE TABOADA

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS FERRERO COSTA, SARDÓN DE TABOADA Y BLUME FORTINI

En nuestra opinión, la Ley 31355, Ley que desarrolla el ejercicio de la cuestión de confianza regulada en el último párrafo del artículo 132° y en el artículo 133° de la Constitución Política del Perú, no adolece de ninguna inconstitucionalidad formal o sustantiva. Discrepamos, pues, de la ponencia preparada para resolver este caso porque reitera la distorsión de los alcances de la sentencia unánime Cuestión de Confianza I², realizada por la sentencia de mayoría Disolución del Congreso³. Ciertamente, en la primera sentencia señalamos que:

la cuestión de confianza que pueden plantear los ministros ha sido regulada en la Constitución de manera abierta, con la clara finalidad de brindar al Poder Ejecutivo un amplio campo de posibilidades en busca de respaldo político por parte del Congreso

Sin embargo, de inmediato añadimos que ello era:

para llevar a cabo las políticas que su gestión requiera (fundamento 75) [énfasis añadido].

La ponencia repite trece veces la palabra abierta, pero solo dos la frase para llevar a cabo las políticas que su gestión requiera. Al enfatizar desproporcionadamente un término sobre el otro –que son parte no solo de un mismo fundamento sino incluso de una misma oración–, distorsiona el argumento central de esa primera sentencia.

Además, la ponencia soslaya el contexto en el que se dio ella. Dicha sentencia buscó absolver una pregunta específica, surgida a propósito de una reforma del Reglamento del Congreso: ¿puede hacerse cuestión de confianza sobre proyectos de ley o solo sobre políticas de gobierno? Cuando respondimos que sí, nos referimos a leyes propiamente dichas, no a leyes de reforma constitucional, que son menos del 1% de las leyes. Nunca consideramos que la Constitución permitiera hacer cuestión de

2 Expediente 00006-2018-PI/TC, de 19 de noviembre de 2018.

3 Expediente 00006-2019-PCC/TC, de 13 de febrero de 2020.

confianza sobre proyecto de ley de reforma constitucional ni sobre atribuciones constitucionales exclusivas del Congreso u otros organismos constitucionalmente autónomos.

Grande fue nuestra sorpresa cuando, al discutir la segunda sentencia, descubrimos que algunos colegas así lo creían. Los votos singulares que emitimos, en el caso Disolución del Congreso, son claros al respecto y justifican la desestimatoria de la actual demanda. Nosotros no hemos cambiado de opinión.

La separación de poderes

Como dijimos entonces, permitir que el Ejecutivo haga cuestión de confianza sobre reformas constitucionales o atribuciones constitucionales exclusivas del Congreso implicaba someterlo. Además, como el Congreso está integrado por una pluralidad de representantes del pueblo, y el Ejecutivo, a cargo de uno solo, hacerlo significaba abjurar del pluralismo consustancial a la democracia.

En nuestra opinión, al convalidar la denegatoria fáctica de una cuestión de confianza realizada sobre un proyecto de ley referido a una atribución constitucional exclusiva del Congreso, la segunda sentencia del caso Disolución del Congreso vació de contenido el principio de separación de poderes establecido en el artículo 43 de la Constitución. Este dice que el gobierno del Perú:

es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes [énfasis añadido].

Ni las funciones que desarrollan ni la manera como se conforman los poderes elegidos –Legislativo y Ejecutivo– permitían aceptar dicha idea. No casualmente, al establecer la estructura del Estado, la Constitución se ocupa primero del Legislativo y después del Ejecutivo porque antes de ejecutar las leyes es necesario concebirlas. Necesariamente, el pensamiento precede a la acción humana.

Por tanto, en la perspectiva constitucional, al elaborarse las leyes, debe tenerse primero un amplio debate en el que concurren diferentes puntos de vista. Por ello, en el Congreso –a diferencia del Ejecutivo– hay representantes tanto de la corriente de opinión mayoritaria como de

las minoritarias. Así, se busca asegurar que las leyes sean lo más acertadas –o, si se quieren lo menos desacertadas– posible.

Nuestra discrepancia con la sentencia del caso Disolución del Congreso, en todo caso, se sustentó no solo en consideración al principio de separación de poderes establecido en el artículo 43 y en toda la Estructura del Estado postulada por el Título IV de la Constitución. Provino, además, de una lectura atenta de su artículo 206. Este dispositivo dice:

La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

Si el Ejecutivo no puede observar una ley de reforma constitucional, menos puede hacer cuestión de confianza de un proyecto que la contenga. La Constitución permite que el Ejecutivo proponga iniciativas de reforma constitucional o sobre atribuciones constitucionales exclusivas del Congreso u otros organismos constitucionalmente autónomos. Sin embargo, el Ejecutivo no puede forzar al Congreso a aprobar iniciativas de cualquier índole, ni menos aún a darlas por denegadas *fácticamente*.

Consideraciones consecuencialistas

En la sentencia emitida en el Expediente 0024-2003-AI/TC, se dijo:

todo Tribunal Constitucional tiene la obligación de aplicar el principio de previsión mediante el cual se predetermina la totalidad de las “consecuencias” de sus actos jurisdiccionales. En ese sentido, los actos jurisdiccionales (tras la expedición de una sentencia) deben contener el augurio, la proyección y el vaticinio de una “mejor” realidad político-jurídica y la cancelación de un otrora “mal”.

Cabe preguntarse, por ello, qué consecuencias tuvo la sentencia que convalidó la disolución del Congreso realizada el 30 de setiembre de 2019. En nuestra opinión, sentó las bases para la catástrofe sanitaria y económica experimentada en el Perú el 2020. Al no tener el contrapeso del Congreso, en efecto, la respuesta gubernamental al COVID-19 fue poco escrutada. Consecuentemente, nuestro desempeño sanitario y económico fue el peor del vecindario. Esta Tabla es elocuente:

TABLA
DESEMPEÑOS SANITARIOS Y ECONÓMICOS COMPARADOS

	Muertes confirmadas por COVID-19 por millón de habitantes al 25 de enero de 2022	Caída del PBI 2020
Perú	6,133	-11 %
Brasil	2,917	-4 %
Colombia	1,589	-7%
Chile	2,058	-6%
Ecuador	1,916	-8%
Bolivia	1,751	-8%

Fuentes: [https://ourworldindata.org/explorers/coronavirus-data-explorer?zoomToSelection=true &time=2020-0301..latest&facet=none&pickerSort=asc&pickerMetric=location&Metric=Confirmed+deaths&Interval=Cumulative&Relative+to+Population=true&Color+by+test+positivity=false&country=BRA~PER~ARG~BOL~CHL~COL~ECU~MEX](https://ourworldindata.org/explorers/coronavirus-data-explorer?zoomToSelection=true&time=2020-0301..latest&facet=none&pickerSort=asc&pickerMetric=location&Metric=Confirmed+deaths&Interval=Cumulative&Relative+to+Population=true&Color+by+test+positivity=false&country=BRA~PER~ARG~BOL~CHL~COL~ECU~MEX); y,
<https://es.statista.com/estadisticas/1110215/impacto-coronavirus-pib-america-latina/>

Elaboración: propia.

El Perú tiene más del doble de muertes por COVID-19 que el país que le sigue en resultados sanitarios deficientes, Brasil. Empero, la reducción de la economía brasileña fue menor que la del Perú (-4% versus -11%). Quienes más se acercan a nuestro desplome económico son Ecuador y Bolivia (-8%), pero allí los muertos son menos de un tercio que los nuestros.

El 2020 nuestro Producto Bruto Interno (PBI) fue menor que el de 2017: 202,014,363.78 frente a 211,007,207.48; el nivel de desarrollo (PBI per cápita) fue inferior al de 2012: 6,126.9 frente a 6,529.0⁴. Los niveles de pobreza, por su parte, fueron los de 2011⁵. Según el indicador que observemos, retrocedimos tres, ocho o diez años en uno solo.

La concentración de poderes

Un fenómeno como la pandemia del COVID-19 configura una situación excepcional, frente a la que cabe declarar un estado de emergencia que permita tomar medidas rápidas. Sin embargo, en su informe

4 <https://databank.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD/1ff4a498/Popular-Indicators>

5 <https://www.ipe.org.pe/portal/pobreza-2020-el-peru-retrocede-10-anos/>

Respeto por la democracia, derechos humanos y el Estado de derecho durante los estados de emergencia - Reflexiones, la Comisión de Venecia señaló en sus conclusiones:

Los poderes de emergencia que respetan el Estado de derecho tienen incorporados importantes garantías contra el abuso: los principios de necesidad, proporcionalidad y temporalidad. El respeto de estos principios debe estar sujeto a un control parlamentario efectivo e imparcial y a un control judicial significativo por parte de tribunales independientes.

El estado de emergencia decretado por el Ejecutivo debió *estar sujeto a un control parlamentario efectivo e imparcial*. Al disolver el Congreso, dando por denegada fácticamente una cuestión de confianza referida a una atribución constitucional exclusivamente suya, el Ejecutivo debilitó sustancialmente dicho control.

Además, debido a una reforma constitucional previa, promovida por el mismo Ejecutivo, no pudieron postular al Congreso extraordinario quienes integraron el Congreso disuelto. Así, el control parlamentario sobre las medidas sanitarias decretadas ante el COVID-19 fue muy débil.

La ponencia soslaya no solo la Constitución sino también nuestra historia reciente y procede como si la concentración de poderes, derivada de la disolución del Congreso de 30 de setiembre de 2019, no hubiese tenido consecuencias negativas muy serias. Más aún, insiste en propiciar una nueva y aún mayor concentración, a base de una interpretación peculiar del principio de la separación de poderes.

No, para nosotros, la ley impugnada en este caso solo restaura el equilibrio de poderes establecido en la Constitución. Dicho equilibrio fue roto por la referida disolución del Congreso, convalidada por la sentencia de mayoría subsecuente. Nosotros, consecuentes con los votos singulares que emitimos contra ella, votamos por declarar la presente demanda **INFUNDADA** en todos sus extremos.

SS.

FERRERO COSTA

SARDÓN DE TABOADA

BLUME FORTINI

**FUNDAMENTOS ADICIONALES DEL MAGISTRADO
BLUME FORTINI AL VOTO SINGULAR CONJUNTO
FIRMADO CON LOS MAGISTRADOS FERRERO COSTA
Y SARDÓN DE TABOADA**

Si bien coincidió con declarar infundada la demanda, me parece necesario consignar algunos fundamentos adicionales al voto singular conjunto que he suscrito con mis colegas Magistrados Augusto Ferrero Costa y José Luis Sardón de Taboada.

La fundamentación adicional la efectúo de acuerdo al siguiente esquema:

1. El proceso de inconstitucionalidad.
2. La constitucionalidad.
3. Conceptuación de la figura del análisis de constitucionalidad.
4. La norma impugnada y su constitucionalidad.

A continuación desarrollo el esquema propuesto, siguiendo la misma numeración temática:

1. El proceso de inconstitucionalidad

A manera de enmarque doctrinario que permita fijar adecuadamente la posición que corresponde asumir a la Judicatura Constitucional al intervenir en un proceso de inconstitucionalidad, considero necesario hacer una breve referencia a dicho proceso y a los conceptos de constitucionalidad y de análisis de constitucionalidad; este último en cuanto instrumento básico para determinar la presencia o no de infracción constitucional.

- 1.1 El Proceso Inconstitucionalidad o, más propiamente denominado Proceso Directo de Control Concentrado de la Constitucionalidad, es el proceso paradigma entre los procesos de control de la constitucionalidad en tanto constituye la canalización de la fórmula de heterocomposición más completa y eficaz para anular la normativa infraconstitucional afectada de alguna causal de inconstitucionalidad. Es decir, la normativa incurso en infracción constitucional. Sea esta infracción de forma, de fondo, directa, indirecta, parcial o total, y, en consecuencia, incompatible con la Constitución. Es

un proceso de aseguramiento de la primacía de la Constitución, en cuanto norma suprema y expresión de la voluntad normativa del Poder Constituyente.

- 1.2 De acuerdo al diseño procedimental ideado por Hans Kelsen, el Proceso Directo de Control Concentrado de la Constitucionalidad tiene como características principales el ser un proceso constitucional de instancia única, de carácter cognoscitivo, de enjuiciamiento de la producción normativa del legislador infraconstitucional de primer rango y de carácter hiperpúblico; que, por consiguiente, escapa a las clasificaciones conocidas y se yergue como un proceso especialísimo, atípico y sui generis.
- 1.3 Así, es especialísimo, por cuanto es un proceso ad hoc y único para el control concentrado de la constitucionalidad, como corresponde a la materia de hiperinterés público que a través de él se controvierte y que canaliza una fórmula de heterocomposición peculiar, frente a un conflicto también peculiar y de marcado interés público, nacido a raíz del cuestionamiento de una norma imputada de inconstitucionalidad. Atípico, en razón de que no se encuadra dentro de la clásica tipología de procesos consagrados en el Derecho Procesal y, además, diferente a los otros procesos constitucionales. Sui generis, en razón que combina el interés de la parte accionante con un interés de carácter general, consistente en la fiscalización de la producción normativa infraconstitucional de primer rango para asegurar la supremacía normativa de la Constitución.
- 1.4 El objeto del Proceso Directo del Control Concentrado de la Constitucionalidad es una pretensión procesal de constitucionalidad; esto es, la solicitud de verificar la constitucionalidad de una norma imputada de inconstitucionalidad. Así, esta petición centra la actividad del Tribunal Constitucional en un juicio de constitucionalidad, de tal forma que la cuestionada inconstitucionalidad de la norma recurrida se convierte en requisito procesal de admisibilidad del recurso y cuestión de inconstitucionalidad, y configura lógicamente la cuestión de fondo del proceso que no puede entenderse resuelto con una decisión sobre el fondo más que cuando el Tribunal dilucida la constitucionalidad, o no, de la norma en cuestión.
- 1.5 Por consiguiente, debe quedar aclarado que en el Proceso de Inconstitucionalidad el tema de fondo es determinar si la disposición

imputada de inconstitucionalidad infringe o no la normativa constitucional. Es decir, si es compatible con la parte dispositiva propiamente dicha de ella y, además, con los principios, valores, institutos, derechos y demás aspectos que le son inherentes.

2. La constitucionalidad

En esa línea, lo que debe determinarse es si la disposición infraconstitucional cuestionada está impregnada o no de constitucionalidad, por lo que resulta necesario formular su conceptualización. Al respecto, afirmo que la constitucionalidad es un vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico que aquella diseña; tanto en cuanto al fondo como a la forma. Es una suerte de cordón umbilical que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en sus diversos niveles de especificidad; siendo consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico.

3. Conceptuación de la figura del análisis de constitucionalidad

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

- 3.1 Todo análisis de constitucionalidad presupone un proceso de cotejo o de comparación abstracta entre la norma o conjunto de normas objetadas como inconstitucionales y lo dispuesto de modo expreso por la norma constitucional. Por consiguiente, lo que corresponde hacer al Juez Constitucional en el Proceso de Inconstitucionalidad es comparar, desde el punto de vista estrictamente normativo, si la disposición impugnada colisiona o no con la Constitución; o, en todo caso, si la desborda, desnaturaliza, dismantela, transgrede o entra en pugna con ella. Esa y no otra es la labor del Juez Constitucional en este tipo de procesos. Se trata, lo enfatizo, de garantizar la primacía normativa de la Norma Suprema.
- 3.2 A tales efectos y con la finalidad de detectar si una norma resulta o no contraria con la Constitución, nuestro nuevo Código Procesal Constitucional, establece ciertas clases de infracciones, las que en buena cuenta nos permiten distinguir entre inconstitucionalidad por

el fondo o por la forma, inconstitucionalidad total o parcial, e inconstitucionalidad directa e indirecta.

- 3.3 En lo que respecta al primer grupo de infracciones, conviene precisar que lo que se denomina como inconstitucionalidad por el fondo, se presenta cuando la contraposición entre lo que determina la Constitución y lo que establece la ley, resulta frontal o evidente. Es decir, el mensaje normativo entre norma suprema y norma de inferior jerarquía es opuesto y por tanto la inconstitucionalidad es manifiesta por donde quiera que se le mire.
- 3.4 La inconstitucionalidad en cambio, es por la forma, cuando la norma objeto de impugnación, independientemente de su compatibilidad con el contenido material de la Constitución, ha sido elaborada prescindiendo de las pautas procedimentales o del modo de producción normativa establecido en la Constitución. Se trata en otras palabras de una inconstitucionalidad que no repara en los contenidos de la norma sino en su proceso de elaboración y la compatibilidad o no del mismo con lo establecido en la Norma Fundamental.
- 3.5 En lo que atañe al segundo grupo de infracciones, cabe afirmar que la llamada inconstitucionalidad total es aquella que se presenta cuando todos los contenidos de la norma impugnada infringen a la Constitución y, por tanto, deben ser expectorados del orden jurídico.
- 3.6 La inconstitucionalidad es parcial, cuando, examinados los diversos contenidos de la norma impugnada, se detecta, que solo algunos se encuentran viciados de inconstitucionalidad. La determinación de esos contenidos, sin embargo puede variar en intensidad. A veces puede tratarse de una buena parte del mensaje normativo, en ocasiones solo de una frase o, en otras, solo de una palabra.
- 3.7 El tercer grupo de infracciones, referidas a la inconstitucionalidad directa e indirecta, responde a una clasificación relativamente novedosa, y aún embrionariamente trabajada por nuestra jurisprudencia, para cuyo entendimiento es necesario echar mano del moderno concepto de bloque de constitucionalidad, el cual hace referencia al parámetro jurídico constituido por la Constitución como norma suprema del Estado y por las normas jurídicas que le otorgan desarrollo inmediato (leyes orgánicas, leyes de desarrollo de los derechos fundamentales, tratados internacionales de derechos humanos,

etc.). Dicho parámetro resulta particularmente importante en ordenamientos donde la determinación de lo que es o no constitucional, no se agota en la norma formalmente constitucional, sino que se proyecta sobre aquel entramado normativo donde es posible encontrar desarrollos constitucionales extensivos.

- 3.8 En tal sentido la inconstitucionalidad directa es aquella donde la determinación de la colisión normativa se verifica en el contraste producido entre la Constitución y la norma objeto de impugnación. Se trata pues, de un choque frontal entre dos normas con mensajes de suyo distintos.
- 3.9 En cambio en la inconstitucionalidad indirecta la colisión se verifica entre la norma objeto de impugnación y los contenidos de una típica norma de desarrollo constitucional. Lo inconstitucional, no se determina pues a la luz de lo que la norma constitucional directamente establece sino en el contexto de lo que una de sus normas de desarrollo representa.

4. La norma impugnada y su constitucionalidad.

Ingresando propiamente al análisis de constitucionalidad de la Ley 31355, Ley que desarrolla el ejercicio de la cuestión de confianza regulada en el último párrafo del artículo 132 y en el artículo 133 de la Constitución Política del Perú, transcribiré en primer lugar su articulado y, a continuación, expresaré las razones adicionales por las que considero que esta ley es plenamente constitucional.

“Artículo único.- Del ejercicio de la cuestión de confianza regulada en el último párrafo del artículo 132 y en el artículo 133 de la Constitución Política del Perú.

La facultad que tiene un ministro y la del presidente del Consejo de Ministros a nombre del Consejo, de plantear una cuestión de confianza conforme al último párrafo del artículo 132 y al artículo 133 de la Constitución Política del Perú, está referida a materias de competencia del Poder Ejecutivo relacionadas directamente a la concreción de su política general de gobierno, no encontrándose, entre ellas, las relativas a la aprobación o no de reformas constitucionales ni las que afecten los procedimientos y las competencias

exclusivas y excluyentes del Congreso de la República o de otros organismos constitucionalmente autónomos.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Decisión del Congreso de la República respecto a la cuestión de confianza planteada

La cuestión de confianza es aprobada o rehusada luego de concluido el debate y luego de realizada la votación conforme al Reglamento del Congreso. El resultado de la votación es comunicado expresamente al Poder Ejecutivo, mediante oficio, para que surta efecto. Solo el Congreso de la República puede interpretar el sentido de su decisión.

SEGUNDA. Vigencia de la presente ley

Los alcances de la presente ley no tienen consecuencias o impacto retroactivos, y rigen a partir del día siguiente de su publicación.”

Las razones adicionales por las que considero que esta ley es plenamente constitucional son las siguientes:

- 4.1 Ni la ley en sí misma ni ninguno de sus dispositivos vulnera la Constitución por la forma o por el fondo, de forma total o parcial, o de manera directa o indirecta. Por el contrario, se trata de una ley totalmente compatible con la Constitución, que ha sido expedida por el Congreso de la República en el ejercicio legítimo de sus competencias constitucionales. Particularmente de su atribución legislativa prevista en los artículos 102, numeral 1, y 103 de la Carta Fundamental de la República.
- 4.2 No tiene esta un vicio de forma, como se aduce erradamente en la ponencia, la que sostiene absurdamente que excede la esfera de competencias del legislador y despliega efectos concretos en las posibilidades de actuación del Poder Ejecutivo, al establecer supuestos y condiciones de limitación en el ejercicio de la cuestión de confianza facultativa (fundamento 120 tenido a la vista), por cuanto la ley en mención no ha sido elaborada prescindiendo de las pautas procedimentales o del modo de producción normativa

establecido en la Constitución, ni tampoco ha sido expedida por un órgano incompetente, ni menos aún regula alguna materia reservada por la Constitución a otra fuente; supuestos que son ejemplos de infracciones formales de la Constitución, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional (véanse al respecto las SSTC 0014-2002-PI/TC, 0020-2005-PI/TC, 0021-2005-PI/TC, 0003-2006-PI/TC, 0025-2010-PI/TC, entre otras), pero que en el caso materia de autos no se han dado.

- 4.3 Por el contrario, la ley en comento ha respetado a cabalidad el marco constitucional de producción normativa. No se trata de una norma que ha alterado tal marco y que, por tanto, haya debido seguir el procedimiento de reforma constitucional. No se trata en esencia, y lo enfatizo, de una ley de reforma constitucional. Se trata más bien de una ley de desarrollo constitucional que, teniendo a la Constitución como punto de partida, ha establecido precisiones y límites razonables respecto del ejercicio de la cuestión de confianza regulada en sus artículos 132, *in fine*, y 133. Un desarrollo constitucional que, como veremos más adelante, se encuentra dentro de lo constitucionalmente posible.
- 4.4 La ley bajo análisis tampoco presenta un vicio de fondo, por cuanto su contenido normativo no colisiona, entra en discordia, desborda o vacía de contenido de alguna forma algún postulado constitucional. En tal sentido, no ha transgredido la voluntad del legislador constituyente que se trasluce del texto constitucional. El delimitar el contenido de uno o varios dispositivos constitucionales en el marco de las potestades interpretativas del Congreso, bajo cánones razonables y en procura de evitar abusos o arbitrariedades, no puede entenderse de ninguna manera como una transgresión a la Constitución. Es más bien una manera de frenar el abuso que ella proscribe claramente en el último párrafo de su artículo 103.
- 4.5 Ha especificado el Tribunal Constitucional que “...mientras el legislador actúe respetando márgenes suficientes de razonabilidad y los criterios vinculantes de este Colegiado, tal legislador tiene la calidad de supremo intérprete en el marco (amplio, por cierto) de lo constitucionalmente posible” (STC 4235-2010-HC/TC, fundamento 33). Y ha sido precisamente dentro de lo constitucionalmente posible, válido y hasta necesario, que el legislador ha delineado el

contenido de la cuestión de confianza y establecido limitaciones a su uso, precisando que esta está referida a materias de competencia del Ejecutivo relacionadas a la concreción de su política general de gobierno, y que no se encuentran entre ellas las relativas a la aprobación o no de reformas constitucionales ni las que afecten los procedimientos y las competencias exclusivas y excluyentes del Congreso de la República o de otros organismos constitucionalmente autónomos.

- 4.6 De ningún modo esto resulta contrario a la Constitución como quiere hacer ver la ponencia. Tampoco es cierto que con la expedición de esta ley se ha soslayado la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia de cuestión de confianza, como afirma, pues, como lo sostenemos en el voto singular suscrito conjuntamente con los Magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada, en la STC 0006-2018-PI/TC precisamos que la cuestión de confianza ha sido regulada de manera abierta en la Constitución con la finalidad de brindar al Poder Ejecutivo un amplio campo de posibilidades en busca de respaldo político por parte del Congreso y, lo subrayo, “para llevar a cabo las políticas que su gestión requiera” (Véase su fundamento 75).
- 4.7 En los votos singulares que emitimos con ocasión del “Caso Disolución del Congreso de la República” (Exp. 0006-2019-CC/TC), seguimos la misma línea de considerar que la apertura en la regulación constitucional de la cuestión de confianza está referida exclusivamente a las medidas que el Ejecutivo requiera para “su gestión”, por lo que no pueden versar sobre cualquier materia, sino sobre aquellas que atañen a su tarea de administración gubernamental. La regulación de la Ley 31355, que explicita que la cuestión de confianza se circunscribe a los casos de concreción de la política general de gobierno del Ejecutivo, es, pues, perfectamente compatible con esta posición.
- 4.8 Asimismo, las dos limitaciones que ha establecido esta ley para el ejercicio de la cuestión de confianza (que no procede para los casos de reforma constitucional ni para casos en que se afecten las competencias exclusivas del Congreso o de los órganos constitucionalmente autónomos) tampoco son alejadas de la jurisprudencia constitucional ni inconstitucionales, como se deja entrever en ponencia.

- 4.9 Al respecto, en cuanto a la primera limitación, debemos recordar que si bien en la sentencia del precitado “Caso Disolución del Congreso de la República” los Magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada y Blume Fortini quedamos en minoría, el Magistrado Miranda Canales en su fundamento de voto fue muy tajante en señalar que no concordaba con lo referido en los fundamentos 197 a 200 de la sentencia de mayoría (Véase punto 7, in fine). Y es precisamente en estos considerandos que la aludida sentencia, sin que nadie se lo pida, hace una serie de precisiones respecto de los pedidos de cuestión de confianza sobre proyectos de ley de reforma constitucional, dando a entender que es factible esa posibilidad.
- 4.10 Pues bien, al apartarse el Magistrado Miranda de forma clara, expresa e indubitable de esta postura en su fundamento de voto, resulta evidente que es más bien la posición minoritaria del Tribunal Constitucional la que considera que se pueden plantear cuestiones de confianza sobre posibles reformas constitucionales. Es más, la posición mayoritaria está siendo ratificada con la votación de la presente causa constitucional, en la que los Magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada, Miranda Canales y Blume Fortini han coincidido en que la ley cuestionada, que, entre otros, restringe el uso de la cuestión de confianza para casos relativos a la aprobación o no de reformas constitucionales, no adolece de inconstitucionalidad alguna.
- 4.11 De otro lado, en cuanto a la segunda limitación establecida por dicha la ley, debo señalar que la cuestión de confianza no puede ser ejercida abusivamente, ni tampoco debe ser utilizada para menoscabar las atribuciones del Congreso de la República u otro órgano constitucional autónomo del Estado, para alterar o poner en jaque el equilibrio de poderes o los principios democráticos que contempla nuestra Constitución, para someter y condicionar a otro órgano o Poder del Estado en la toma de una decisión, para invadir las esferas de competencia de otras dependencias del Estado, ni para romper la normal relación inter órganos y generar continuos conflictos políticos que en nada ayudan a la convivencia democrática. La cuestión de confianza, por el contrario, debe ser ejercida con prudencia, razonabilidad y solo para casos excepcionales, sin enervar o desequilibrar el contrapeso que debe existir entre poderes y

órganos del Estado, y siempre con la intención de que el Ejecutivo encuentre algún respaldo político del Legislativo sobre algún aspecto de su gestión. Por algo se llama cuestión de confianza.

- 4.12 En esto último subyace la razón de la norma impugnada para restringir la posibilidad de usar la cuestión de confianza en los casos en que se afecten los procedimientos y las competencias exclusivas y excluyentes del Congreso de la República o de otros organismos constitucionalmente autónomos. Esta limitación, que ayuda a evitar escenarios no deseados como los descritos en la primera parte del párrafo anterior, es completamente razonable, justificada y saludable para nuestro Estado Constitucional. Por eso, la ponencia yerra al considerar que la ley cuestionada establece supuestos de limitación que no son compatibles con la Constitución, en la medida que contravienen la regulación abierta de la cuestión de confianza facultativa. Todo lo contrario, en lo que a mí respecta (y a la mayoría del Tribunal también), estas limitaciones son armónicas con la Constitución, pues están en impecable sintonía con los valores y principios que esta postula.
- 4.13 Asumir que cuando el Tribunal Constitucional habla de la regulación “abierta” de las materias que pueden ser objeto de cuestión de confianza, significa que el Ejecutivo puede plantearla por materias que afectan los procedimientos y las competencias del Poder Legislativo o de otros órganos constitucionales, implica desconocer la autonomía de estas entidades, además de una distorsión del claro criterio jurisprudencial sentado por el órgano de control de la constitucionalidad; criterio al que me he referido anteriormente.
- 4.14 Finalmente, debo enfatizar la pertinencia y la constitucionalidad de la regulación establecida en la primera disposición complementaria final de la ley objeto de análisis, en cuanto establece la exigencia de debate, conclusión del mismo y votación expresa para la aprobación o desaprobación de la cuestión de confianza, así como que el resultado de la comunicación debe ser comunicado expresamente al Poder Ejecutivo mediante oficio para que surta efecto, y que solo el Congreso puede interpretar el sentido de su decisión. Ello es así, porque siendo de competencia del Congreso y, específicamente de su Pleno, la aprobación o la desaprobación de la cuestión

de confianza, corresponde determinar con toda claridad y precisión la expresión de voluntad de dicho Poder del Estado, lo que solo se garantiza resguardando el debate, la conclusión del mismo y el arribo a la votación correspondiente en el Pleno; expresión de voluntad respecto de la cual no caben, en modo alguno, supuestos de denegación fáctica o de otra naturaleza.

- 4.15 Tal expresión de voluntad, que es exclusiva y excluyente del Congreso de la República, debe, lo puntualizo, merecer una comunicación expresa al Poder Ejecutivo mediante la formalidad de un oficio, a partir del cual surtirá efecto; y siendo tal expresión de voluntad de pertenencia del Congreso solo él está habilitado constitucionalmente para interpretar el sentido de su decisión.

S.

BLUME FORTINI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto por la opinión de mi colega ponente, en el presente caso emito un voto singular, el mismo que sustento en los siguientes fundamentos:

1. La ley impugnada circunscribe la cuestión de confianza a materias de competencia del Poder Ejecutivo relacionadas directamente a la concreción de su política general de gobierno, y a su vez prohíbe plantear cuestión de confianza sobre los siguientes aspectos: las relativas a la aprobación o no de reformas constitucionales ni las que afecten los procedimientos y las competencias exclusivas y excluyentes del Congreso de la República o de otros organismos constitucionalmente autónomos. Del mismo modo, la primera disposición complementaria final establece que solo el Congreso de la República puede interpretar el sentido de su decisión.
2. La ponencia propone declarar fundada demanda por considerar que la ley impugnada es inconstitucional, tanto por la forma como por el fondo. En cuanto a la inconstitucionalidad por la forma, la ponencia sostiene que establece limitaciones a la cuestión de confianza que resultan contrarias a la configuración constitucional de esta institución, por lo que debió haberse acudido a la reforma constitucional. En cuanto a la inconstitucionalidad por el fondo. Considera que la regulación hecha por el legislador difiere de la regulación constitucional. Concretamente se señala que mientras que la configuración de la cuestión de confianza es abierta, tal como lo habría señalado este Tribunal Constitucional, la ley impugnada restringe este ámbito, estableciendo límites para su ejercicio.
3. La ponencia basa su argumento en los pronunciamientos de este Tribunal Constitucional recaídos en los siguientes casos: El primero de ellos es el denominado “Caso de la cuestión de confianza y crisis total del gabinete”, correspondiente a la Sentencia 00006-2018-PI/TC, de 6 de noviembre de 2018, donde se determinó la inconstitucionalidad de una resolución legislativa que modificó el

Reglamento del Congreso e introdujo limitaciones al ejercicio la cuestión de confianza. El segundo, es el “Caso de la disolución del Congreso”, correspondiente a la Sentencia 00006-2019-CC/TC, de 9 de enero de 2020, en el que este Tribunal se pronunció respecto a la demanda competencial planteada contra las actuaciones del Poder Ejecutivo relacionadas con la disolución del Congreso, ocurrida el 30 de setiembre de 2019.

4. En primer lugar, considero que el hecho que el legislador haya decidido restringir la cuestión de confianza no es un hecho en sí mismo inconstitucional. De hecho, la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ya ha señalado que las materias sobre las que puede versar la cuestión de confianza no son del todo amplias y pueden ser restringidas.
5. En la sentencia del expediente 6-2018-PI este Tribunal Constitucional señaló que la cuestión de confianza que pueden plantear los ministros ha sido regulada en la Constitución de manera abierta, con la clara finalidad de brindar al Poder Ejecutivo un amplio campo de posibilidades en busca de respaldo político por parte del Congreso, para llevar a cabo las políticas que su gestión requiera. No obstante, la propia jurisprudencia establece supuestos y materias en los que no cabe hacer cuestión de confianza.
6. En la sentencia recaída en el expediente 6-2019-CC este Tribunal constitucional señaló que no se puede hacer cuestión de confianza sobre materias que comprometan la división de poderes, la supresión de alguna cláusula de intangibilidad (la forma de gobierno, o el estado de derecho, entre otros). Asimismo, se señaló que no se puede condicionar el sentido de la decisión que sea competencia de otro órgano estatal. También se consideró que no cabe plantear cuestión de confianza respecto de materias que no permitan concretar u operativizar las propuestas planteadas por el gobierno o que carezcan de un marcado interés público.
7. Como se ve, el TC enumeró, de modo enunciativo, algunas situaciones que podrían quedar fuera de lo constitucionalmente permitido al formular una cuestión de confianza. Ahora bien, el legislador puede complementar los supuestos dentro de lo constitucionalmente permitido.

8. Asimismo, debo recordar lo señalado en mi fundamento de voto emitido junto con la sentencia del expediente 6-2019-CC en el sentido de que dicho pronunciamiento no tiene por qué agotar el debate ni la evolución de la institución constitucional de la cuestión de confianza. Definir el modo como se configuran estas instituciones corresponde, en primer lugar, al diseño institucional, a través de las reformas constitucionales y legislativas pertinentes. En este sentido, una regulación dada por el legislador que modifique la institución de la cuestión de confianza no es, en principio, algo que esté dentro de lo constitucionalmente prohibido.
9. Según la ponencia, la sola limitación de la institución de la cuestión de confianza facultativa atenta contra el cometido material de esta institución desarrollado por este Tribunal Constitucional. No obstante, no logra demostrar de qué modo estas concretas limitaciones se encuentran en el ámbito de lo constitucionalmente prohibido para el legislador.
10. En cuanto a la denegación expresa de confianza, la ponencia propone declarar inconstitucional la Primera Disposición complementaria final de la ley impugnada, la cual establece que solo el Congreso de la República puede interpretar el sentido de su decisión.
11. Para ello se basa en lo decidido en la sentencia recaída en el expediente 6-2019CC en la que este Tribunal falló a favor del poder Ejecutivo cuando consideró denegada la confianza que formalmente el Congreso de la República había aprobado.
12. En dicho caso, el Tribunal Constitucional consideró que cabe la posibilidad de que, en un afán de evitar asumir su respectiva responsabilidad política, el Congreso de la República pueda, al menos formalmente, votar a favor, de la confianza pese a que, en los hechos, no adopte ninguna medida que materialice dicha manifestación de voluntad. Es por ello que este colegiado consideró la posibilidad de introducir excepciones a la regla general según la cual la denegación de confianza debe ser expresa.
13. De ahí, la ponencia deriva que resulta inconstitucional que el legislador haya establecido que sea el Congreso quien determine si la confianza ha sido denegada. Cabe señalar que establecer una regla

general según la cual se establezca qué poder del Estado es competente para determinar si la confianza ha sido denegada o aceptada, no impida reconocer que en ciertas situaciones el Congreso de la República a través de una votación favorable pueda disfrazar la intención de no brindar la confianza solicitada. Debemos recordar que en el marco de un proceso de inconstitucionalidad se evalúa la ley en abstracto. No es objeto de este proceso evaluar supuestos de aplicación indebida de la norma, ni mucho menos enerva el criterio establecido por este Tribunal Constitucional en el referido proceso competencial, ni la posibilidad de activar el proceso competencial para controlar casos similares.

14. No obstante que considero que la demanda es infundada, no debe dejar de tomarse en cuenta el criterio establecido por este Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el expediente 00006-2019-CC/TC, donde se sostuvo que la presentación de un proyecto de ley sobre la reforma de la ley orgánica de este Tribunal Constitucional, relacionado con el procedimiento para la selección de sus magistrados, se encontraba “dentro del ámbito de las competencias del Poder Ejecutivo, por tratarse de un asunto de un marcado interés nacional”, concluyendo, así, que en relación con dicho extremo de la demanda, no se había producido ninguna lesión a la Constitución.
15. Ello se complementa con lo señalado por el suscrito en el fundamento de voto de la misma sentencia en el sentido de que si bien la impartición de justicia está a cargo del Poder Judicial, y otros órganos constitucionales autónomos, como el Tribunal Constitucional, la legitimidad de las resoluciones jurisdiccionales no es ajena al Poder Ejecutivo. En este sentido, el artículo 118, inciso 1 de la Constitución establece que le corresponde al Presidente de la República “cumplir y hacer cumplir la Constitución”, por lo que resulta legítima la preocupación por que la elección de miembros del Tribunal Constitucional se lleve a cabo respetando estándares de transparencia. Es en el ejercicio de dichas competencias que el Poder Ejecutivo presentó un proyecto de ley relacionado con la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, con la intención de dotar a dicho procedimiento de la mayor transparencia, lo que resulta válido.

16. De conformidad con lo expresado en la referida sentencia, si bien resulta válido que se limite la cuestión de confianza a la concreción de su política general de gobierno, y a su vez prohibir respecto de aspectos que afecten los procedimientos y las competencias exclusivas y excluyentes del Congreso de la República o de otros organismos constitucionalmente autónomos, ello, conforme a la citada jurisprudencia nos obliga a leer las competencias del Poder Ejecutivo en términos amplios, y habrá supuestos, como el que fue materia del expediente 6-2019-PCC en los que para concretizar la competencia del Poder ejecutivo sea necesario presentar una propuesta referida a algún procedimiento para el que es competente el Congreso de la República u otro poder del Estado u organismo constitucionalmente autónomo. Ello será legítimo y conforme a la regulación impugnada, siempre que no se incurra en una invasión de competencias.
17. Finalmente, quisiera citar lo señalado por este Tribunal Constitucional en la resolución de aclaración de fecha 28 de mayo de 2020 (exp 6-2019-PCC): el uso de la cuestión de confianza no debe examinarse, en todos los casos, como una situación de tensión o conflicto político, sino como una oportunidad de diálogo interinstitucional. Permite, del mismo modo, que se pueda legitimar los actos realizados por el Poder Ejecutivo y exponerlos ante la opinión pública, a fin que ella pueda estar informada sobre los principales rasgos de su gestión. Cualquier intento que sea ajeno a ello, y que solo pretenda eliminar alguna clase de control político por parte del órgano legislativo, se encontrará prohibido por la Constitución. (fundamento 27).

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

S.

MIRANDA CANALES

**VOTO DE LOS MAGISTRADOS LEDESMA NARVÁEZ
Y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

TABLA DE CONTENIDOS

NORMA IMPUGNADA	PARÁMETRO DE CONTROL
Ley 31355	Constitución Política del Perú - Artículo 43, - Artículo 102.1 - Artículo 118.3, - Artículo 119, - Artículo 132, - Artículo 133, - Artículo 201, - Artículo 206 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional - Artículo 1 Convención Americana sobre Derechos Humanos - Artículo 1.1 Carta Democrática Interamericana - Artículo 3 - Artículo 4

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

B. Debate constitucional

B-1. Demanda

B-2. Contestación de demanda

II. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación de la controversia

§2. Contenido normativo de la ley impugnada

§3. Pronunciamientos del tribunal respecto a la cuestión de confianza

3.1. Caso de la Cuestión de confianza y crisis total del gabinete
(Sentencia 000062018-PI/TC)

3.2. Caso de la disolución del Congreso (Sentencia 00006-2019-CC/
TC)

3.2.1. Aclaración de la Sentencia 00006-2019-CC/TC

§4. Examen de constitucionalidad formal (sobre el órgano competente, el trámite seguido o el plazo) de la norma impugnada

4.1. Sobre la aprobación del contenido material de la ley impugnada a través de una ley ordinaria y no a través de una ley de reforma constitucional

4.1.1. Sobre las leyes de desarrollo constitucional

4.2. Sobre el alegado exceso en el ejercicio de las competencias del Congreso de la República, establecidas en el artículo 102.1 de la Constitución, en la expedición de la ley impugnada

§5. Examen de constitucionalidad sustantiva (sobre el objeto y los contenidos de la pretensión o pretensiones) de la ley objeto de control

5.1. Sobre la alegada vulneración de los artículos 132 y 133 de la Constitución y del principio de separación de poderes

5.1.1. Sobre la alegada vulneración de las competencias del Poder Ejecutivo

5.1.1.1. Análisis de constitucionalidad del artículo único de la Ley 31355

5.1.1.2. Análisis de constitucionalidad de la Primera y Segunda Disposiciones Complementarias Finales de la Ley 31355

5.1.2. Sobre la alegada vulneración de las competencias del Tribunal Constitucional

§6. Efectos

III. FALLO

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 22 de octubre de 2021, el Gobierno Nacional o Poder Ejecutivo interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 31355, “Ley que desarrolla el ejercicio de la cuestión de confianza regulada en el último párrafo del artículo 132 y en el artículo 133 de la Constitución Política del Perú”.

La parte demandante alega que la totalidad de la ley impugnada es inconstitucional al haber incurrido en infracciones formales y sustantivas a la Constitución que contravienen sus artículos 43, 102.1, 118. 3, 119, 132, 133, 201 y 206; el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC); el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); y los artículos 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana (CDI), según la interpretación realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) de tales normas internacionales; así como la jurisprudencia vinculante de este Tribunal sobre la cuestión de confianza.

Por su parte, con fecha 16 de diciembre de 2021, el apoderado especial del Congreso de la República, con la adhesión de los abogados Víctor García Toma y Aníbal Quiroga León, contesta la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, y solicita que sea declarada infundada.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

B-1. DEMANDA

La parte demandante presenta una serie de argumentos sobre la constitucionalidad de la norma impugnada que, a manera de resumen, se presentan a continuación:

- El procurador del Gobierno Nacional o Poder Ejecutivo sostiene que la Ley 31355, en su totalidad, adolece de vicios de inconstitucionalidad por el fondo y por la forma. Al respecto, indica que

dicha ley contraviene los artículos 43, 102.1, 118.3, 119, 132, 133, 201 y 206 de la Constitución, así como el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que formarían parte del bloque de constitucionalidad al respecto.

- Del mismo modo, el demandante afirma que la norma cuestionada contraviene la interpretación constitucional sobre los alcances de la cuestión de confianza realizada por el Tribunal Constitucional en las Sentencias 00006-2018-PI/TC (Caso cuestión de confianza y crisis total del gabinete) y 00006-2019-CC/TC (Caso sobre la disolución del Congreso de la República), las cuales son de observancia y cumplimiento obligatorio.
- Asimismo, asevera que la Ley 31355 contraviene el artículo 1.1 de la CADH y los artículos 3 y 4 de la CDI, así como la interpretación realizada por la Corte IDH sobre la relación entre la separación y balance de poderes, el sistema democrático y el respeto y garantía de los derechos humanos.
- En cuanto a los alegados vicios de inconstitucionalidad formal (o basado en el incumplimiento del trámite, actuación de órgano incompetente o vulneración del plazo previsto), la parte demandante afirma que en el presente caso se ha incumplido lo dispuesto en el artículo 206 de la Constitución, puesto que en el trámite de debate y aprobación de la Ley 31355 se siguió el procedimiento previsto para las leyes ordinarias, al margen del establecido para las reformas al texto constitucional.
- Al respecto, la parte demandante precisa que la Ley 31355 tuvo su origen en cuatro proyectos de ley:
 - i) Proyecto de Ley 3-2021-CR, de reforma constitucional del artículo 133 de la Constitución sobre la cuestión de confianza;
 - ii) Proyecto de Ley 6-2021-CR, de interpretación del uso de la cuestión de confianza regulada en la Constitución;
 - iii) Proyecto de Ley 19-2021-CR, que interpreta el último párrafo del artículo 132 de la Constitución sobre los alcances constitucionales de la cuestión de confianza; y,
 - iv) Proyecto de Ley 36-2021-CR, de interpretación del artículo 132 de la Constitución.

- En relación con lo anterior, dicha parte sostiene que, aun cuando tales proyectos tenían propuestas similares respecto a la delimitación del procedimiento y las materias sobre las cuales el Gobierno Nacional o Poder Ejecutivo puede plantear una cuestión de confianza, el Proyecto de Ley 3-2021-CR proponía una reforma constitucional del artículo 133 de la Constitución, mientras que los demás optaron por la aprobación de leyes ordinarias para interpretar los artículos 132 y 133 de la Constitución.
- En este sentido, resalta que durante el debate en el Congreso y, concretamente, en el dictamen sobre tales proyectos, emitido en mayoría por la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, con fecha 7 de setiembre de 2021, se indicó que, para precisar el contenido de los artículos 132 y 133 de la Constitución, sobre la cuestión de confianza, podía recurrirse, de forma alternativa, a: i) una ley de reforma constitucional, ii) una ley interpretativa, iii) una resolución legislativa o iv) una ley orgánica.
- La parte demandante además aduce que aun cuando en dicho dictamen se reconozca que la vía de la reforma constitucional sería la óptima para modificar tales artículos constitucionales y precisar distintos aspectos de la cuestión de confianza, en el mismo dictamen el Congreso opta, con base en criterios de oportunidad y conveniencia, por una ley ordinaria que los interprete, con el objetivo de “corregir” lo decidido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- Según la parte demandante, en tal debate se aprecia que, aunque se planteaba la aprobación de una ley interpretativa, en realidad se estaba modificando el contenido de los artículos 132 y 133 de la Constitución, al margen del procedimiento de reforma previsto en su artículo 206.
- Sin embargo, el Gobierno Nacional o Poder Ejecutivo sostiene que toda propuesta sobre los límites a la cuestión de confianza prevista en los artículos 132 y 133 de la Constitución, independientemente de su contenido, debe ser evaluada y analizada según el procedimiento de reforma constitucional establecido en el artículo 206 de la Constitución.
- La parte demandante precisa que, si bien la Ley 31355 regula el tema de los límites a la cuestión de confianza, en su debate y

aprobación se ha seguido el trámite previsto para las leyes ordinarias, al margen del procedimiento que resulta aplicable al caso de las reformas constitucionales, con lo cual se contraviene lo dispuesto en el artículo 206 de la Constitución.

- Con relación a esto último, la parte demandante enfatiza que, de acuerdo con el debate parlamentario de la ley impugnada, la opción a favor de una ley de interpretación, en vez de una ley de reforma constitucional, se debió a criterios de oportunidad y urgencia, lo que sería incompatible con el principio de rigidez constitucional.
- Asimismo, se afirma en la demanda que la cuestionada ley contraviene el artículo 102.1, de la Constitución, referido a las competencias del Congreso para interpretar las leyes. La parte demandante destaca que, si bien en la denominación de la ley se señala de forma expresa y literal que la misma “desarrolla” la cuestión de confianza prevista en los artículos 132 y 133 de la Constitución, de sus antecedentes y del debate parlamentario se evidencia que la intención del legislador ha sido en realidad emitir una ley de interpretación de la Constitución.
- A este respecto, manifiesta que dicha competencia no puede ser empleada para interpretar las normas constitucionales. Así, según refiere el procurador de la parte demandante, asumir que el Congreso puede “aprobar leyes de interpretación constitucional como parte de su función legislativa con capacidad de poder constituyente”, como se indica en el Dictamen de los proyectos de ley, implica un desconocimiento de la diferencia entre la potestad de dar una Constitución (que recae en el Poder Constituyente) y la facultad de aprobar una ley que interpreta las normas legales (que recae en un poder constituido).
- En cuanto a los alegados vicios de inconstitucionalidad por el fondo (vinculado al objeto y contenido(s) de la norma impugnada), la parte demandante establece que la cuestionada norma vulnera los artículos 132 y 133 de la Constitución, al establecer límites a las cuestiones de confianza que puede plantear el Gobierno Nacional o Poder Ejecutivo.
- De esta manera, la parte demandante destaca que el Tribunal Constitucional estableció que las materias sobre las que se puede plantear una cuestión de confianza han sido reguladas por la Constitución de

una manera abierta, con el objetivo de garantizar que el Gobierno Nacional o Poder Ejecutivo lleve a cabo su política general de gobierno, sin que ello implique su uso arbitrario.

- Agrega que mediante una ley no se pueden limitar las materias que pueden ser sometidas a una cuestión de confianza, las cuales, además, deben ser interpretadas de forma amplia, pero evitando que su empleo sea irrazonable o desproporcionado, y que por ello existen los mecanismos de control constitucional correspondientes cuando tales situaciones se presenten.
- Pone de relieve asimismo que el Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia (Sentencia 00006-2019-CC/TC, fundamentos 185-186), se ha pronunciado respecto a los eventuales límites al ejercicio de la cuestión de confianza, insistiendo en que estos no han sido establecidos en una ley.
- Acota que, respecto al caso de los proyectos de ley, que se relacionan con una de las competencias principales del Congreso de la República, el Tribunal Constitucional ha sido claro en precisar que las cuestiones de confianza que se planteen respecto a su aprobación deben estar relacionadas con la política general del gobierno (Sentencia 00006-2019-CC/TC, fundamentos 194-196).
- Sostiene asimismo que, en cuanto a las reformas constitucionales, este Tribunal no ha considerado que sea incompatible con la Constitución plantear cuestiones de confianza sobre proyectos orientados a modificarla. Lo que ha hecho es establecer determinados criterios a tomar en cuenta en caso alguna situación de este tipo se presente (Sentencia 00006-2019-CC/TC, fundamentos 197-200).
- Por ende, al establecer límites o restricciones respecto a las materias sobre las cuales puede plantearse una cuestión de confianza, el artículo único de la Ley 31355 contraviene los artículos 132 y 133 de la Constitución.
- Por otro lado, el procurador del Gobierno Nacional o Poder Ejecutivo argumenta que la norma cuestionada es contraria al artículo 43 de la Constitución, en tanto el artículo único de la Ley 31355 reitera, con otras palabras, el mismo contenido de la modificación al Reglamento del Congreso declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en un proceso anterior.

- De esta manera, asevera que mientras que en la referida modificación se establecía como límite a la cuestión de confianza que no podía estar destinada a “promover, interrumpir o impedir la aprobación de una norma o un procedimiento legislativo o de control político”, en la ley objeto de la presente demanda se indica que no procede la cuestión de confianza para la aprobación de reformas constitucionales ni para aquellas materias que afecten “los procedimientos y las competencias exclusivas y excluyentes del Congreso de la República”.
- Por ende, concluye que el artículo único de la Ley 31355 afecta el principio de separación de poderes, desde la perspectiva del balance y equilibrio entre órganos constitucionales, desarrollado por este Tribunal Constitucional al interpretar el artículo 43 de la Constitución.
- Respecto a la alegada vulneración de la CADH y la CDI, en concordancia con los pronunciamientos de la Corte IDH, la parte demandante destaca que el principio de separación y balance de poderes también ha sido abordado en el ámbito del sistema interamericano de protección de derechos humanos.
- En este sentido, dado que el artículo único de la Ley 31355 resulta contrario al principio de separación y balance de poderes, como se explicó respecto al artículo 43 de la Constitución, enfatiza que la norma cuestionada contraviene también el artículo 1.1 de la CADH, y los artículos 3 y 4 de la CDI, los cuales establecen una relación entre democracia, Estado de derecho y derechos humanos, conforme ha sido desarrollado en las decisiones de la Corte IDH.
- Por otro lado, la parte demandante alega que la norma cuestionada vulnera los artículos 118.3, referido a la facultad del presidente de la República de “dirigir la política general del gobierno”, y 119 de la Constitución, referido a la dirección y gestión de los servicios públicos por parte del Consejo de Ministros.
- Al respecto, asegura que el texto constitucional ofrece diversas garantías para el adecuado ejercicio de la función presidencial. En atención a lo expuesto, recalca que las competencias asignadas por la Constitución al Congreso de la República no pueden ser

utilizadas para impedir que el presidente de la República dirija la política general del Gobierno durante los cinco años para los cuales dicho Gobierno Nacional ha sido elegido por la población, ni para impedir que los ministros de Estado la ejecuten.

- Respecto a la cuestión de confianza, establece que se trata de una institución fundamental la cual, en determinados escenarios políticos, puede ser usada para que el Gobierno o Poder Ejecutivo pueda obtener del Congreso de la República las medidas, legislativas o de otro tipo, que sean necesarias a fin de concretar la política general del Gobierno.
- Por ello, la parte demandante concluye que, dado que el artículo único de la norma cuestionada establece límites a la cuestión de confianza, la Ley 31355 contraviene los artículos 118.3 y 119 de la Constitución, al interferir o vulnerar la competencia del presidente de la República de “dirigir la política general del gobierno” y de los ministros de ejecutarla. De igual manera, el procurador de la parte demandante considera que la Ley 31355 vulnera el artículo 201 de la Constitución y el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
- Argumenta que la interpretación de las normas constitucionales realizada por el Tribunal Constitucional debe ser observada y seguida por todos los demás órganos constitucionales, y que esto incluye al Congreso de la República. Sostiene que, en caso contrario, de aprobarse normas que contravengan la interpretación de la Constitución hecha por el Tribunal Constitucional con el argumento de que se discrepa respecto de ellas o se las considera erradas, se incurriría en el desconocimiento de la calidad de intérprete vinculante de cierre del texto constitucional y de órgano de control constitucional que ostenta.
- La parte demandante destaca que, en la práctica, el Tribunal Constitucional ha interpretado la Constitución con miras a la optimización de su contenido, en favor de la defensa de los derechos fundamentales de la persona, a la vez que ha controlado las actuaciones inconstitucionales y arbitrarias de los poderes del Estado, los organismos constitucionales autónomos, los gobiernos regionales y locales, y de las instituciones que conforman el sistema de justicia y el sistema electoral.

- El procurador del Gobierno Nacional alega que todo el contenido de la Ley 31355 contraviene la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional respecto a la institución de la cuestión de confianza. Añade que no se trata de un error, pues los congresistas, de forma expresa, declararon que su objetivo era establecer una regulación contraria a lo resuelto por el Tribunal Constitucional.
- Establece que esto se evidencia, por ejemplo, en el dictamen de insistencia respecto a las observaciones del Gobierno Nacional a la autógrafa de ley, en donde se expone que la emisión de la norma interpretativa es necesaria porque lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobre las materias respecto de las cuales se puede plantear una cuestión de confianza, es erróneo e, inclusive, incongruente con lo que se debatió en el denominado Congreso Constituyente Democrático.
- En este sentido, resalta que el dictamen de insistencia difiere de la interpretación del Tribunal Constitucional, pues mediante la norma objeto de impugnación se busca establecer una interpretación distinta y así rescatar “la intención del constituyente de 1993”.
- Por otro lado, afirma que la Primera Disposición Complementaria Final de la norma cuestionada establece que “la cuestión de confianza es aprobada o rehusada luego de concluido el debate y luego de realizada la votación conforme al Reglamento del Congreso”. Indica que se trata de dos reglas sobre el procedimiento a seguir por parte del Congreso para adoptar una decisión respecto a la cuestión de confianza que plantee el Gobierno Nacional o Poder Ejecutivo. De esta manera, concluye que la norma cuestionada nuevamente contraviene la posición asumida por el Tribunal Constitucional, en este caso en lo referido a las diferentes formas en que puede manifestarse la decisión del Congreso en torno a una cuestión de confianza.
- Asimismo, menciona que la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 31355 preceptúa que “el resultado de la votación” sobre la cuestión de confianza es “comunicado expresamente al Poder Ejecutivo mediante oficio, para que surta efecto”. De esta manera, la parte demandante sostiene que se condicionan los efectos de la denegación de confianza a una comunicación expresa al Gobierno Nacional o Poder Ejecutivo sobre el sentido de la votación en el Pleno del Congreso.

- Respecto de lo anterior, destaca que la norma cuestionada también contraviene la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional respecto a la decisión del Congreso en torno a la cuestión de confianza, que no solo se manifiesta mediante una votación formal, sino también mediante una conducta contraria al contenido del pedido de confianza.
- De otro lado, expone que la expresión “para que surta efecto”, empleada en la Ley 31355, solo tiene sentido si se relaciona con la posibilidad que el presidente de la República disuelva constitucionalmente el Congreso de la República, conforme al artículo 134 de la Constitución, en caso este haya “censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros”.
- Por ello, de acuerdo con el procurador de la parte demandante, dicho extremo de la ley contraviene la posición asumida por el Tribunal Constitucional sobre el momento en que surte efecto la disolución del Congreso decretada al amparo del artículo 134 de la Constitución, que no está condicionada a una comunicación expresa, mediante oficio, al Gobierno Nacional o Poder Ejecutivo.
- Asimismo, da cuenta de que la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 31355 establece que “solo el Congreso de la República puede interpretar el sentido de su decisión” sobre la cuestión de confianza planteada por el Gobierno Nacional o Poder Ejecutivo, conforme a los artículos 132 y 133 de la Constitución.
- Sobre este punto, advierte que existe una manifiesta contradicción en el texto de la misma norma, pues al inicio señala que la cuestión de confianza puede ser “aprobada o rehusada” mediante una votación, lo que da a entender que la decisión del Congreso solo puede ser a favor o en contra de lo planteado por el Gobierno o Gobierno Nacional o Poder Ejecutivo, sin dar lugar a otra alternativa. Siendo ello así, establece que no queda claro qué podría ser objeto de interpretación exclusiva por parte del Congreso.
- A la luz de esto, considera que la intención de la Ley 31355 es evitar que otro órgano constitucional pueda llevar a cabo una labor de interpretación de aquellas conductas del Congreso de la República, no expresadas en una votación formal, que constituyen una denegación de la cuestión de confianza.

- Por este motivo, concluye que la cuestionada norma limita la posibilidad de que el Tribunal Constitucional, en el marco de un proceso constitucional, pueda analizar y evaluar la conducta del Congreso de la República en torno a las cuestiones de confianza planteadas por el Gobierno Nacional o Poder Ejecutivo y que puedan ser entendidas como denegadas.
- En atención a lo expuesto, la parte demandante sostiene que, al establecer que solo el Congreso puede interpretar los alcances de su decisión sobre la cuestión de confianza, la Ley 31355 vulnera las competencias del Tribunal Constitucional en materia de control e interpretación constitucional.
- De igual forma, manifiesta que la cuestionada norma también impide que el Gobierno pueda realizar una valoración política o “interpretar” la decisión asumida por el Congreso respecto a una cuestión de confianza, facultad que ha sido reconocida como constitucional por el Tribunal Constitucional, en el marco del proceso competencial sobre la disolución del Congreso de la República.

B-2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Los argumentos expuestos en la contestación de la demanda presentada por el apoderado especial del Congreso, a los que se adhieren los abogados Víctor García Toma y Aníbal Quiroga León son los siguientes:

- Los abogados de la parte demandada alegan que la ley impugnada preserva y garantiza la plena vigencia de la atribución presidencial de “dirigir la política general del gobierno”, establecida en el artículo 118.3 de la Constitución.
- Añaden que la exclusión de las materias previstas en el artículo 1 de la Ley 31355 busca preservar el sistema de gobierno democrático de derecho y la separación de funciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 43 del texto constitucional.
- Sostienen que las Sentencias 00006-2018-PI/TC y 00006-2019-CC/TC plasmaron una concepción amplia de las materias que pueden ser sometidas a cuestión de confianza, reduciendo sus límites a los supuestos previstos en el artículo 134 de la Constitución.

- Alegan que el propio Tribunal Constitucional ha manifestado su preocupación por el uso indiscriminado de la cuestión de confianza y, que en este caso, el Congreso ha dictado una ley de desarrollo de los artículos 132 y 133 de la Norma Fundamental, de conformidad con su Octava Disposición Final y Transitoria, con base en sus propias potestades, previstas en el artículo 102.2 de la Constitución, en atención a lo dispuesto en el artículo 103 de dicho texto constitucional, y ante la existencia de lagunas y conceptos jurídicos indeterminados.
- En relación con la alegada vulneración del artículo 206 de la Constitución, los abogados del Congreso refieren que la ley sometida a control no es una ley de reforma constitucional, sino de desarrollo constitucional. Precisan que las leyes de desarrollo constitucional surgen de disposiciones de rango constitucional, con contenidos jurídicamente indeterminados, que expresan o tácitamente requieren ser precisados o encausados.
- Al respecto, esta parte señala que la ley impugnada es una norma de desarrollo constitucional que, sin contradecir los artículos 132 y 133 de la Constitución, establece límites razonables para el ejercicio de la cuestión de confianza, a fin de evitar el abuso de su utilización como medio de control político por parte del Gobierno, sobre todo cuando proponga reformas constitucionales que atenten contra los derechos fundamentales o invada la esferas de las competencias de los demás poderes del Estado y de los organismos constitucionalmente autónomos, así como para prevenir futuros conflictos entre poderes.
- En relación con la sentencia 00006-2018-PI/TC, el apoderado especial y los abogados que se adhieren alegan que la Resolución Legislativa 007-2017-2018CR, impugnada en aquel proceso, fue declarada inconstitucional por la forma, al haberse exonerado de dictamen el proyecto de resolución legislativa y por no haberse realizado la segunda votación, pero no por no haberse seguido el procedimiento de reforma constitucional.
- Luego de describir el procedimiento legislativo de aprobación de la Ley 31355, los abogados concluyen que no es posible sostener que la ley impugnada sea inconstitucional por la forma, al no haber sido aprobada a través del procedimiento de reforma constitucional.

- Con respecto a la alegada vulneración del artículo 102.1 de la Constitución, precisan que según lo dispuesto en dicho artículo, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 106 de la misma carta, en el artículo 72 del Reglamento del Congreso y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Congreso de la República es competente para regular a través de leyes orgánicas: i) la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas por la Constitución y ii) las otras materias cuya regulación por ley orgánica ha sido prevista en la Constitución.
- Añade que las leyes orgánicas se encuentran dentro de la clasificación de leyes de desarrollo constitucional, conforme a lo establecido en la Sentencia 00005-2003PI/TC.
- Así, esta parte concluye que la ley impugnada, que desarrolla el ejercicio de la cuestión de confianza regulada en el último párrafo del artículo 132 y en el artículo 133 de la Constitución, es una ley de desarrollo constitucional, aprobada conforme al artículo 106 de dicha Carta. En consecuencia, no es posible sostener, a su criterio, que dicha ley atente contra el artículo 102.1 de la Norma Fundamental, como se alega en la demanda.
- Con respecto a los alegados vicios de fondo (sobre los contenidos y el objeto de la norma impugnada), los abogados del Congreso sostienen que los demandantes parten de un concepto sesgado e incompleto de la labor interpretativa del Congreso al momento de legislar sobre las materias de rango constitucional.
- Afirman en primer término que el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de conceptos con extensión y contenido variable, precisables por medio del razonamiento jurídico, a fin de evitar la arbitrariedad. Al respecto, precisan que el carácter abierto de un enunciado establecido en una disposición constitucional hace necesaria la emisión de una norma regulatoria de desarrollo, para establecer un grado de mayor previsibilidad y razonabilidad de sus correspondientes consecuencias. Añaden que el operador integrador, en el caso de una disposición contenida en la Constitución, será el Congreso, a través de la expedición de una ley de desarrollo constitucional.

- En relación con los conceptos jurídicos indeterminados, esta parte sostiene que en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional se hace referencia a ellos “cuando la norma que los recoge define el supuesto de hecho a través de formulaciones abstractas que solamente pueden ser materializados en su aplicación práctica” (Cfr. Sentencia 01505-2018-PA/TC, fundamento 8).
- En el caso del artículo 132 de la Constitución, la parte demandada sostiene que no cabe admitir que los alcances de esa materialización del supuesto de hecho de la cuestión de confianza facultativa dependan del Gobierno Nacional o Poder Ejecutivo. Así, añade que, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, no puede depender de una voluntad, sino que debe encontrarse reglado a través de una ley de desarrollo constitucional.
- Asimismo, alega que la discrecionalidad no está prevista como atributo en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, conforme a la clasificación realizada en la Sentencia 00090-2004-PA/TC, y que no está sujeta al contralor judicial, salvo en el examen de los aspectos formales, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Al respecto, esta parte señala que el desconocimiento de la proscripción de la discrecionalidad en esta materia, más allá de su carácter antijurídico, conllevaría a una confrontación política de gran alcance.
- Precisa que “la potestad autodeterminativa solo está sujeta al contralor político” y que le corresponde al Poder Legislativo decidir, en cada caso, sobre la conveniencia, utilidad y oportunidad de su regulación, “para efectos de precisión, colmación, etc.” (sic).
- En relación con la cuestión de confianza facultativa y su interpretación constitucional, la parte demandada descarta que la intención del legislador haya sido expedir una ley de interpretación auténtica de los artículos 132 y 133 de la Constitución.
- Alega que el Congreso de la República solo ha desarrollado la cuestión de confianza prevista en tales artículos constitucionales para, concretamente, precisar su alcance y contenido mediante una ley de desarrollo constitucional.

- Sostiene que en dicha labor ha garantizado una medida de solución a un grave problema político-jurídico, derivado de una interpretación arbitraria y dañosa para la sana relación interorgánica entre los Poderes Ejecutivo (Gobierno Nacional) y Legislativo (Congreso). Añade que con ello se ha resguardado la previsión de consecuencias ante el costo político que significa, como sucedió recientemente, una interpretación permisiva que vulnera el principio de separación de poderes.
- Agrega que ello guardaría relación con el reconocimiento del núcleo identitario de la cuestión de confianza y los principios de concordancia práctica, corrección funcional y utilidad.
- Concretamente, con relación a la vulneración de los artículos 132 y 133 de la Constitución, esta parte asevera que lo dispuesto en el artículo único de la ley impugnada, en cuanto a las materias sobre las que se puede plantear cuestión de confianza, es decir, “materias de competencia del Poder Ejecutivo relacionadas directamente a la concreción de su política general de gobierno”, es conforme a lo establecido en la Sentencia 0006-2018-PI/TC.
- En cuanto a la exclusión de la aprobación (o no) de reformas constitucionales, de dicho ámbito material, la parte demandada sostiene que el Tribunal Constitucional no ha establecido un criterio jurisprudencial.
- Sobre ello, destaca que en el auto de calificación de la demanda correspondiente al Expediente 00006-2019-CC/TC, el Tribunal Constitucional indicó que no iba a dilucidar la pretensión sobre la cuestión de confianza respecto a la aprobación de leyes de reforma constitucional. Agrega que esta decisión fue reiterada en el mismo proceso competencial, como se advierte en el auto 3, recaído en dicho expediente, de fecha 18 de noviembre de 2019.
- Aduce asimismo que en la Sentencia 00006-2019-CC/TC, seis magistrados del Tribunal Constitucional presentaron sus fundamentos de voto o votos singulares con relación al fallo emitido, lo que permite comprobar que no existe un criterio jurisprudencial respecto a la cuestión de confianza, referida a la aprobación de leyes de reforma constitucional. A este respecto menciona el caso de los fundamentos de voto de los Magistrados Miranda Canales y Ledesma

Narváez, y de los votos singulares de los magistrados Ferrero Costa y Blume Fortini.

- Agregan los abogados del Congreso que las consideraciones expuestas en los fundamentos jurídicos 197-200 de la Sentencia 00006-2019-CC/TC, con relación a la cuestión de confianza sobre reforma constitucional, no se condicen con el principio deliberativo, que forma parte del principio democrático.
- En suma, esta parte alega que en dicha sentencia el Tribunal Constitucional no ha establecido un criterio jurisprudencial acerca de la presentación de cuestiones de confianza sobre proyectos de ley de reforma constitucional. En todo caso, en el supuesto negado en el que dichos fundamentos tuviesen validez, esta parte sostiene que solo deberían ser considerados como *obiter dicta*.
- Por otro lado, añade que, si bien el último párrafo del artículo 206 de la Constitución atribuye expresamente al presidente de la República la iniciativa de reforma constitucional, sin embargo, la Constitución no ha conferido expresamente a los ministros o al presidente del Consejo de Ministros la potestad de plantear una cuestión de confianza sobre la aprobación o no de una iniciativa de reforma constitucional.
- Sostiene que las atribuciones del Gobierno Nacional o Poder Ejecutivo en materia de reforma constitucional se limitan únicamente a la presentación de iniciativas legislativas.
- Acota que asumir lo contrario, esto es, que aquellos sí pueden plantear cuestión de confianza en dichas materias, implicaría desconocer la autonomía constitucional del Congreso de la República para cumplir la función legislativa respecto a la regulación de diversas materias que le asigna la propia Constitución, y supondría socavar la competencia del Congreso o Poder Legislativo para reformar la Constitución, lo que contravendría el principio de corrección funcional.
- Destaca también que en la tramitación de la ley impugnada se estableció que el Gobierno Nacional o Poder Ejecutivo no puede plantear una cuestión de confianza para forzar la aprobación de una reforma constitucional, por ser una atribución del Congreso de la República.

- Además, en cuanto a las otras materias excluidas por el artículo único de la ley impugnada, esto es, “las que afecten los procedimientos y las competencias exclusivas y excluyentes del Congreso de la República o de otros organismos constitucionalmente autónomos”, la parte demandada asegura que dicha limitación es conforme a lo establecido en los fundamentos 191-193 de la Sentencia 0006-2019-CC/TC.
- Asimismo, manifiesta que en el Proyecto de Ley 474/2021-PE el Gobierno Nacional o Poder Ejecutivo propone una limitación de la cuestión de confianza similar a la establecida en el artículo bajo comentario.
- Por otro lado, esta parte sostiene que lo dispuesto en el artículo único de la ley impugnada no vulnera el principio de separación de poderes propiamente dicho y que, antes bien, los artículos 102.1, 104, 106 y 206 de la Constitución le otorgan al Congreso de la República la competencia exclusiva y excluyente para regular la estructura y funcionamiento de los denominados Poderes del Estado y reformar la Constitución.
- Añade que lo establecido en dicho artículo es conforme con los mecanismos de coordinación entre los poderes, como el respaldo a políticas de gobierno a través de la cuestión de confianza, según lo expresado en la Sentencia 00006-2018PI/TC.
- Precisa que lo regulado en dicho artículo difiere de lo establecido en la Resolución Legislativa 0007-2017-2018-CR, declarada inconstitucional en dicha sentencia, porque restringía “indebidamente la facultad de los ministros de poder plantear al Congreso de la República cuestiones de confianza en los asuntos que la gestión del Ejecutivo demande”, lo que, a su criterio, no se ha producido en el caso de la disposición impugnada.
- Antes bien, refiere que la ley sometida a control parte del principio de que las materias relacionadas con la dirección de la política general del gobierno, incluyendo las iniciativas legislativas, se encuentran contempladas como un ejercicio legítimo de la cuestión de confianza como mecanismo de control político, salvaguardando así el equilibrio de los poderes Ejecutivo (Gobierno Nacional) y Legislativo (Congreso).

- Asevera que dicha ley se expidió considerando la experiencia constitucional reciente, que reveló la existencia de importantes vacíos constitucionales que impiden el desarrollo de una normal relación, equilibrio y control mutuo entre poderes (frenos y contrapesos).
- Por ello, los abogados del Congreso sostienen que la disposición impugnada no atenta contra el principio de separación de poderes, ni en lo relativo al principio de separación de poderes propiamente dicho, ni respecto al principio de balance u equilibrio entre órganos constitucionales.
- En relación con la vulneración de la CADH y de la CDI, esta parte sostiene que lo alegado por los demandantes resulta insuficiente para demostrar que la ley impugnada transgrede principios constitucionales y normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Añaden que los extractos invocados en la demanda han sido descontextualizados, en aras de defender la inconstitucionalidad de la Ley 31355.
- Así, dicha parte considera que ni las normas internacionales ni las opiniones consultivas mencionadas en la demanda aportan elementos idóneos para resolver la presente controversia constitucional, y que no toda configuración de las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo (Gobierno Nacional y Congreso) implica el otorgamiento de mayores cuotas de poderes a uno en desmedro del otro.
- Al respecto, esta parte sostiene que el artículo único de la ley impugnada no atenta contra el artículo 1.1 de la CADH, ni contra los artículos 3 y 4 de la CDI, por las razones antes expuestas.
- Asimismo, los abogados de la parte demandada, invocando lo dispuesto en el artículo 4 de la LOPE, descartan que el artículo único de la ley impugnada vulnere la competencia del presidente de la República de dirigir la política general del gobierno, establecida en el artículo 118.3 de la Constitución, ni la de los ministros de ejecutarla, conforme al artículo 119 de dicho texto constitucional.
- Con relación a la alegada vulneración del artículo 201 de la Constitución y del artículo 1 de la LOTC, los abogados del Congreso refieren que la *ratio decidendi* de las Sentencias 00006-2018-PI/TC

y 00006-2019-CC/TC no tiene ningún carácter de vinculatoriedad de manera directa, más aún si la Ley 31355 no tiene el mismo supuesto de hecho que los casos analizados en tales sentencias.

- Sostienen que como *ratio decidendi* de la Sentencia 00006-2018-PI/TC, está la interpretación del Tribunal desarrollada en los fundamentos 61 y 75 de dicha sentencia, que se asienta en dos premisas: i) que la cuestión de confianza es un mecanismo de balance y contrapeso en relación con el ejercicio de la moción de censura y ii) que la cuestión de confianza sirve para buscar respaldo político a las políticas que una gestión ministerial requiere.
- Añaden que el resto de la argumentación de la Sentencia 0006-2018-PI/TC constituyen pautas no vinculantes.
- A propósito de la primera premisa antes señalada, los abogados de la parte demandada mencionan, a su vez, que la premisa establecida en el fundamento 114 de la Sentencia 00006-2019-CC/TC queda desvirtuada por la realidad, es decir, que carece de sustentación fáctica, por cuanto en el marco de la vigencia de dos constituciones, y en el escenario de actuación de nueve períodos parlamentarios en los últimos 41 años de vida política, solo se han aprobado cuatro mociones de censura. Añade a ello que, sin base fáctica, dicha *ratio decidendi* devendría en una decisión arbitraria, carente de fundamentación objetiva y concreta, contradictoria con la realidad que ha de servir de base a toda decisión.
- Con relación a la segunda premisa, esta parte sostiene que el respaldo no puede ser exigido compulsivamente en un régimen democrático en el que la regla básica es la libre determinación y el consenso, y que la democracia es expresión de una justificación razonada en la persuasión, en el acuerdo basado en comunes propósitos y no en la amenaza como instrumento de allanamiento al vasallo. Por ello, a su criterio, plantear el concepto de respaldo por imposición compulsiva implica una acción impropia, conforme al tipo de gobierno previsto en el artículo 43 de la Constitución.
- Más allá de ello, añade que lo dispuesto en el artículo único de la ley impugnada, respecto a que la cuestión de confianza puede

plantearse sobre “materias de competencia del Poder Ejecutivo relacionadas directamente con la concreción de su política general de gobierno”, es conforme con lo establecido en la Sentencia 00006-2018-PI/TC.

- En lo que toca a la limitación de materias relativas a la “aprobación o no de reformas constitucionales”, realizada por dicha disposición, los abogados del Congreso alegan que el Tribunal Constitucional no ha establecido un criterio jurisprudencial acerca de la presentación de cuestiones de confianza sobre proyectos de ley de reforma constitucional. Sostienen, asimismo, que la limitación sobre las materias “que afecten los procedimientos y las competencias exclusivas y excluyentes del Congreso de la República o de otros organismos constitucionalmente autónomos”, se encuentra en la línea de lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 00006-2018-PI/TC y de lo propuesto en el Proyecto de Ley 474/2021-PE, presentado por el Poder Ejecutivo.
- Añaden que este aspecto coincide con el criterio expresamente asumido por tres magistrados del Tribunal Constitucional en la Sentencia 00006-2019-CC/TC, conforme a los votos singulares de los Magistrados Ferrero Costa, Blume Fortini y Sardón de Ta-boada.
- En relación con el procedimiento de decisión sobre la cuestión de confianza, los abogados del Congreso alegan que “la posición asumida por el Tribunal Constitucional respecto a las diferentes formas en que puede manifestarse la decisión del Congreso en torno a una cuestión de confianza”, invocada en la demanda, fue suscrita por cuatro magistrados del Tribunal Constitucional en la Sentencia 00006-2019-CC/TC, incluyendo el fundamento de voto del Magistrado Miranda Canales.
- Añaden, citando el fundamento 24 de la Sentencia 00006-2018-PI/TC, que se desprende que en el presente caso el Tribunal Constitucional debe resolver la causa considerando que la ley impugnada regula una cuestión técnica (la cuestión de confianza), que es compleja y con una marcada incidencia en la naturaleza del régimen político peruano, que puede ser objeto de ajustes en el ámbito normativo.

- Por ello, descarta que la Primera Disposición Complementaria Final de la ley impugnada contravenga lo dispuesto en el artículo 201 de la Constitución y en el artículo 1 de la LOTC, cuando dispone que la cuestión de confianza “es aprobada o rehusada luego de concluido el debate y luego de realizada la votación conforme al Reglamento del Congreso”.
- En cuanto a los requisitos para que la cuestión de confianza surta efectos, esta parte asevera que la lógica consecuencia en las relaciones entre el Poder Ejecutivo y Poder Legislativo (Gobierno Nacional y Congreso) es que dicha manifestación de voluntad del Congreso sea únicamente comunicada de una manera expresa y concreta, como se produce a través de un oficio dirigido al Gobierno Nacional o Poder Ejecutivo, para que a partir de dicha comunicación pueda surtir efectos jurídicos.
- Aduce que se puede comprobar en los procedimientos de control político, que las comunicaciones entre el Gobierno Nacional y el Congreso (Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo) se realizan y canalizan de forma expresa, y que de esta manera se despliegan los efectos jurídicos correspondientes.
- Por ello, según alega esta parte, no es extraño ni inválido que, sin perjuicio de las consideraciones expresadas en la Sentencia 00006-2019-CC/TC, el Congreso haya regulado, en el caso del procedimiento de control político de la cuestión de confianza, lo establecido a través de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 31355, según el cual “el resultado de la votación es comunicado expresamente al Poder Ejecutivo, mediante oficio, para que surta efecto”. Añade que ello se encuentra en el margen de lo constitucionalmente posible y que sigue la lógica de los demás procedimientos de control político contemplados en el Reglamento del Congreso.
- Sostiene, asimismo, que dicha disposición no está modificando ninguna posición asumida por el Tribunal Constitucional sobre el momento en que surte efecto la disolución del Congreso, decretada al amparo del artículo 134 de la Constitución, dado que no regula el acto de disolución del Congreso al que se refiere esta disposición constitucional; antes bien, asegura que dicha disposición regula el trámite de un procedimiento exclusivamente parlamentario, referido a la comunicación expresa al Gobierno Nacional o Poder

Ejecutivo respecto al resultado de la votación de la cuestión de confianza, efectuada por el Pleno del Congreso.

- Por tales consideraciones, concluye que dicho extremo de la disposición antes referida no vulnera el artículo 201 de la Constitución ni el artículo 1 de la LOTC.
- En cuanto a la limitación de la competencia del Tribunal Constitucional para realizar su labor de control e interpretación constitucional, esta parte trae a colación el cuestionamiento a la Primera Disposición Complementaria Final, en cuanto establece que “solo el Congreso de la República puede interpretar el sentido de su decisión”.
- En primer término, esta parte argumenta que el Congreso de la República tiene plena autonomía, a la luz del principio de separación de poderes, para ejercer sus atribuciones constitucionales, como la de aprobar o rehusar la cuestión de confianza planteada por el Poder Ejecutivo o Gobierno Nacional, conforme a los artículos 132 y 133 de la Constitución, el Reglamento del Congreso y la propia Ley 31355, sometida a control en este proceso.
- Por ello, afirma que es el mismo Poder Legislativo el que, en el marco de su autonomía para aprobar o rechazar una cuestión de confianza, tiene la atribución para interpretar el sentido de su decisión en dicho ámbito, lo que no implica en modo alguno que el Congreso pretenda excluirse del control jurídico de validez constitucional que ejerce el Tribunal Constitucional, más aún si no existen islas exentas de control constitucional. Añade, en ese sentido, que los procedimientos parlamentarios pueden estar igualmente sujetos a control de validez constitucional.
- Agrega que al ser la aprobación o el rechazo de la cuestión de confianza un acto de control político de competencia exclusiva y excluyente del Congreso, que tiene un carácter subjetivo, es evidente que la interpretación del sentido de la decisión de dicho acto de control político también tiene dicha naturaleza (exclusiva y excluyente del Congreso) y cuenta con el mismo carácter subjetivo.
- Alega que un acto de control político no puede ser comparado con un acto de control jurídico constitucional, que es objetivo y realizado por un órgano jurisdiccional, como el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional en los procesos constitucionales.

- Manifiesta que la aprobación o el rechazo de la cuestión de confianza, así como la interpretación del sentido de dicha decisión a cargo del Congreso, corresponden al ámbito de la discrecionalidad política reconocida en un Estado de derecho a los poderes constituidos.
- Los abogados de la parte demandante sostienen que este extremo impugnado de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 31355, según el cual “solo el Congreso de la República puede interpretar el sentido de su decisión” guarda coherencia con la Sentencia 00006-2019-CC/TC (fundamento 185), donde se analizaron los asuntos que no podían ser sometidos a cuestión de confianza.
- Asimismo, alegan que ha quedado claro que el Gobierno Nacional o Poder Ejecutivo no puede plantear una cuestión de confianza para que otro órgano estatal (como el Congreso de la República) tome la decisión en el sentido que el Gobierno Nacional determine, pese a tratarse de una competencia que no le corresponde.
- Según los abogados del Congreso, interpretar que al Gobierno Nacional o Poder Ejecutivo le corresponde la facultad para interpretar y determinar el sentido de la decisión de aprobación o rechazo de una cuestión de confianza, en la línea de lo expuesto por el Tribunal Constitucional, comprometería el principio de separación de poderes y las relaciones entre el Gobierno Nacional y el Congreso (los poderes Ejecutivo y Legislativo), y vulneraría los artículos 132, 133 y 134 de la Constitución, conforme se expresó también en el Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento, recaído en los proyectos de ley que dieron origen a la norma impugnada.
- Precisan asimismo que, en el caso del planteamiento de una cuestión de confianza respecto de un proyecto de ley, tampoco el Gobierno Nacional o Poder Ejecutivo tiene la atribución de interpretar el sentido de la decisión de aprobación o rechazo de la cuestión de confianza, conforme a la Sentencia 00006-2019-CC/TC, fundamento 207.
- Finalmente, los abogados del Congreso precisan que el hecho de que la Sentencia 00006-2019-CC/TC, suscrita por cuatro magistrados del Tribunal Constitucional, haya convalidado, en el análisis de un caso concreto y bajo circunstancias extraordinarias, el acto del entonces Gobierno o Poder Ejecutivo del 30 de setiembre de 2019, considerando la denegatoria fáctica de la cuestión de confianza, no

enerva la facultad constitucional del Congreso de la República de establecer, en el ejercicio de sus atribuciones legisferantes, en el ámbito de lo constitucionalmente posible y con discrecionalidad normativa, que solo él “puede interpretar el sentido de su decisión”, en relación con la aprobación o rechazo de la cuestión de confianza

- Por tales consideraciones, concluyen que la ley impugnada no ha vulnerado ninguna disposición constitucional y sostienen que la demanda debe ser declarada infundada en todos sus extremos.

II. FUNDAMENTOS

§1. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA

1. En el presente caso, la parte demandante cuestiona la totalidad de la Ley 31355, *Ley que desarrolla el ejercicio de la cuestión de confianza regulada en el último párrafo del artículo 132 y en el artículo 133 de la Constitución Política del Perú*, por considerar que dicha norma habría incurrido en infracciones que denomina “formales y sustantivas” de la Constitución Política de 1993.
2. Con relación a los alegados vicios de inconstitucionalidad por la forma (incumplimiento de trámite constitucionalmente previsto, actuación de órgano incompetente o transcurso del plazo habilitado), este Tribunal debe resolver si el contenido material de la ley debió incorporarse al ordenamiento jurídico por medio de una ley ordinaria o siguiendo el procedimiento de la reforma constitucional.
3. En segundo término, debe analizar si el Congreso de la República, al expedir la ley sometida a control, ha respetado el marco de atribuciones establecido en el artículo 102.1 de la Constitución.
4. Por otro lado, y en relación con los alegados vicios de inconstitucionalidad material de la Ley 31355, este Tribunal aprecia que, en la dilucidación de la presente causa, concurren diversas materias constitucionalmente relevantes relacionadas, en primer término, con la naturaleza, objeto y alcances de la cuestión de confianza, en el marco de las atribuciones constitucionales del Gobierno Nacional o Poder Ejecutivo. Además, se debe analizar si la ley impugnada limita la cuestión de confianza contraviniendo lo dispuesto en

los artículos 132 y 133 de la Constitución, incluyendo el menoscabo de la facultad del Poder Ejecutivo para plantear o interpretar el sentido de la decisión respecto a la cuestión de confianza.

5. Este Tribunal evaluará también si dicha ley vulnera el principio constitucional de separación de poderes, que incluye el equilibrio y balance de poderes, interpretado, a su vez, de conformidad con la CADH y CDI, y tomando en cuenta los pronunciamientos de la Corte IDH, especialmente la OC-28/21, de 7 de junio de 2021.
6. Asimismo, corresponderá resolver si la ley impugnada menoscaba lo dispuesto en los artículos 118.3 y 119 de la Constitución, respecto a la competencia del Gobierno Nacional o Poder Ejecutivo para dirigir y ejecutar la política general del Gobierno a través de sus ministros.
7. Finalmente, corresponderá emitir pronunciamiento respecto del alegado menoscabo de las atribuciones que le corresponden a este órgano de control e intérprete vinculante de cierre de la Constitución, según el artículo 201 de la Norma Fundamental y el artículo 1 de la LOTC, ante el invocado desconocimiento de su doctrina jurisprudencial, emitida en el marco de algunos procesos de inconstitucionalidad y competencias.

§2. CONTENIDO NORMATIVO DE LA LEY IMPUGNADA

8. Como paso previo al examen de constitucionalidad de la ley impugnada (considerando los cuestionamientos precisados supra), este Tribunal estima pertinente precisar el contenido normativo del texto legal objeto de control, el cual tiene siguiente tenor:

Artículo único. Del ejercicio de la cuestión de confianza regulada en el último párrafo del artículo 132 y en el artículo 133 de la Constitución Política del Perú. La facultad que tiene un ministro y la del presidente del Consejo de Ministros a nombre del Consejo, de plantear una cuestión de confianza conforme al último párrafo del artículo 132 y al artículo 133 de la Constitución Política del Perú, está referida a materias de competencia del Poder Ejecutivo relacionadas directamente a la concreción de su política general de gobierno, no encontrándose, entre ellas, las relativas a la aprobación o no de reformas

constitucionales ni las que afecten los procedimientos y las competencias exclusivas y excluyentes del Congreso de la República o de otros organismos constitucionalmente autónomos.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Decisión del Congreso de la República respecto a la cuestión de confianza planteada

La cuestión de confianza es aprobada o rehusada luego de concluido el debate y luego de realizada la votación conforme al Reglamento del Congreso. El resultado de la votación es comunicado expresamente al Poder Ejecutivo, mediante oficio, para que surta efecto. Solo el Congreso de la República puede interpretar el sentido de su decisión.

SEGUNDA. Vigencia de la presente ley

Los alcances de la presente ley no tienen consecuencias o impacto retroactivos, y rigen a partir del día siguiente de su publicación.

9. Al respecto, la citada normativa consta de tres disposiciones: un artículo único y dos disposiciones complementarias finales. El artículo único regula el ejercicio de la cuestión de confianza; la primera disposición complementaria final establece cuándo, cómo y quién define la aprobación o rechazo de la cuestión de confianza; finalmente, la segunda disposición establece que la ley carece de efectos retroactivos.
10. Respecto al artículo único, este establece que la cuestión de confianza, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 132 y en el artículo 133 de la Constitución, es una facultad que recae en:
 - i) Un ministro,
 - ii) El presidente del Consejo de Ministros, a nombre del total del Consejo
11. Asimismo, en este único artículo se prescribe que dicha facultad está referida a las competencias del Poder Ejecutivo o Gobierno Nacional relacionadas directamente con la concreción de su política general de gobierno y excluye de dicho ámbito:

- a) La aprobación o no aprobación de reformas constitucionales
 - b) Las materias que afecten los procedimientos y competencias exclusivas y excluyentes del Congreso
 - c) Las materias que afecten los procedimientos y competencias exclusivas y excluyentes de otros organismos constitucionalmente autónomos.
12. Por otra parte, en la primera disposición complementaria final se ha establecido que la aprobación o rechazo de la cuestión de confianza se realiza luego de concluido el debate y realizada la votación, conforme al Reglamento del Congreso. Asimismo, que el resultado de la votación es comunicado por el Congreso al Poder Ejecutivo (Gobierno Nacional) mediante oficio para que pueda surtir efectos, y precisa que la interpretación del sentido de la decisión solo puede llevarla a cabo el Congreso.
13. De lo expuesto, este Tribunal advierte que la ley impugnada se relaciona con la configuración de la cuestión de confianza. Por ello, resulta indispensable dar cuenta de los pronunciamientos que ha emitido este Tribunal respecto a dicha institución.

§3. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO A LA CUESTIÓN DE CONFIANZA

14. La jurisprudencia sobre esta cuestión se ha desarrollado, básicamente, en el marco de dos procesos: en un proceso de inconstitucionalidad y en un conflicto competencial, procesos cuya finalidad principal ha sido garantizar la supremacía constitucional y el adecuado ejercicio de las competencias y atribuciones constitucionales de los poderes del Estado y de los órganos constitucionales, respectivamente, con arreglo a los principios establecidos en la Norma Fundamental.
15. El primero de ellos es el denominado “Caso de la cuestión de confianza y crisis total del gabinete”, correspondiente a la Sentencia 00006-2018-PI/TC, de 6 de noviembre de 2018, donde se determinó la inconstitucionalidad de una resolución legislativa que modificó el Reglamento del Congreso e introdujo limitaciones al ejercicio la cuestión de confianza.

16. El segundo, es el “Caso de la disolución del Congreso”, correspondiente a la Sentencia 00006-2019-CC/TC, de 9 de enero de 2020, en el que este Tribunal se pronunció respecto a la demanda competencial planteada contra las actuaciones del Poder Ejecutivo relacionadas con la disolución del Congreso, ocurrida el 30 de setiembre de 2019.
17. Corresponde destacar que dichos pronunciamientos tienen calidad de cosa juzgada y son vinculantes para todos los poderes públicos, conforme con la Constitución y los artículos 81 y 112 del Nuevo Código Procesal Constitucional.
18. A continuación, se revisará los problemas constitucionales analizados en aquellos procesos y que resultan relevantes para el desarrollo de la presente sentencia.

3.1. CASO DE LA CUESTIÓN DE CONFIANZA Y CRISIS TOTAL DEL GABINETE (SENTENCIA 0006-2018-PI/TC)

19. En esta sentencia el Tribunal Constitucional realizó el examen de constitucionalidad formal y sustantivo de la Resolución Legislativa 007-20172018-CR, que modificó el literal e) del artículo 86 del Reglamento del Congreso de la República.
 20. En aquella oportunidad, este órgano de control de la Constitución se pronunció sobre diversas temáticas relacionadas, entre otras, con: i) los límites a las atribuciones del Congreso en relación a la regulación de la cuestión de confianza, ii) la forma de gobierno y el principio de separación de poderes y iii) la cuestión de confianza y el balance de poderes.
- **Sobre los límites de las atribuciones del congreso en relación con la regulación de la cuestión de confianza**
21. En primer término, este Tribunal no pierde de vista que los aspectos desarrollados sobre esta institución se realizaron a propósito del análisis de los alcances y límites de las atribuciones de los congresistas para regular la cuestión de confianza, en el marco del Reglamento del Congreso.
 22. En dicho caso se advirtió que la norma sometida a control en aquella oportunidad transgredió la facultad constitucional de los ministros

de plantear la cuestión de confianza, conforme a los artículos 132 y 133 de la Constitución, al establecer causales de improcedencia de dicha cuestión de confianza y entrar “en asuntos ajenos a la actuación parlamentaria” (fundamento 41).

23. Tal conclusión tuvo como premisa la idea de que, en un Estado democrático de derecho, el legislador está sometido a los límites previstos en la Constitución y que, por consiguiente, deberá respetarlos, en forma y contenido, al momento de expedir una ley (fundamento 42).

24. Precisamente, esto último está relacionado con el respeto a las cláusulas constitucionales relativas al sistema de gobierno y al principio de separación de poderes.

▪ **Sobre el sistema de Gobierno peruano y el principio de separación de poderes**

25. Estos dos aspectos, que configuran el régimen político peruano, fueron objeto de pronunciamiento por este Tribunal con ocasión de determinar los contornos constitucionales de las relaciones entre el Gobierno Nacional y el Congreso (Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo).

26. Respecto al modelo peruano, este Tribunal destacó la base presidencial de su sistema de Gobierno, en la medida que el presidente de la República es jefe de Estado y de Gobierno, elegido por el voto de la ciudadanía, lo que supone que no puede ser nombrado o removido discrecionalmente por el Congreso de la República (fundamento 53).

27. No obstante, en el constitucionalismo peruano se han incorporado diversas instituciones desarrolladas en el parlamentarismo, conformando un sistema político con rasgos propios, lo que ha incidido también en una configuración particular del principio de separación de poderes.

28. En lo que aquí interesa, este Tribunal sostuvo que la separación de poderes y el régimen político establecido en la Constitución suponen “un límite para su reforma por ser parte de una especie de ‘núcleo duro’, conformado por aquellos valores y principios básicos que dan identidad a nuestro texto constitucional” (fundamento 49 de la sentencia bajo análisis).

29. Asimismo, este Colegiado estableció ciertos rasgos que identifican a lo que se denominaría “el núcleo duro del principio de separación de poderes”, previsto en el artículo 43 de la Constitución. Dichos rasgos fueron abordados en el fundamento 56 de la sentencia bajo análisis.
30. Entre ellos se encuentran, en primer término, el principio de separación de poderes propiamente dicho, que se refiere a la autonomía funcional y a la distribución de diferentes competencias de los tradicionalmente denominados poderes del Estado, así como atribuciones de los órganos constitucionales autónomos. Así, y en virtud de este principio, se reconoce la división de poderes, como también se prevén formas razonables para la resolución de las controversias o tensiones que eventualmente surjan entre tales poderes y órganos (fundamento 56).
31. Asimismo, otro principio de gran relevancia es el de balance de poderes, que da cuenta de la existencia de mecanismos de coordinación, de control recíproco y equilibrio entre dichos sujetos constitucionales. Precisamente, y en lo que aquí interesa, este Tribunal sostuvo que “la regulación, el ejercicio e incluso la interpretación de los alcances de los mecanismos de coordinación, de control recíproco o de equilibrio entre poderes no pueden realizarse alterando o desnaturalizando el balance que ha buscado asegurar la Constitución, y que es parte medular de nuestro modelo” (fundamento 56).
32. En cuanto al principio de cooperación entre poderes, este Tribunal destacó la orientación finalista o teleológica del ejercicio de las competencias y atribuciones de los poderes y órganos constitucionales, que no es otra que el cumplimiento de los fines del Estado y la concreción de los principios y mandatos constitucionales, considerando especialmente aquellos recogidos, entre otros, en los artículos 1, 3, 38, 43, 44 y 45 de la Norma Fundamental.
33. Especialmente, en relación con esto último, corresponde destacar el principio de “lealtad constitucional”, que “además del respeto a las competencias y funciones ajenas, orienta el comportamiento de los actores estatales hacia la consecución del bien común, que debe ser el fin último de la política” (fundamento 56).

34. De otro lado, del principio de separación de poderes emana también el principio de solución democrática, que debe orientar la superación de los entrapamientos institucionales, crisis políticas o conflictos en las relaciones entre los poderes públicos. Así, este principio presupone que, tanto en el diseño de las relaciones a darse dentro de un sistema de gobierno, como en el decurso de dichas relaciones, debe tenderse o hacerse prevalecer los mecanismos de diálogo para la resolución de las controversias.
35. Por último, este Tribunal sostuvo, como corolario, en el fundamento 57 de la sentencia bajo comentario, que, a propósito de las eventuales modificaciones que pueden establecerse en dicha temática, esto es, reformas constitucionales y legales sobre “principios que identifican nuestra forma de Gobierno y que permiten delimitar debidamente las relaciones entre los denominados poderes del Estado”, no se puede, en cambio, desnaturalizar tales principios o vaciarlos de contenido.
- **Regulación abierta de la cuestión de confianza y balance de poderes**
36. Ahora bien, las referencias anteriores al principio de separación de poderes son especialmente relevantes para comprender la naturaleza, objeto, alcances y funcionamiento de la cuestión de confianza, como facultad constitucional del Gobierno Nacional o Poder Ejecutivo.
37. En efecto, en lo tocante a la cuestión de confianza, este Tribunal sostuvo que se trata de “una institución cuyo ejercicio queda en manos del Ejecutivo” y que “fue introducida en el constitucionalismo peruano como un contrapeso al mecanismo de la censura ministerial asignado al Poder Legislativo, por lo que debe ser entendida a partir del principio de balance entre poderes” (fundamento 61, énfasis añadido).
38. Asimismo, este Tribunal sostuvo que existen dos situaciones distintas relacionadas con la cuestión de confianza: i) la cuestión de confianza obligatoria y ii) la cuestión de confianza facultativa (fundamentos 64-67). Mientras que la primera tiene como sustento normativo el artículo 130 de la Constitución, la segunda a su vez, tiene como fundamento constitucional a sus artículos 132 y 133. Todas estas normas pasan a ser transcritas a continuación:

Cuestión de confianza obligatoria

Artículo 130.- Dentro de los treinta días de haber asumido sus funciones, el Presidente del Consejo concurre al Congreso, en compañía de los demás ministros, para exponer y debatir la política general del gobierno y las principales medidas que requiere su gestión. Plantea al efecto cuestión de confianza.

Si el Congreso no está reunido, el Presidente de la República convoca a legislatura extraordinaria.

Cuestión de confianza facultativa

Artículo 132.- El Congreso hace efectiva la responsabilidad política del Consejo de Ministros, o de los ministros por separado, mediante el voto de censura o el rechazo de la cuestión de confianza. Esta última sólo se plantea por iniciativa ministerial. (...) La desaprobación de una iniciativa ministerial no obliga al ministro a dimitir, salvo que haya hecho cuestión de confianza de la aprobación.

Artículo 133.- El Presidente del Consejo de Ministros puede plantear ante el Congreso una cuestión de confianza a nombre del Consejo. Si la confianza le es rehusada, o si es censurado, o si renuncia o es removido por el Presidente de la República, se produce la crisis total del gabinete.

39. En cuanto a la cuestión de confianza obligatoria, esta debe ser comprendida como aquella solicitud de un voto de confianza al Congreso de la República, para que dicho Congreso respalde la política general del gobierno expresada por el presidente del Consejo de Ministros, acto que debe producirse en todos los casos en que se conforme un nuevo gabinete (fundamento 66).
40. En cambio, la cuestión de confianza facultativa es aquella que puede plantear tanto el presidente del Consejo de Ministros, a nombre de dicho Consejo, como cualquiera de las ministras o ministros de Estado, de manera individual (fundamento 67).
41. Asimismo, este Tribunal ha precisado en dicha sentencia las consecuencias que se desprenden de la denegatoria de la confianza

facultativa en los escenarios planteados por el artículo 132 (último párrafo) y 133 de la Norma Fundamental.

42. Conforme con el artículo 132 in fine de la Constitución, la denegatoria de la confianza comporta la renuncia obligatoria del ministro que la solicitó a título individual (fundamento 70). Por otra parte, del artículo 133 se desprende que, en caso de ser rehusada la cuestión de confianza, se produciría la “crisis total del gabinete”, que trae como consecuencia la renuncia de todos los ministros que lo integran (fundamento 71).
43. Luego de explicitar la tipología y supuestos de la cuestión de confianza según los artículos 130, 132 y 133 de la Constitución, este Tribunal desarrolló razones jurídico-constitucionales de carácter medular para el análisis de la presente controversia.
44. Así, en el fundamento 72 de la sentencia bajo análisis, este Tribunal sostuvo, en relación con el artículo 133, que dicha disposición, no establece supuestos para la cuestión de confianza facultativa, a diferencia de lo que sucede con la cuestión de confianza obligatoria, regulada en el artículo 130.
45. De hecho, en el fundamento 73 de la sentencia bajo análisis, este Tribunal Constitucional hizo referencia al debate constituyente de 1993, donde se sostuvo que:

La cuestión de confianza puede plantearse sobre lo que se quiera. El Presidente del Consejo la plantea cuando quiere y como quiere. [...]. Por ejemplo, podría decir: señor, hago cuestión de confianza de que se respeten las decisiones del Presidente (Debate Constitucional - 1993. Comisión de Constitución y Reglamento, Lima, t. II, p. 912).

Y que:

Ya sabemos que si la censura o el rechazo a la confianza afectan al Presidente del Consejo, el gabinete se va; pero lo que no se practica en el Perú es que cuando un ministro es interpelado o amenazado con el voto de censura, el Presidente del Consejo, que además va a estar presente en las sesiones, o, aunque no estuviera, puede decir: ‘En este caso, el gabinete se solidariza con el señor Ministro de Educación; de modo que si prospera

el voto de censura contra el señor Ministro de Educación, nos vamos todos’. Eso puede pasar. Así pasa en otros países, como Francia [...]. (Debate Constitucional - 1993. Comisión de Constitución y Reglamento, Lima, t. III, p. 1373).

46. Asimismo, conviene destacar especialmente los fundamentos 74 al 76 de la sentencia 00006-2018-PI/TC, toda vez que contienen consideraciones relevantes para lo que aquí se analiza. En dichos fundamentos este Tribunal sostuvo que:

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

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

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

47. Tales fundamentos fueron algunas de las razones de la decisión (*ratio decidendi*) que sustentaron la declaratoria de la inconstitucionalidad del texto “No procede la interposición de una cuestión de

confianza cuando esté destinada a promover, interrumpir o impedir la aprobación de una norma o un procedimiento legislativo o de control político”, establecido en el artículo único de la norma objeto de control en aquella oportunidad.

48. En base a todo lo aquí reseñado, el Tribunal declaró fundada la demanda y, en consecuencia, inconstitucional la Resolución Legislativa 007-2017-2018-CR, que modificó el literal “e” del artículo 86 del Reglamento del Congreso de la República, por vulnerar los artículos 43, 94, 105, 122 y 132 a 134 de la Constitución.

3.2. CASO DE LA DISOLUCIÓN DEL CONGRESO (SENTENCIA 0006-2019-CC/TC)

49. Posteriormente, este Tribunal resolvió el conflicto competencial planteado por el presidente de la Comisión Permanente del Congreso de la República contra el Poder Ejecutivo, cuyas pretensiones estaban relacionadas con: i) el pedido de cuestión de confianza del 30 de setiembre de 2019 y ii) el acto de disolución del Congreso de la República contenido en el Decreto Supremo 165-2019-PCM.
50. A continuación, este Tribunal dará cuenta de diversos aspectos desarrollados en dicha sentencia, las cuales se consideran relevantes para dilucidar la presente controversia.

▪ *Carácter discrecional de la cuestión de confianza*

51. Este Tribunal sostuvo, en primer término, que la naturaleza y los límites de la cuestión de confianza en nuestro ordenamiento jurídico deben ser examinados a partir de nuestro especial sistema de gobierno (fundamento 96), que ya se ha analizado supra.
52. Considerando la peculiaridad o carácter sui generis del régimen político peruano, este Tribunal se pronunció respecto a la cuestión de confianza, identificándola como una atribución discrecional del Gobierno Nacional o Poder Ejecutivo que se ejerce en el ámbito de las relaciones entre dicho Gobierno Nacional y el Congreso o Poder Legislativo. En cuanto a dicha discrecionalidad, se estableció que:

La pluralidad de escenarios en los que puede ser planteada la cuestión de confianza justifica, como no podía ser de otra forma, que no exista alguna disposición constitucional que regule

los supuestos en los que ella puede ser presentada. Y ello es, además, una tendencia mayoritaria en el Derecho Constitucional comparado. En efecto, si es que la norma normarum diseñara esos casos hipotéticos, la cuestión de confianza dejaría de ser una potestad discrecional del ejecutivo para pasar a ser un mecanismo de utilización tasada (fundamento 107, énfasis añadidos).

53. Así pues, este Tribunal ha dejado sentado que la cuestión de confianza debe su configuración a las disposiciones de la Norma Fundamental que a ella se refieren. Precisamente, se ha destacado que en dicho marco constitucional no se ha previsto cuáles son los supuestos en que pueda presentarse la cuestión de confianza, lo que encuentra sentido en la regulación abierta de esta institución con efectos esencialmente políticos.
 54. Sin perjuicio de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que, como ocurre con toda facultad conferida por la Constitución a un poder constituido, la cuestión de confianza y su contrapeso, la censura ministerial, deben ser usadas con una alta cuota de prudencia y no de un modo indiscriminado (fundamento 113).
 55. Por ello, este Tribunal exhortó al Congreso y al Gobierno a velar por el ejercicio de dichas facultades respecto de asuntos que revisitan un considerable impacto para la administración y el desarrollo de la sociedad peruana (fundamento 114).
- ***Posibilidades y límites de las materias sometidas a cuestión de confianza***
56. Debemos, en primer lugar, tener presente que son diversas las materias que pueden enmarcarse dentro del ámbito de competencias del Ejecutivo o Gobierno Nacional y que son susceptibles de ser sometidas a la confianza del Congreso de la República.
 57. Tal fue el caso del supuesto analizado en la Sentencia 00006-2019-CC/TC, donde se sostuvo que la presentación de un proyecto de ley sobre la reforma de la ley orgánica de este Tribunal Constitucional, relacionado con el procedimiento para la selección de sus magistrados, se encontraba “dentro del ámbito de las competencias del Poder Ejecutivo, por tratarse de un asunto de un marcado interés

nacional”, concluyendo, así, que en relación con dicho extremo de la demanda, no se había producido ninguna lesión a la Constitución (fundamento 184).

58. Sin embargo, esta regulación abierta no indica que se pueda hacer cuestión de confianza respecto de toda materia o de forma ilimitada. Es más, este Tribunal sostuvo en la Sentencia 00006-2019-CC/TC que:

Distinto sería el escenario si es que el planteamiento de la cuestión de confianza fuera sobre materias que comprometan el principio de separación de poderes, y, con ello, las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo. Para este Tribunal, estos supuestos, sin ánimo de exhaustividad, son los siguientes:

- i. que el planteamiento de la cuestión de confianza esté relacionado con la supresión de la esencia de alguna cláusula de intangibilidad de la Constitución (forma de gobierno republicana y representativa; principio de separación de poderes, cláusula de Estado de Derecho, principio democrático, protección de los derechos fundamentales, etc.);
 - ii. que el planteamiento de la cuestión de confianza se relacione con el condicionamiento del sentido de alguna decisión que, de conformidad con la Constitución, sea competencia de otro órgano estatal; y,
 - iii. que el planteamiento de la cuestión de confianza, en el caso de proyectos de ley, no se realice respecto de materias que permitan concretar u operativizar las propuestas planteadas por el gobierno o que carezcan de un marcado interés público (fundamento 185).
59. Con relación al primer supuesto, este Tribunal resolvió que: (...) el Poder Ejecutivo no podría plantear una cuestión de confianza que suponga un desconocimiento manifiesto de los principios que, asentados en nuestra historia republicana, perfilan la identidad de la Constitución peruana. No sería válido, por ejemplo, plantear una cuestión de confianza para suprimir la cláusula de Estado de Derecho, del principio democrático, la separación de poderes, o para despojar de cualquier contenido a los derechos fundamentales de la persona (fundamento 190).

60. En cuanto al segundo escenario, este Tribunal precisó que:

(...) no sería viable, desde el punto de vista constitucional, que, por ejemplo, se plantee una cuestión de confianza con el propósito que una denuncia constitucional, que está siendo tramitada en el Congreso de la República, sea forzosamente aprobada o rechazada. Del mismo modo, no se podría exigir que el Congreso de la República designe, para su Mesa Directiva, a legisladores que ostenten un perfil cercano al del Jefe de Estado. La Constitución dispone que el órgano encargado para esa labor es el Poder Legislativo. Permitir lo contrario supondría alterar considerablemente el equilibrio de poderes (fundamento 192).

61. No obstante, este Tribunal también ha expuesto sobre este tema que:

(...) esto no quiere decir que se impida la posibilidad de plantear una cuestión de confianza para que el Poder Legislativo ejerza sus competencias respecto de cuestiones que incidan sobre asuntos o aspectos que conciernen, también, al Poder Ejecutivo. Así, por ejemplo, el Gobierno podría hacer cuestión de confianza con la finalidad de obtener una ley del Congreso de la República que sea necesaria para desarrollar una determinada política pública, o incluso con ese mismo propósito obtener una delegación de competencias legisferantes (...) (fundamento 193).

62. Finalmente, respecto al tercer supuesto, este Tribunal consideró que:

(...) no se podrá presentar cuestión de confianza respecto de cualquier proyecto de ley. La idea es que, en estos casos, el Poder Ejecutivo brinde una prolija explicación respecto del interés público que reviste la propuesta, la cual, además, tiene que relacionarse con la implementación de una política general de gobierno (...) (fundamento 194).

63. Asimismo, sobre el ejercicio de la cuestión de confianza respecto de proyectos de ley, este Tribunal ha destacado que:

Si a la considerable cantidad de atribuciones y facultades que ostenta el Presidente de la República en nuestra forma de

gobierno se agregara la posibilidad de exigir la aprobación de cualquier proyecto de ley, es evidente que se despojaría al órgano legislativo de su esencia, que es precisamente la deliberación (...) (fundamento 196).

64. En especial, respecto a los proyectos de ley de reforma constitucional, este Tribunal ya ha desarrollado algunas consideraciones jurídicas, pertinentes para el análisis que nos ocupa.
65. Así, este Colegiado ha indicado que “el mismo Congreso de la República, en la práctica parlamentaria, había permitido y aceptado la presentación de cuestiones de confianza sobre posibles reformas a la Constitución” (fundamento 197).
66. Desarrollando esta idea, expuso que:

En primer lugar, el Congreso de la República debe evaluar la inserción de mecanismos de votación cualificados para los casos en los que la confianza sea planteada para reformar alguna disposición constitucional. En el escenario actual, puede que, con una mayoría no necesariamente cualificada, el Congreso de la República termine por brindar la confianza respecto de algún proyecto de reforma constitucional; pero, una vez debatido el proyecto, se advierta que no existe la mayoría especial que exige la Constitución para una reforma de sus contenidos. En estos casos, aunque se haya brindado –a través de un acto de votación– la confianza respectiva, lo cierto es que, al menos en la práctica, no se podría materializar la propuesta planteada. En efecto, lo que ocurrirá es que el Poder Ejecutivo asuma que ha operado, en los hechos, un supuesto de denegación. A fin de evitar estos escenarios, este Tribunal considera que el Poder Legislativo debe examinar en qué medida se deben exigir mayores consensos a fin de otorgar la confianza en esta clase de escenarios (fundamento 198).

67. Asimismo, también se han desarrollado las siguientes consideraciones sobre la posibilidad de ejercer cuestión de confianza:

(...) Por otro lado, aunque se haya abierto la posibilidad de presentar proyectos de ley para la reforma de la Constitución, debe precisarse que no sería constitucionalmente válido que un pedido de confianza pueda ser presentado para que este órgano

del Estado se irroque competencias que, de manera específica, corresponden a otras entidades, trasgrediendo con ello la forma de Estado, la forma de Gobierno o el sistema político constitucionalmente dispuesto. Es importante precisar, en todo caso, que es muy distinta la supresión total de una competencia asignada a un órgano estatal a la posibilidad -que se ha presentado en este caso- de solicitar transparentar un proceso de elección, sin desconocer la atribución brindada a otra entidad del Estado (fundamento 200).

68. Para concluir con estas referencias a la Sentencia 00006-2019-CC/TC, debe tenerse presente que este Tribunal dejó establecido que:

Los supuestos que aquí se han abordado no pretenden ser taxativos. De hecho, ya la realidad política ha demostrado lo poco recomendable que sería establecer escenarios específicos en los que la confianza puede ser (o no) presentada. De hecho, cuando este Tribunal, en la Sentencia 0006-2018-PI/TC, declaró la inconstitucionalidad del artículo 86.e) del Reglamento del Congreso, que regulaba los supuestos en los que no se podía presentar la cuestión de confianza, ello lo hizo precisamente considerando el principio de equilibrio de poderes y el de autonormatividad parlamentaria (fundamento 201) (énfasis añadido).

- ***Otorgamiento y rechazo de la cuestión de confianza obligatoria o facultativa***
69. Por otro lado, en la sentencia bajo análisis, este Tribunal también se pronunció respecto al otorgamiento y denegación de la cuestión de confianza, según se trate del supuesto previsto en el artículo 130 de la Constitución, relativo a la cuestión de confianza obligatoria; o de lo establecido en los artículos 132 y 133 de la Norma Fundamental, respecto a la cuestión de confianza facultativa.
70. Con respecto al primer supuesto analizado por este Tribunal, a través del cual el presidente del Consejo de Ministros presenta la política general de su gestión y las principales medidas que esta requiere, este Colegiado ha subrayado que, dado el especial carácter de dicho momento y en razón de su finalidad, que busca dar

inicio a la relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo (Gobierno Nacional y Congreso), la forma por la que se manifiesta la aprobación o la denegatoria de la confianza es el acto de votación en el Pleno del Congreso (fundamento 129) (énfasis añadido).

71. En este supuesto, este Tribunal indicó que, difícilmente en este escenario se podría considerar la validez de una aceptación o denegatoria tácitas de la confianza. Antes bien, para este Colegiado quedó claro que el acto expreso que refleje la voluntad congresal será la votación parlamentaria (fundamento 132).
72. En el segundo supuesto señalado, en cambio, concurre “un amplio espectro de medidas”, sobre las que se puede solicitar la confianza por parte del Consejo de Ministros (fundamento 133), como ya se explicitó en los fundamentos previos.
73. Al respecto, este Tribunal dejó sentado que la aprobación o rechazo de la cuestión de confianza facultativa requiere, en principio, de una votación expresa; sin embargo, advirtió lo siguiente:

Ahora bien, el que esto sea así no supone que este Tribunal sea ajeno a advertir la posibilidad de que, en un afán de evitar asumir su respectiva responsabilidad política, el Congreso de la República pueda, al menos formalmente, votar a favor, de la confianza *pese a que, en los hechos, no adopte ninguna medida que materialice dicha manifestación de voluntad. En realidad, las mismas circunstancias en las que se desenvuelve la política no hacen sino reafirmar que este Tribunal deba introducir la posibilidad que se planteen excepciones a la regla general según la cual la denegación debe ser expresa a través de un acto de votación por parte del Congreso de la República* (fundamento 136) (énfasis añadido).

74. Entonces, la amplitud del espectro de posibilidades que pueden ser sometidas a la consideración del Congreso, a través de la cuestión de confianza, comporta la pertinencia de no establecer “reglas perennes e inmutables en torno a las formas en las que se deniega o aprueba la confianza” (fundamento 137).
75. A título ilustrativo, este Tribunal mencionó el caso en el que el Congreso de la República, formalmente, otorgue la confianza y, sin

embargo, en la realidad no adopte medidas que exterioricen o sean conformes con dicha aprobación expresada en la votación. Así las cosas, este Tribunal valoró la posibilidad de que “incluso una votación favorable puede disfrazar una intención de no brindar la confianza solicitada” (fundamento 137).

76. En tales supuestos excepcionales, resultaría razonable admitir la validez de una denegatoria a la cuestión de confianza que no sea de carácter formal, sino tácita. Esto último incluye la facultad de interpretar el sentido de la decisión del Congreso respecto al otorgamiento o rechazo de la cuestión de confianza.
77. Precisamente, este Tribunal no descartó, sino que validó, la posibilidad de que el Poder Ejecutivo o Gobierno Nacional, en algunos supuestos excepcionales y limitados, pueda determinar que la confianza le ha sido denegada, aun cuando a través de una votación parlamentaria esta formalmente hubiese sido otorgada (fundamento 211).
78. En relación con el caso concreto que se analizaba entonces, este Tribunal explicó que “pese a la votación formalmente favorable al pedido de cuestión de confianza planteado, lo cierto es que materialmente no se cumplió con uno de los extremos solicitados” (fundamento 218).
79. El Tribunal Constitucional concluyó que la interpretación realizada por el Poder Ejecutivo o Gobierno Nacional, en relación con la denegatoria de la confianza, había sido conforme a la Constitución (fundamentos 218 y 222).
80. En todo caso, dicha facultad excepcional del Poder Ejecutivo de determinar que se le ha denegado la confianza, pese a una votación parlamentaria formalmente aprobatoria, no debe ser entendida como “el otorgamiento de un cheque en blanco a favor del Presidente de la República” (fundamento 141) o como una posibilidad de actuación ilimitada, al margen de la Constitución y sus principios dimanantes o exenta del control que pueda realizar este Tribunal, según corresponda.

3.2.1. ACLARACIÓN DE LA SENTENCIA 00006-2019-CC/TC

81. En el auto de aclaración de fecha 28 de mayo de 2020 este Tribunal desarrolló algunas consideraciones, relacionadas con el

pronunciamiento emitido en la Sentencia 00006-2019-CC/TC. En la parte resolutive de dicho auto se estableció:

1. Declarar FUNDADO en parte el pedido de aclaración, de conformidad con lo indicado entre los fundamentos 15 y 23 del presente auto;
 2. Declarar IMPROCEDENTE la solicitud en lo demás que contiene.
82. Algunos aspectos de la sentencia objeto de aclaración fueron abordados a propósito del desarrollo de la “necesidad de precisar la forma en que deben analizarse los pedidos de cuestiones de confianza vinculados con proyectos de ley” (fundamentos 14 al 28).
83. Así, este Tribunal sostuvo que:
- (...) existen factores relevantes que deben ser tomados en cuenta tanto por el Ejecutivo como por el Legislativo si se desea someter a confianza la aprobación de algún proyecto de ley, tales como: i) la diversidad de materias contenidas en la propuesta; ii) su extensión, y iii) la posibilidad que la propuesta sea contraria a los criterios fijados en la STC 00062019-CC (fundamento 17).
84. Con relación al primer supuesto, este Tribunal Constitucional indicó expresamente que:
- (...) es posible advertir que un proyecto de ley puede regular distintas materias. Por ejemplo, alguna propuesta relacionada con la lucha anticorrupción podría contener cuestiones tan variadas como la tipificación de alguna conducta, deberes de los operadores jurisdiccionales, o requisitos para la contratación estatal con el propósito de evitar su materialización. Requerirá, en consecuencia, un importante nivel de deliberación por parte del Congreso de la República y que no demandará, necesariamente, la aprobación de la fórmula legal en los mismos términos en que fue planteada por el Ejecutivo (fundamento 18).
85. Respecto al segundo caso, este Tribunal destacó lo siguiente:
- (...) puede darse el escenario que el pedido de confianza se vincule con algún proyecto de ley que, de manera detallada, pretenda regular algún aspecto considerado como prioritario

por el Poder Ejecutivo. Exigir la aprobación de un proyecto de ley considerablemente extenso, y en los mismos términos en los que fue planteado, puede suponer el desconocimiento de la facultad parlamentaria de introducir algunos ajustes que puedan garantizar la viabilidad de la propuesta y su conformidad con otras normas que integran el ordenamiento jurídico (fundamento 19).

86. Con relación al tercer escenario, este Tribunal ha precisado que:

(...) el Congreso de la República también se encuentra facultado de evaluar si, en la propuesta normativa, no se presentan elementos que supongan un manifiesto desconocimiento de los criterios establecidos en la STC 0006-2019-CC/TC. En efecto, sería contrario a cualquier Estado Constitucional que el Poder Ejecutivo estuviese facultado de, por ejemplo, plantear pedidos de confianza con el propósito de suprimir o alterar la esencia de algunas de las cláusulas de intangibilidad de nuestra Constitución, y no encontrar ninguna clase de reacción por parte del Poder Legislativo. Evidentemente, en esos escenarios este órgano se encontrará facultado de iniciar algún proceso constitucional para evitar la consumación de dicho acto (fundamento 20).

87. Por otro lado, este Tribunal ha indicado también que:

(...) Así como pueden plantearse cuestiones de confianza respecto de proyectos de ley que ostenten la complejidad advertida supra, también puede ocurrir que el pedido se refiera a alguna problemática específica. En este contexto, la aprobación o denegación puede ser fácilmente identificada. En todo caso, no debe olvidarse que el uso constante de la cuestión de confianza vinculada a proyectos de ley puede comprometer el principio de separación de poderes (fundamento 21).

88. Así las cosas, corresponde destacar que:

(...) establecer, de forma general, que el Congreso de la República se encuentra obligado en todos los escenarios a aprobar la propuesta en los mismos términos en que fue planteada por el Poder Ejecutivo supondría ya no reducir, sino suprimir los naturales espacios de deliberación que caracterizan al Poder

Legislativo. Evidentemente, estos márgenes serán más estrechos en la medida en que la propuesta normativa sometida a confianza sea, a su vez, menos compleja y extensa. Ahora bien, ello no faculta a que, con el pretexto de introducir modificaciones, el Congreso termine por desvirtuar la finalidad planteada en la propuesta legislativa (fundamento 22).

89. Finalmente, este Tribunal dejó establecido que:

Los criterios que se han señalado, como se puede apreciar, solo pretenden ejemplificar lo complejo de la asociación de un proyecto de ley a un pedido de cuestión de confianza. En todo caso, aunque se trate de una potestad que este Tribunal ha entendido que no está prohibida por la Constitución, de ello no puede desprenderse que el Ejecutivo está habilitado a hacer un uso indiscriminado de ella (fundamento 23).

90. Considerando los criterios vinculantes desarrollados previamente, este Tribunal realizará el correspondiente examen de constitucionalidad de la ley impugnada en la demanda, tanto desde una perspectiva “de forma” como “de fondo”.

§4. EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD FORMAL DE LA NORMA IMPUGNADA (SOBRE EL ÓRGANO COMPETENTE, TRÁMITE Y PLAZO)

91. A continuación, este Tribunal evaluará si la ley objeto de control ha incurrido en un vicio de inconstitucionalidad formal (sobre el cumplimiento del órgano competente, trámite correspondiente y plazo habilitado para actuar). Sobre el particular, cabe recordar que la infracción contra la jerarquía normativa de la Constitución puede ser directa o indirecta, total o parcial; y, por la forma o por el fondo.

92. En el presente caso, se cuestiona que el contenido normativo de la ley impugnada haya sido aprobado a través de una ley ordinaria y no a través de una ley de reforma constitucional, ocupándose así de una materia que la Constitución reserva directamente a este tipo de leyes.

93. Asimismo, en esta controversia también se cuestiona que el Congreso de la República haya excedido las competencias que la Constitución le confiere en el ámbito de la interpretación de leyes, conforme a su artículo 102.1 (supuesto “c”).

94. Precisamente, en el ámbito de la expedición de leyes, este Tribunal ha indicado que, si bien el desarrollo de la función legislativa permite un considerable nivel de discrecionalidad, esto no implica que puedan dejar de observarse las pautas que emanan de la Constitución y del Reglamento del Congreso, pues ello ingresaría en el ámbito de lo constitucionalmente prohibido (Sentencia 00015-2012-PI/TC, fundamento 4).
95. En otras palabras, el procedimiento parlamentario cuenta con un considerable margen de maniobra política, pero no puede ser contrario a las obligaciones que emanan de la Constitución o de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad en cada caso en particular.
96. Y es que cabe recordar que el proceso de inconstitucionalidad supone un control abstracto de las normas con rango de ley tomando a la Constitución, en su carácter de norma suprema del ordenamiento, como parámetro de evaluación. Sin embargo, en determinadas ocasiones, el parámetro de constitucionalidad puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas normas con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (Sentencia 0007-2002-PI/TC, fundamento 5).
97. En tales casos, estas fuentes asumen la condición de “normas sobre la producción jurídica” en un doble sentido. Por un lado, como “normas sobre la forma de la producción jurídica”, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras normas que tienen su mismo rango. Por otro, como “normas sobre el contenido de la normación”, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar el contenido de tales normas.
98. A este parámetro de control, formado por la Constitución y aquellas normas con rango de ley que derivan directamente de ella y tienen una relación causal con la materia jurídica subyacente al control de constitucionalidad a realizarse, se le denomina bloque de constitucionalidad.
99. En ese orden de ideas, se dejó establecido que “en una hipótesis de infracción indirecta, el parámetro de control, esto es, la norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evaluará la validez de

la ley cuestionada está integrado por la Constitución, pero también por todas las leyes a las que esta confirió la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango” (Sentencia 00047-2004-AI/TC, fundamento 128).

100. Adicionalmente, este Tribunal ha precisado que se produce una violación indirecta cuando exista una incompatibilidad entre la norma sometida a control y otra norma legal a la que la propia Constitución delegó algunos de los siguientes aspectos:

- a) La regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa.
- b) La regulación de un contenido materialmente constitucional.
- c) La determinación de competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales

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

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

103. Así pues, para el presente caso, dicho parámetro está compuesto por el Reglamento del Congreso de la República, que regula las competencias del legislador en el procedimiento de aprobación de las leyes.

4.1. SOBRE LA APROBACIÓN DEL CONTENIDO MATERIAL DE LA LEY IMPUGNADA A TRAVÉS DE UNA LEY ORDINARIA Y NO A TRAVÉS DE UNA LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL

104. En primer término, respecto al análisis de este alegado vicio de inconstitucionalidad formal, este Tribunal estima necesario determinar si lo regulado en la ley impugnada establece o no una modificación o alteración de lo dispuesto en el texto constitucional respecto de la cuestión de confianza.

105. Para ello, es importante precisar que la ley cuestionada se refiere a la denominada cuestión de confianza facultativa.

106. Así, al realizar una comparación entre el texto constitucional y lo dispuesto por la 6. Así, al realizar una comparación entre el texto constitucional y lo dispuesto por la ley impugnada, se aprecia lo siguiente:

Criterio	Constitución	Ley 31355
Titularidad de la cuestión de confianza	• Ministros (art. 132) • Presidente del Consejo de Ministros (art. 133)	• Ministros • Presidente del Consejo de Ministros (art. único)
Materias	• No las regula	• Son de competencia del Poder Ejecutivo o Gobierno Nacional relacionadas directamente a la concreción de su política general de gobierno (art. único)
Límites materiales	• No los regula	Se excluye: • La aprobación o no aprobación de reformas constitucionales • Las materias que afecten los procedimientos y competencias exclusivas y excluyentes del Congreso • Las materias que afecten los procedimientos y competencias exclusivas y excluyentes de otros organismos constitucionalmente autónomos (art. único)
Exigencias para determinar si se ha aprobado o rechazo la cuestión de confianza	• No las regula	Requiere: • Conclusión del debate • Votación conforme al Reglamento del Congreso • Comunicación mediante oficio del resultado al Poder Ejecutivo
Momento desde que surte efectos lo decidido por el Congreso	• No lo regula	• Desde la comunicación mediante oficio del resultado al Poder Ejecutivo
Titularidad de la facultad para interpretar lo decidido	• No la regula	• Solo el Congreso de la República

107. Con base en lo anterior, este Tribunal aprecia que la ley impugnada ha establecido o regulado aspectos de la cuestión de confianza que no se encontraban previstos por el constituyente; y que, conforme a lo desarrollado supra, han sido objeto de interpretación por parte de este Tribunal en sentencias que tienen carácter de cosa juzgada y resultan vinculantes.
108. Dicho en otros términos, la ley impugnada ha establecido determinadas regulaciones respecto a la cuestión de confianza facultativa, como las materias a las que puede referirse, sus límites, las exigencias para determinar si se aprobó o no la cuestión de confianza, el momento desde que surte efectos lo decidido por el Congreso, así como la competencia exclusiva de este último para determinar el sentido de la decisión.
109. La cuestión que se debe resolver en este punto es si dicha regulación constituye una modificación o alteración de lo establecido en los artículos 132 (último párrafo) y 133 de la Constitución, que debió introducirse por medio del proceso de reforma, o si se trata de aspectos cuyo desarrollo fluye o emana del marco delimitador de la Norma Fundamental respecto a la institución de la cuestión de confianza facultativa, de conformidad con la interpretación ya realizada por este Tribunal Constitucional.
110. En primer término, este Tribunal aprecia que la ley impugnada tiene la finalidad, en principio, de incidir en la institución de la cuestión de confianza facultativa. Debe entonces tenerse presente que, en relación a las leyes de desarrollo constitucional, este Tribunal ha indicado en su jurisprudencia que estas remiten al concepto de ley como fuente jurídica, que comprende, como se ha establecido en casos anteriores, a:
- las leyes ordinarias, las leyes orgánicas, las leyes de desarrollo constitucional y las que tienen una denominación asignada directamente por la Constitución y cuyas diferencias no radican en su jerarquía ni en el órgano que las expide (...) (Sentencia 00008-2005- PI/TC, fundamento 9) (énfasis añadido).
111. Ahora bien, en cuanto a la definición leyes de desarrollo constitucional, debe tenerse presente que el constituyente se ha referido a ellas de forma explícita, en la Octava Disposición Final y Transitoria, señalando que:

Las disposiciones de la Constitución que lo requieran son materia de leyes de desarrollo constitucional. Tienen prioridad:

1. Las normas de descentralización y, entre ellas, las que permitan tener nuevas autoridades elegidas a más tardar en 1995. Y
 2. Las relativas a los mecanismos y al proceso para eliminar progresivamente los monopolios legales otorgados en las concesiones y licencias de servicios públicos (énfasis añadido).
112. Sin embargo, con este concepto no se hace referencia “a una categoría unitaria de fuentes, sino a una diversidad de leyes, que tienen como elemento común constituir un desarrollo de las materias previstas en diversos preceptos constitucionales, cuya reglamentación la Norma Suprema ha encargado al legislador” (Sentencia 00005-2003-AI/TC, fundamento 38).
113. Ello significa que la Constitución, al referirse a este tipo de leyes, “no ha creado una categoría normativa especial entre las fuentes que tienen dicho rango” (Sentencia 00005-2003-AI/TC, fundamento 38).
114. En ese entendido, este Tribunal ha indicado que las denominadas leyes orgánicas forman parte del contenido “natural” de esta categoría de fuentes, “en tanto que mediante ellas se regula la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, y de otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución” (Sentencia 00005-2003-AI/TC, fundamento 38).
115. De igual manera, se ha establecido que las leyes ordinarias “a las que se les ha encomendado la tarea de precisar los alcances de determinados derechos o instituciones constitucionalmente previstas”, tales como las que demandan los artículos 7 y 27 de la Constitución, forman parte del mencionado contenido (Sentencia 00005-2003-AI/TC, fundamento 38).
116. Además, este Tribunal aprecia que las leyes de desarrollo constitucional pueden ser orgánicas u ordinarias y que, en todo caso, se trata de desarrollos legislativos llevados a cabo por el legislador en el marco de la Constitución.

117. En el caso concreto de la ley que aquí se analiza, se observa que busca regular lo que el Ejecutivo o Gobierno Nacional puede o no puede hacer a través de la cuestión de confianza facultativa. Para ello, establece limitaciones en su ámbito material y supedita el sentido de lo decidido sobre la confianza a una votación parlamentaria.
118. Entonces, puede concluirse que dicha ley contradice la regulación abierta que es propia de esta institución, conforme este mismo Tribunal Constitucional ya ha desarrollado en las Sentencias 00006-2018-PI/TC y 00006-2019-CC/TC.
119. De este modo, corresponde subrayar que la regulación establecida por la ley sometida a control restringe el escenario de actuación del Poder Ejecutivo o Gobierno Nacional para plantear la cuestión de confianza, e incorpora un contenido material que añade aspectos no previstos en la Constitución y que contraviene el mandato general de no tasar la cuestión de confianza facultativa, según la jurisprudencia antes citada.
120. En este escenario, este Tribunal entiende que la Ley 31355 tiene un alcance que excede la esfera de competencias del legislador y despliega efectos concretos en las posibilidades de actuación del Poder Ejecutivo o Gobierno Nacional, pues establece supuestos y condiciones de limitación en el ejercicio de la cuestión de confianza facultativa.
121. La incorporación al ordenamiento jurídico de materias o exigencias establecidas en la ley implican la modificación del marco constitucional que configura la cuestión de confianza facultativa. No obstante, la ley impugnada no ha sido aprobada a través del mecanismo de la reforma constitucional e, incluso, la reforma constitucional, como ya se puso de relieve, no puede alterar el balance entre poderes.
122. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido, en anteriores ocasiones, que en un Estado constitucional la reforma parcial de la Constitución requiere de un procedimiento especial que respete las cláusulas de identidad de dicha Norma Fundamental, que puede reconfigurar la regulación vigente, pero sin eliminar el necesario balance entre los poderes.

123. En mérito a todo lo expuesto hasta aquí, este Tribunal entiende que la ley impugnada ha incurrido en un vicio de inconstitucionalidad formal, razón por la cual corresponde estimar la demanda en el referido extremo.

4.2. SOBRE EL ALEGADO EXCESO EN EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 102.1 DE LA CONSTITUCIÓN, EN LA EXPEDICIÓN DE LA LEY IMPUGNADA

124. Sin perjuicio de lo expuesto, este Tribunal se pronunciará a continuación sobre el segundo vicio de inconstitucionalidad formal alegado por la parte demandante, en el sentido de que la expedición de la ley sometida a control implica un exceso en el ejercicio de las competencias del Poder Legislativo, previstas en el artículo 102.1 de la Norma Fundamental.

125. A este respecto, debe tenerse presente que, de acuerdo con el referido artículo 102.1 de la Constitución, son atribuciones del Congreso de la República: “Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes” (énfasis agregado).

126. Así pues, al legislador le compete no solo la expedición de normas legales, como las leyes propiamente dichas y las resoluciones legislativas, sino la facultad de interpretarlas, modificarlas parcialmente o derogarlas.

127. En cuanto a la interpretación normativa que realiza el legislador, este Tribunal ha sostenido en anteriores ocasiones que, efectivamente, “corresponde a este poder del Estado interpretar una norma anterior mediante una norma nueva, a cuyo efecto debe seguir el procedimiento parlamentario exigido para la norma interpretada en materia de iniciativa, quórum de votación, publicación, etc.”. (Sentencia 00002-2006-AI/TC, fundamento 21).

128. En cuanto a la definición de una norma interpretativa, este Tribunal sostuvo en la Sentencia 00002-2006-AI/TC que tales normas “son aquellas que declaran o fijan el sentido de una norma dictada con anterioridad y se reconocen porque, al promulgarlas el Legislador, generalmente utiliza palabras como ‘interpretése’, ‘aclárese’ o ‘precísese’” (fundamento 20).

129. A ello añadió que ambas normas -la interpretada y la interpretativa- “se refieren a la misma regulación y, en consecuencia, la norma interpretativa debe regir desde la entrada en vigencia de la norma interpretada” (Sentencia 00002-2006-AI/TC, fundamento 20).
130. De lo anterior, se desprende que la finalidad principal de una norma interpretativa es la eliminación de la ambigüedad de las normas jurídicas que son objeto de interpretación.
131. Específicamente, los requisitos que debe cumplir la norma interpretativa de una ley, y que la diferencian de una norma innovativa, ya fueron desarrollados por este Tribunal en diversas sentencias (Cfr. por ejemplo, las sentencias 00002-2006- PI/TC y 00018-2007-PI/TC, entre otras).
132. Ahora bien, la discusión que aquí se plantea se refiere a la interpretación de disposiciones constitucionales, lo que nos sitúa en el ámbito de lo que pueden hacer los diferentes intérpretes vinculantes de la Constitución peruana vigente y sus correspondientes alcances o efectos.
133. A este respecto, este órgano de control de la Constitución se ha pronunciado respecto a la interpretación constitucional, desde la perspectiva, en primer término, de quién o quiénes se encuentran legitimados para llevar a cabo dicha labor.
134. Así, considerando la fuerza normativa que caracteriza al texto constitucional y sus efectos vinculantes, para todos los poderes públicos y privados, todos estamos llamados a respetar, cumplir la Constitución y el ordenamiento (artículo 38).
135. Naturalmente, ello presupone la realización de interpretaciones a sus disposiciones que, como es sabido, contemplan, en su mayoría, regulaciones amplias e incluso indeterminadas jurídicamente, posibilitando así la fuerza viva de la Norma Fundamental, y su naturaleza dinámica y abierta al presente y futuro a un proyecto de sociedad y de país en común.
136. Ahora bien, en el ámbito de ese amplio espectro de intérpretes de la Constitución, cabe distinguir entre la interpretación que realizan los ciudadanos, en su vida diaria, ejerciendo la autonomía de su

voluntad, y la que llevan a cabo los poderes públicos, al desempeñar sus funciones y competencias regladas o reguladas jurídicamente.

137. En lo que toca a este segundo grupo de intérpretes, pueden establecerse a su vez distinciones, relacionadas con la naturaleza de dichas funciones o competencias y con el alcance del producto de la interpretación o sentido interpretativo al que se ha arribado.
138. Entre dichos poderes públicos que interpretan la Constitución se encuentra, qué duda cabe, el legislador, intérprete vinculante ordinario de dicha Constitución. Sobre esto último, este Tribunal ha establecido precisamente que:

Entre la pluralidad de intérpretes de la Constitución, destaca el Poder Legislativo, pues al realizar el principio democrático y desarrollar los derechos fundamentales, entre otras competencias, interpreta permanentemente la Norma Fundamental (Sentencia 00005-2007-PI/TC, fundamento 27).

139. Ahora bien, esa interpretación política y democrática de la Constitución, es pasible de ser revisada por la interpretación judicial, que realiza en principio el juez(a) ordinario(a) y, especialmente, la interpretación que lleva a cabo el juez(a) de un Tribunal constitucional como intérprete vinculante de cierre de la Constitución en un Estado determinado.
140. Sobre la interpretación que realizan los jueces y juezas, este Tribunal ha enfatizado que:

(...) tal norma suprema ha establecido que los intérpretes especializados de esta sean los jueces ordinarios (artículo 138: en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera), y que en definitiva, como Supremo Intérprete de la Constitución se encuentre el Tribunal Constitucional (artículo 201: el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución, artículo 204: la sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial y al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto, entre otros) (Sentencia 00005-2007-PI/TC, fundamento 25).

141. Luego de lo señalado, conviene destacar la posición que ocupa el Tribunal Constitucional como órgano de cierre de la interpretación constitucional, al ejercer las competencias que la Constitución y su ley orgánica (LOTG) le han conferido.
142. En dicho ámbito, este Tribunal ejerce diversas competencias interpretativas del texto constitucional que, a su vez, están estrechamente vinculadas con las competencias de control que ejerce respecto de las actuaciones de los demás poderes públicos.
143. Tal es el caso del control de constitucionalidad de las leyes y de las normas con rango de ley, conforme a lo establecido en el artículo 200.4 de la Constitución. En lo que respecta al control de las leyes y normas con rango de ley expedidas por el legislador, debe tenerse en consideración que:

Ciertamente, la interpretación realizada por el Legislador y materializada en una ley es obligatoria. Sin embargo, teniendo en consideración que conforme a los aludidos artículos 201 y 204, el Tribunal Constitucional expulsa las leyes que resulten incompatibles con esta, entonces la constitucionalidad de tales normas recién se verá confirmada o rechazada cuando el Tribunal Constitucional las examine mediante el proceso de inconstitucionalidad. Si bien en la cotidiana actividad del Parlamento se interpreta la Constitución, tal interpretación no puede estar desvinculada de aquella interpretación de los intérpretes especializados de la Norma Fundamental y específicamente de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, pues es este el órgano al que en definitiva se le ha encargado el “control de la Constitución (...)” (artículo 201) (Sentencia 0005-2007-PI/TC, fundamento 28).

144. Por lo tanto, el legislador sí es un intérprete vinculante de la Constitución, cuya labor se expresa, precisamente, en las normas que expide, con base al ejercicio de sus competencias legislativas.
145. Ahora bien, esa interpretación que realiza del texto constitucional no puede alterar, modificar, contravenir o desnaturalizar los mandatos constitucionales, como tampoco, según lo indicado supra, los pronunciamientos vinculantes ya emitidos por este Tribunal Constitucional,

146. Este Tribunal considera que interpretar la Constitución en el ejercicio de las correspondientes competencias legislativas es una facultad con la que cuenta el legislador democrático, por lo que llevarla a cabo, en principio, no contraviene lo dispuesto en el artículo 102.1 de la Constitución.
147. Un aspecto sustancialmente distinto es si, en el ejercicio de dicha facultad de interpretación, el legislador ha vulnerado la Constitución o desconocido la interpretación vinculante de dicha Norma Fundamental, que haya previamente realizado este Tribunal. Precisamente, este aspecto será dilucidado con ocasión del examen de constitucionalidad de la ley impugnada que se desarrollará a continuación.

§5. EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD SUSTANTIVA (SOBRE EL CONTENIDO Y OBJETIVO DE LA LEY OBJETO DE CONTROL)

148. Este Tribunal aprecia, en cuanto a este extremo de la demanda, que la ley enjuiciada es cuestionada por los demandantes por considerar que contraviene la configuración constitucional de la cuestión de confianza establecida en los artículos 132 (último párrafo) y 133 de la Constitución, y el principio de separación de poderes (específicamente, el principio de balance de poderes), lo que habría producido, a su criterio, la vulneración de las competencias del Poder Ejecutivo y de este órgano de control de la Constitución.
149. Sin perjuicio de haber concluido previamente que la ley impugnada es inconstitucional por lo que habitualmente se consideran cuestiones formales, este Tribunal a continuación evaluará si el contenido y objetivo de dicha ley contraviene principios y valores fundamentales del orden constitucional, establecidos por la Norma Fundamental de 1993.

5.1. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 132 Y 133 DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

150. Este Tribunal considera, con base en lo desarrollado supra, que la regulación que la ley impugnada realiza de la cuestión de confianza facultativa difiere en aspectos sustanciales de su configuración constitucional.

151. Y es que, como ya lo ha dicho este mismo Tribunal, dicha configuración es abierta, y facilita así el cumplimiento de las funciones de dicha institución en el ámbito de las relaciones entre el Gobierno Nacional y Congreso (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo).
152. Así pues, la ley impugnada no solo ha previsto un ámbito material para la cuestión de confianza facultativa, sino que, al hacerlo, ha establecido límites para su ejercicio, lo que pone en entredicho las facultades discrecionales del Poder Ejecutivo o Gobierno Nacional. Discrecionalidad que, como ya se ha establecido en pronunciamientos anteriores, no debe ser entendida como arbitrariedad ni como desvinculación con los parámetros constitucionales o convencionales.
153. Ahora bien, este Tribunal considera que la evaluación del auténtico alcance de tales divergencias y, con base en ello, la determinación de si estas han incurrido o no en vicios de inconstitucionalidad sustantivos, implica necesariamente, examinarlas a la luz del contenido normativo del principio de separación de poderes y, específicamente, contrastarlas con el marco de competencias que la Constitución ha conferido al Poder Ejecutivo (Gobierno Nacional) y a este Tribunal Constitucional.
154. Preciado esto último, conviene recordar que el principio de separación de poderes, conforme fue analizado en la Sentencia 00006-2018-PI/TC, es una cláusula de identidad de la Constitución Política de 1993, que rige el reparto de poderes, facultades y atribuciones en el ámbito del Estado, entre todos los sujetos y órganos que lo integran.
155. Este principio es inseparable del sistema democrático en un Estado constitucional, bajo la consideración según la cual posibilita que cada poder cumpla la función a la que está llamado, sin interferencias, ni invasión de competencias, pero, también, favoreciendo las relaciones, interacciones y mecanismos institucionales de cooperación y colaboración que pueden llevarse a cabo en el desarrollo de sus funciones, al servicio de la ciudadanía y el interés público.
156. Así pues, este Tribunal, ha desarrollado, como ya se precisó previamente, cuál es el contenido normativo de dicho principio, así como sus diversas manifestaciones en la actualidad, entre las que se encuentra el balance de poderes.

157. En relación con el principio de balance de poderes, corresponde destacar la idea de control y equilibrio entre ellos. Tal y como ya ha sido evidenciado supra, el fundamento 56 de la Sentencia 00006-2018-PI/TC es lo suficientemente claro al establecer que tanto la regulación, como el ejercicio e interpretación de los mecanismos relativos a la coordinación, control recíproco o de equilibrio de poderes, deben ser respetuosos del balance que ha pretendido establecer la Norma Fundamental de 1993.
158. Como consecuencia de lo expuesto, toda regulación o desarrollo normativo, actuación, puesta en práctica o interpretación relacionada con tales mecanismos no puede alterar y, menos aún, desnaturalizar dicho balance, que identifica a la distribución del poder bajo el vigente orden jurídico-constitucional.
159. Lo recientemente dicho tiene vital relevancia, debido a que únicamente en dicho marco es que pueden entenderse a cabalidad los contornos constitucionales de las relaciones entre los llamados poderes del Estado (e incluso entre éstos con los órganos constitucionales autónomos), y más específicamente, que debe comprenderse las relaciones entre los diferentes Gobiernos y los Congresos en nuestra realidad jurídica-política.
160. Respecto a lo indicado, lo que corresponde señalar es, como se ha afirmado antes, que esta no es la primera oportunidad en la que el Tribunal Constitucional peruano se refiere a este tema. Por el contrario, y precisamente atendiendo a su función moderadora del poder y pacificadora de conflictos, este órgano colegiado ha tenido la oportunidad de pronunciarse y de esclarecer algunas cuestiones referidas a este tema con anterioridad.
161. Así, ha señalado, por ejemplo y en primer lugar, el valor de la separación de poderes dentro del marco del constitucionalismo contemporáneo. Efectivamente, este Tribunal Constitucional ha recordado que la separación de poderes es una técnica que tiene como finalidad evitar la concentración del poder y, en tal sentido, se encuentra encaminada a garantizar que los “poderes” y órganos constitucionalmente autónomos del Estado puedan ejercer sus competencias o atribuciones. Asimismo, busca evitar cualquier trasgresión de los derechos fundamentales de las personas que derive de un eventual ejercicio abusivo o incontrolado del poder político.

162. Por otra parte, se ha señalado que la separación de poderes no debe entenderse hoy en día –a diferencia de lo que tal vez se concibió en algún momento– como una división tajante entre las funciones del Estado, sin puntos de contacto o interrelación entre los denominados poderes del Estado y los distintos organismos constitucionalmente autónomos. Deber ser más bien considerada en clave de equilibrio entre órganos, de controles recíprocos, de frenos y contrapesos. Pero no solo ello, también con base en relaciones de lealtad, coordinación y de cooperación entre esas entidades.
163. Precisamente, el análisis de esta controversia implica responder a la interrogante de si lo regulado por la Ley 31355 resulta compatible con el control recíproco y equilibrio que implica el principio de balance de poderes, como principios orientadores del ejercicio de la cuestión de confianza, en el ámbito de las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, o, dicho de otra manera, el Gobierno Nacional y el Congreso.
164. A este respecto, es importante considerar que tal principio no es solo exigible, dada su naturaleza constitucional, sino que, además, constituye un mandato que los poderes públicos deben observar, con base en las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano, entre las que se encuentran aquellas provenientes del sistema interamericano, interpretadas por la Corte IDH.
165. Y es que actualmente, resulta claro que nos encontramos en un escenario no solo de constitucionalización sino también de convencionalización, dentro de los cuales se enmarca la necesaria labor de los jueces constitucionales para tener mayores alcances acerca de los parámetros establecidos tanto en la Constitucional como en los tratados, declaraciones y jurisprudencia del sistema de protección regional de derechos humanos.
166. Corresponde recordar en este punto que los artículos 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana (CDI) establecen que:

Artículo 3: Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones

periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y *la separación e independencia de los poderes públicos*.

Artículo 4: Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. *La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia* (énfasis añadido).

167. En ese entendido, es pertinente tener también en consideración lo desarrollado por la Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC-28/21, de fecha 7 de junio de 2021, sobre “la figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”.

168. Con relación a la separación de poderes, la Corte IDH ha dejado establecido en el fundamento 80 de la referida opinión consultiva, que:

(...) la separación del poder del Estado en distintas ramas y órganos guarda estrecha relación con el propósito de preservar la libertad de los asociados, bajo el entendido de que la concentración del poder implica la tiranía y la opresión, así como la división de funciones estatales permite el cumplimiento eficiente de las diversas finalidades encomendadas al Estado.

169. Asimismo, la Corte IDH ha precisado que “la separación e independencia de los poderes públicos limita el alcance del poder que ejerce cada órgano estatal y, de esta manera, previene su indebida injerencia sobre la actividad de los asociados, garantizando el goce efectivo de una mayor libertad” (fundamento 81). De igual forma, ha destacado que “la separación de poderes, el pluralismo político y la realización de elecciones periódicas son también garantías para el efectivo respeto de los derechos y las libertades fundamentales” (fundamento 83).

170. Ahora bien, la idea de equilibrio de poderes que está implícita en el ya referido principio de separación de poderes, también ha sido destacada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así pues, ha establecido que “la separación e independencia de los poderes públicos supone la existencia de un sistema de control y de fiscalizaciones, como regulador constante del equilibrio entre los poderes públicos” (fundamento 82).
171. En buena cuenta, este sistema es el denominado modelo de “frenos y contrapesos”, el cual “no presupone que la armonía entre los órganos que cumplen las funciones clásicas del poder público sea una consecuencia espontánea de una adecuada delimitación funcional y de la ausencia de interferencias en el ejercicio de sus competencias” (fundamento 82).
172. Antes bien, como enfatiza la Corte en dicho fundamento “el balance de poderes es un resultado que se realiza y reafirma continuamente, mediante el control político de unos órganos en las tareas correspondientes a otros y las relaciones de colaboración entre las distintas ramas del poder público en el ejercicio de sus competencias”.
173. Por otra parte, este Tribunal tiene en cuenta que con fecha 10 de diciembre de 2021, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitió un pronunciamiento público en el que destaca que, “conforme a la Carta Democrática Interamericana, la separación de poderes y el acceso al poder con sujeción al Estado de Derecho son elementos esenciales de la democracia representativa”⁶.
174. Indicado lo anterior, este Tribunal determinará a continuación si las competencias del Poder Ejecutivo, y las de este órgano de control de la Constitución, han sido vulneradas por la ley impugnada.

⁶ Cfr. Comunicado de Prensa de la CIDH, de fecha 10 de diciembre de 2021. Disponible en: <http://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/335.asp>

5.1.1. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DEL PODER EJECUTIVO O GOBIERNO NACIONAL

175. En relación con este aspecto de la controversia, este Tribunal emitirá pronunciamiento respecto de la incidencia del contenido material de la ley impugnada en el ejercicio de las facultades del Gobierno Nacional sobre la cuestión de confianza facultativa, a fin de determinar si se trata de una regulación compatible o no con la Constitución y con la interpretación vinculante que este Tribunal ha realizado respecto a dichas facultades.
176. A este respecto, este Tribunal analizará la constitucionalidad del artículo único de la Ley 31355 y de sus disposiciones complementarias finales primera y segunda.

5.1.1.1. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO ÚNICO DE LA LEY 31355

177. En primer término, debe recordarse que la normativa ahora impugnada ha sido expedida en un periodo de tiempo en el que es evidente la existencia de confrontación continua y profunda por parte de dos de los poderes en nuestro país: Ejecutivo-Legislativo (Gobierno Nacional-Congreso), tal y como había sido descrito en la sentencia del Expediente 0006-2019-PCC (fundamentos 75-97 sobre las fricciones políticas entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en el periodo 2016-2019), tensión que aún se mantiene vigente, y sobre el cual este Tribunal en más de una ocasión exhortó a que ambos órganos estatales usen los conductos más drásticos de sanción, esto es, la censura y los pedidos de confianza, solamente para asuntos que revistan un considerable impacto para la administración y el desarrollo de la sociedad peruana (fundamento 114).
178. Incluso sobre esto caben algunas interrogantes a saber, entre otras, si resulta idóneo regular la cuestión de confianza limitando las materias susceptibles de conformar la política general de gobierno en un escenario de confrontación de poderes del Estado, o determinar qué situaciones o hechos pueden formar parte de la política general de gobierno y susceptibles a someterse a cuestión de confianza. Sobre esto último, ya este Tribunal afirmó que no es viable establecer una lista taxativa debido al carácter político y a la discrecionalidad con la que actúa el Ejecutivo en estos casos.

179. En segundo término, este Tribunal estima necesario considerar lo dispuesto en los artículos 132 y 133 de la Constitución, antes citados, junto con lo establecido en sus artículos 118.3 y 119, que disponen lo siguiente:

Artículo 118: Atribuciones del Presidente de la República

Corresponde al Presidente de la República:

(...)

3. Dirigir la política general del Gobierno.

(...)

Artículo 119:

La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo.

180. Con relación a lo anterior, este Tribunal aprecia que el artículo único de la ley impugnada mantiene la titularidad de la cuestión de confianza facultativa en el ámbito de las atribuciones de los ministros de Estado y del presidente del Consejo de Ministros, lo cual es conforme, respectivamente, con los artículos 132 y 133 de la Constitución y, en segundo término, con lo desarrollado por este Tribunal en el ámbito de la comprensión de la cuestión de confianza.
181. Así pues, como ya se ha puesto de relieve previamente, este Tribunal se refirió a dicha institución para dar cuenta de su utilización, relacionada con “un amplio campo de posibilidades en busca de respaldo político por parte del Congreso, para llevar a cabo las políticas que su gestión requiera” (fundamento 75) o con “los asuntos que la gestión del Ejecutivo demande” (fundamento 76) (Sentencia 0006- 2018-PI/TC).
182. Por su parte, la ley impugnada, como ya se indicó anteriormente, ha establecido que la cuestión de confianza “conforme al último párrafo del artículo 132 y 133 de la Constitución”, es decir, la cuestión de confianza facultativa, “está referida a materias de competencia del Poder Ejecutivo”, a lo que añade, “relacionadas directamente a la concreción de su política general de gobierno”.

183. Por lo expuesto, este Tribunal considera que la referencia a “la concreción de su política general de gobierno” solamente debe ser comprendida dentro del alcance abierto que la Constitución ha establecido y bajo los términos interpretados por este Tribunal en su jurisprudencia.
184. Ello es así además porque la citada “concreción”, “realización”, “ejecución” y “administración” de la política general de gobierno requiere precisamente para su concreción que previamente un determinado gobierno encuentre el campo adecuado y necesario para diseñar y elaborar el conjunto de políticas priorizadas que deban desarrollarse a través de las políticas nacionales durante el periodo que dure dicho gobierno, pero además pensando en orientar objetivos a fin de lograr el bienestar de las personas y el desarrollo sostenible del país a largo plazo, esto es, dentro del marco de las políticas de Estado.
185. Lo dicho incluye un ámbito normativo adecuado para lograr las metas y objetivos trazados como política general de gobierno y política de Estado, entre ellos, alcanzar un escenario jurídico eficaz, sea en el marco constitucional o legal, a través de las necesarias reformas que se requieran para lograr aquellos objetivos.
186. Ahora bien, la ley impugnada no solo ha delimitado el ámbito material de la cuestión de confianza facultativa, explicitado en un sentido positivo, sino que, además, ha establecido supuestos de limitación para el ejercicio de la cuestión de confianza que, a continuación, se detallan:
- i. La aprobación o no aprobación de reformas constitucionales
 - ii. Las materias que afecten los procedimientos y competencias exclusivas y excluyentes del Congreso
 - iii. Las materias que afecten los procedimientos y competencias exclusivas y excluyentes de otros organismos constitucionalmente autónomos.
187. Frente a ello, cabe precisar que la Constitución no ha establecido expresamente limitaciones al ámbito material de la cuestión de confianza. Ello sí ha sido precisado en la jurisprudencia de este Tribunal, como es el caso de la Sentencia 00006-2019- CC/TC, antes analizada.

188. En dicha sentencia, este Tribunal precisó, sin ánimo de exhaustividad, los supuestos en los cuales el planteamiento de la cuestión de confianza comprometería el principio de separación de poderes y las relaciones entre el Poder Ejecutivo o Gobierno Nacional y el Poder Legislativo o Congreso. Tales supuestos, a los que ya se ha hecho referencia supra, son, a modo enunciativo:
- i) cuando el planteamiento de la cuestión de confianza se relacione con la supresión de la esencia de alguna cláusula de intangibilidad de la Constitución;
 - ii) cuando el planteamiento de la cuestión de confianza esté relacionado con el condicionamiento del sentido de alguna decisión que sea competencia de otro órgano estatal;
 - iii) cuando el planteamiento de la cuestión de confianza, en el caso de proyectos de ley, no se realice sobre materias que permitan concretar u operativizar las propuestas planteadas por el gobierno o que carezcan de un marcado interés público (Sentencia 0006- 2019-CC/TC, fundamento 185).
189. En cuanto a este último supuesto, cabe precisar que este Tribunal, en la Sentencia 00006-2019-CC/TC, sostuvo que es constitucionalmente admisible ejercer la cuestión de confianza respecto de un proyecto de ley de reforma a la Constitución, bajo las consideraciones y alcances ahí establecidos y que se indicaron supra.
190. A ello debe añadirse que, en el auto de aclaración de la Sentencia 00006-2019- CC/TC, este Tribunal ha destacado, en buena cuenta, la importancia de los criterios fijados en la sentencia antes aludida.
191. Así las cosas, este Tribunal aprecia que el primer límite establecido en la ley impugnada, sobre la imposibilidad de someter a cuestión de confianza la aprobación o no aprobación de reformas constitucionales resulta contrario a la Constitución y, específicamente, al marco de sus principios de organización y distribución del poder, interpretados por este Tribunal en su jurisprudencia.
192. El primer límite impuesto por el artículo único de la Ley 31355 supone una restricción absoluta de una materia que, sin embargo, en sí misma no se encuentra proscrita por la Constitución y que este Tribunal entiende se halla en el marco de lo constitucionalmente

posible, conforme a las consideraciones desarrolladas en sus sentencias. En efecto, ni siquiera se ha dejado margen de duda, ni excepción alguna en la que sea posible someter a cuestión de confianza alguna reforma constitucional en la que el Ejecutivo o Gobierno Nacional considere necesario para concretizar algún contenido de la política general de gobierno que este acorde con el bienestar de las personas y de los intereses generales del país.

193. Además, se proscribe, sin fundamento razonable y constitucional la facultad del Gobierno Nacional de impulsar reformas constitucionales como parte de su deber de llevar a cabo la política general de gobierno en la medida en que es posible, tal y como la experiencia en nuestro país así lo ha demostrado (en el año 2018 se sometió a cuestión de confianza 4 proyectos que fueron aprobados por el Congreso y luego sometidos a referéndum el 9 de diciembre del mismo año), máxime cuando en algunos casos a lo planteado les corresponde considerarse incluido dentro de lo constitucionalmente necesario realizar algunas reformas, no solo para adaptar las nuevas realidades a nuestro marco jurídico-político, sino también para tener expedito y el “terreno” listo para lograr el bienestar de la ciudadanía en nuestro país y en pro de los intereses generales a través del diseño, la elaboración y posterior implementación de las políticas públicas que forman parte de la política general de gobierno. Por todo lo expuesto, corresponde estimar la demanda en el referido extremo.
194. En relación con el segundo y tercer límite, antes detallados, este Tribunal aprecia que ambos comparten un denominador común: la interdicción del ejercicio de la cuestión de confianza respecto de materias que afecten procedimientos y competencias exclusivas y excluyentes de diversos sujetos constitucionales, como es el caso del Congreso y de los órganos constitucionales autónomos.
195. Al respecto, este Tribunal aprecia que tales límites han sido redactados con una textura amplia y abierta, que incluso podría conllevar a sostener, bajo una interpretación restrictiva, que el Poder Ejecutivo o Gobierno Nacional no podría ejercer la cuestión de confianza facultativa sobre proyectos de ley o, específicamente, sobre proyectos de ley de reforma constitucional, pese a que tales posibilidades no se encuentran prohibidas por la Constitución, bajo la interpretación realizada por este Tribunal.

196. Evidentemente, ello en nada enerva la consideración básica, según la cual el Poder Ejecutivo o Gobierno Nacional, al ejercer dicha facultad, no puede menoscabar, desnaturalizar o suprimir las competencias del Congreso o condicionar el sentido de su voluntad institucional, de arraigo democrático, conforme a los criterios vinculantes desarrollados en la jurisprudencia de este Tribunal. Lo mismo cabe sostener respecto de las decisiones que adopten los órganos constitucionales autónomos en el ámbito de sus atribuciones.
197. Precisamente, conviene recordar que este Tribunal, tanto en la Sentencia 00006- 2019-CC/TC, como en el correspondiente auto de aclaración, ha destacado importantes consideraciones que expresan, en lo fundamental, cómo entiende que debería ejercer esta facultad del Poder Ejecutivo o Gobierno Nacional de someter a cuestión de confianza los proyectos de ley, incluyendo los de reforma constitucional, respecto a tales materias, sin contravenir la Constitución.
198. Así, este Tribunal ha aportado tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo (Gobierno Nacional y Congreso) criterios que permitan en la práctica racionalizar el ejercicio de sus respectivas funciones, sin desconocer principios básicos de organización y distribución del poder, como el principio de separación de poderes, ni el marco de competencias y atribuciones que la Constitución ha conferido a cada uno.
199. Asimismo, en relación con otros procedimientos parlamentarios, distintos de la expedición de leyes, como la elección de altos funcionarios del Estado, este Tribunal también ha desarrollado importantes consideraciones que inciden en la conclusión de que lo prohibido al Gobierno Nacional es condicionar el sentido de lo que el Congreso pueda decidir, límite que aplica también a las decisiones que competan exclusiva y excluyentemente a otros poderes o sujetos constitucionales, según lo establecido en la Norma Fundamental.
200. Siendo ello así, no debe olvidarse que este Tribunal en la Sentencia 00006-2019- CC/TC antes referida concluyó que haber sometido a cuestión de confianza la reforma de la ley orgánica de este Tribunal respecto de la elección de magistrados del Tribunal Constitucional no era, per se, contraria a la Constitución ni a las competencias del Congreso, con las consideraciones, alcances y matizaciones allí expuestos.

201. Ello evidentemente no significa dotar al Ejecutivo o Gobierno Nacional de un cheque en blanco para ejercer una facultad de modo arbitrario. Este Tribunal, precisamente, ha distinguido en diversos pronunciamientos la distinción que separa la discrecionalidad de la arbitrariedad.
202. Este Tribunal entiende que la facultad de ejercer cuestión de confianza sí tiene límites, como toda institución o poder jurídicos, regulados por la Constitución. No obstante, tales límites materiales no son propiamente aquellos que el legislador ha previsto en la ley impugnada o, cuando menos, no bajo los términos en que han sido expresados, que pueden traer como consecuencia que en el ejercicio de la cuestión de confianza se entienda que determinadas materias han sido afectadas por el Ejecutivo o Gobierno Nacional, con todas las consecuencias y responsabilidades que ello conllevaría, pese que, en principio, desde la lectura desarrollada por este Tribunal en su jurisprudencia, dicha conclusión, según cada caso concreto, no sea eventualmente de recibo.
203. A tenor de lo expuesto, no debe olvidarse que según nuestro actual diseño constitucional, el ejercicio de la cuestión de confianza facultativa está relacionado con la posibilidad de optimizar las competencias del Poder Ejecutivo o Gobierno Nacional relacionadas con la política general del Gobierno, cuya dirección le corresponde, conforme al artículo 118.3 de la Constitución y, en dicho ámbito, con el marco de actuación con que cuentan los ministros o ministras para el cumplimiento de sus respectivas funciones, según su artículo 119.
204. Por consiguiente, este Tribunal Constitucional insiste en la idea ya expresada en sus sentencias anteriores emitidas al respecto, en el sentido de que la naturaleza política de la cuestión de confianza y los escenarios en que esa se ejerce, restan idoneidad al establecimiento de supuestos específicos en los que la confianza pueda o no ser presentada.
205. Así, este Tribunal considera que la regulación abierta de la cuestión de confianza, realizada en el texto constitucional vigente, implica sostener que su limitación material debe ser la excepción y no la regla; y que, en todo caso, debe ceñirse a impedir la contravención manifiesta de cláusulas de identidad constitucional, como la

separación de poderes, o a vulnerar las competencias de otros poderes o sujetos constitucionales.

206. Asimismo, la determinación de si el Ejecutivo o Gobierno Nacional ha excedido o no los límites de la cuestión de confianza, solo puede analizarse con propiedad a la luz de cada caso concreto.
207. A ello debe añadirse que, sobre la base de la idea de equilibrio de poderes, consustancial a la separación de poderes, el establecimiento de eventuales limitaciones a la cuestión de confianza no puede realizarse sin considerar su efecto o repercusión en la institución que es su contrapeso, como la censura ministerial.
208. Por ello, si se realiza una limitación en el ámbito de una institución que tiene una contraparte en el ámbito de las relaciones entre el Gobierno Nacional y Congreso (Ejecutivo y Legislativo), ello requiere, en principio, que tales restricciones sean llevadas a cabo desde la posición de ambos poderes, en aras de salvaguardar el balance y equilibrio de poderes consustancial a la Constitución Política de 1993, medular en su identidad como Norma Fundamental, que establece los marcos de posibilidades y límites de actuación de los poderes públicos.
209. Así las cosas, este Tribunal concluye que la ley impugnada establece supuestos de limitación que no son compatibles con la Constitución, en la medida que contravienen la referida regulación abierta de la cuestión de confianza facultativa.
210. Por ello, corresponde declarar que la regulación de los límites de la cuestión de confianza previstos en el artículo único de la Ley 31355 es contraria a la Constitución.

5.1.1.2. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRIMERA Y SEGUNDA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIAS FINALES DE LA LEY 31355

211. Por otra parte, la invocada vulneración de las competencias del Poder Ejecutivo o Gobierno Nacional realizada en la demanda aborda también lo relativo a la expresión de la aprobación o desaprobación de la cuestión de confianza y, en concreto, la imposibilidad de que el Poder Ejecutivo interprete el sentido de la decisión del Congreso.

212. A este respecto, corresponde tener en consideración que dicho cuestionamiento está directamente relacionado con lo previsto en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 31355, según la cual, la decisión en torno a la aprobación o rechazo de la cuestión de confianza corresponde exclusivamente al Congreso de la República, lo que se expresa a través de la votación que se lleve a cabo conforme al Reglamento del Congreso. A ello cabe añadir que, según esta disposición, dicha decisión surtirá efectos a partir de su comunicación mediante un oficio al Gobierno Nacional o Poder Ejecutivo.
213. Sobre ello, este Tribunal debe destacar que el constituyente no ha establecido disposiciones sobre tales materias, relacionadas con la forma en que se manifiesta la voluntad del Congreso, respecto a la aprobación o rechazo de la cuestión de confianza. Sin embargo, este Tribunal sí ha dejado establecido en la Sentencia 00006-2019-CC/TC, conforme se ha expresado supra, que si bien, en principio, lo que decida el Congreso respecto al ejercicio de la cuestión de confianza facultativa debe expresarse a través de la correspondiente votación que se lleve a cabo, también es cierto que la propia naturaleza abierta de esta institución política habilita la posibilidad de que el Poder Ejecutivo o Gobierno Nacional considere que se le ha negado la confianza.
214. Dicha posibilidad se sustenta en la consideración según la cual, no siempre una aprobación formal o expresa de la cuestión de confianza lleva aparejada una puesta en práctica conforme a dicha manifestación. Antes bien, y como lo puso de relieve este Colegiado en la referida Sentencia 00006-2019-CC/TC, es posible que la práctica parlamentaria exprese, en realidad, una denegatoria de la confianza al Poder Ejecutivo o Gobierno Nacional.
215. En tales supuestos, este Tribunal entiende que la posibilidad de que el Poder Ejecutivo o Gobierno Nacional determine que un pedido de confianza, solicitado al Congreso, ha sido denegado o rechazado, aun cuando formalmente el Congreso hubiese votado a favor de este, no se encuentra proscrita por la Constitución.
216. En ese entendido, tampoco resulta razonable que en todos los casos se supedite los efectos de lo decidido en votación por el Congreso a la comunicación mediante oficio al Gobierno Nacional, sobre el pedido de confianza.

217. Efectivamente, supeditar el surtimiento de efectos de dicha decisión a la aludida comunicación formal, supondría vaciar de contenido en la práctica a la cuestión de confianza porque bastaría el formal otorgamiento de esta, aunque luego no se adopte la decisión respecto de la que se planteara la referida cuestión.
218. Ello sin perjuicio de considerar las dificultades prácticas que dicho criterio plantearía para la correcta aplicación del artículo 134 de la Constitución, en relación con los supuestos en los que el presidente de la República, conforme a la Norma Fundamental, está facultado a disolver el Congreso de la República. Sobre esta materia este Tribunal ya se ha pronunciado en las Sentencias 00006-2018-PI/TC y 00006-2019-CC/TC.
219. Por tales consideraciones, este Tribunal concluye que la Primera Disposición Complementaria Final de la ley impugnada es inconstitucional.
220. Ahora bien, en relación con la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 31355, este Tribunal aprecia que esta solo prevé que los alcances de la ley impugnada carecen de “consecuencias o impactos retroactivos” y rigen a partir del día siguiente de su publicación.
221. Sin embargo, en la medida que esta disposición tiene una evidente relación de conexidad con las disposiciones anteriores, corresponde también declararla inconstitucional.

5.1.2. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

222. Por otra parte, en la demanda también se ha cuestionado la ley impugnada, por considerar que esta ha incorporado un contenido material contrario a lo establecido por este Tribunal en su jurisprudencia.
223. En primer lugar, debe tenerse presente que el artículo 201 de la Constitución ha establecido que “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución”. Además, el texto constitucional ha previsto que dentro de sus competencias exclusivas y excluyentes el conocimiento del proceso de inconstitucionalidad (artículo 202.1) y del proceso competencial (artículo 202.3).

224. En el caso específico del proceso de inconstitucionalidad, debe tenerse presente que según el artículo 103 de la Norma Fundamental: “La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad”.
225. Por otra parte, en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se ha establecido que: El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad (...).
226. Asimismo, en el Nuevo Código Procesal Constitucional se ha previsto que los efectos de las sentencias, con calidad de cosa juzgada, emitidas en los procesos de inconstitucionalidad y competenciales, son vinculantes para todo el ordenamiento jurídico y para los poderes públicos, conforme se aprecia a continuación:

Proceso de Inconstitucionalidad

Artículo 80. Efectos de la sentencia fundada. Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos (...).

Artículo 81. Cosa juzgada. Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad (...) que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.

Conflicto competencial

Artículo 112. La sentencia en los procesos competenciales y sus efectos. (...) La sentencia del Tribunal vincula a los poderes públicos y tiene plenos efectos frente a todos.

227. En el presente caso, este Tribunal ha destacado dos sentencias en las que se ha pronunciado respecto a temáticas directamente relacionadas con la cuestión de confianza, según el orden constitucional estatuido por la Carta de 1993, como son: la Sentencia 00006-2018-PI/TC y la Sentencia 00006-2019-CC/TC.
228. Como ya se ha recalcado, tales sentencias básicamente han dejado establecido que la cuestión de confianza, dada su naturaleza

política, no es susceptible de ser tasada, sino que, más bien, debe permanecer como institución de regulación abierta, conforme lo exigen las funciones constitucionales que cumple en el ámbito de las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo (Gobierno Nacional y Congreso). Es más, en relación con el carácter “abierto” de la cuestión de confianza de la Sentencia 00006-2018-PI/TC ni siquiera hubo apartamiento alguno a través de los fundamentos de voto que ahí se emitieron.

229. Evidentemente, ello no significa considerar que la cuestión de confianza pueda ser ejercida al margen de la Constitución o contraviendo principios fundamentales de la organización del Estado o afectando las competencias y atribuciones de otros sujetos constitucionales.
230. Ahora bien, conforme a lo analizado supra, este Tribunal ha determinado que tanto la expedición de la Ley 31355, como su contenido material, expresan la finalidad de restringir escenarios posibles para el ejercicio de la cuestión de confianza facultativa, contraviendo en tal sentido la Constitución y la interpretación realizada por este Tribunal.
231. Dicha interpretación, realizada en el marco de un proceso de inconstitucionalidad y otro competencial, que ha contado con pronunciamientos sobre el fondo de ambas controversias, es vinculante para todos los poderes públicos. Ello, evidentemente, incluye al legislador democrático.
232. Sin negar la calidad de intérprete de la Constitución que le asiste al legislador, este Tribunal estima pertinente reafirmar su posición como intérprete especializado y de cierre de la Constitución, cuyas sentencias no pueden ser desconocidas por los demás poderes públicos.
233. En el caso de los procesos de inconstitucionalidad, este Tribunal ha sostenido que:

(...) las sentencias de inconstitucionalidad de una norma legal emitidas por el Tribunal Constitucional tienen una triple identidad: *fuerza de ley, cosa juzgada y vinculan a todos los poderes públicos*. La afirmación de que la sentencia de inconstitucionalidad de una ley, por su carácter de cosa juzgada, tiene efectos vinculantes u obligatorios para los poderes públicos, se deriva

del carácter general que produce los efectos derogatorios de su sentencia (Sentencia 00005-2007-PI/TC, fundamento 42).

234. En tal sentido, este Tribunal ha concluido también que:

La vinculación de los poderes públicos a las sentencias del Tribunal Constitucional tiene como finalidad no solo la eliminación de concretos conflictos jurídicos que también es función del valor de la cosa juzgada, sino ante todo tiene una función interpretativa en cuanto instrumento para asegurar la conformidad de los poderes públicos a los dictados constitucionales a través de su vinculación a la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional (Sentencia 00005-2007-PI/TC, fundamento 46, énfasis añadido).

235. Evidentemente, dicha interpretación tiene como objeto y parámetro al texto vigente de la Constitución de 1993. Sin embargo, el legislador democrático, respetando las exigencias del procedimiento de reforma constitucional, puede innovar el contenido de la Norma Fundamental.

236. Esto último, de ser el caso, y en el marco del control de constitucionalidad de las leyes, puede ser controlado por este Tribunal, a efectos de verificar que dicha reforma ha respetado los límites formales y materiales que la Constitución establece.

237. Por lo expuesto, se concluye que en el presente caso la ley impugnada se ha apartado de lo establecido por este Tribunal en su jurisprudencia, emitida en su calidad de órgano de control de la Constitución, según su artículo 201, y de órgano supremo de la interpretación y control de la constitucionalidad, conforme al artículo 1 de su Ley Orgánica.

§6. EFECTOS

238. Este Tribunal ha concluido que la Ley 31355 es inconstitucional, por lo que en aplicación de lo dispuesto en los artículos 204 de la Constitución y 80 del Nuevo Código Procesal Constitucional, dicha ley quedará sin efecto al día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano. Asimismo, cabe precisar que esta declaración no tiene efectos retroactivos, conforme a lo establecido en tales disposiciones.

239. Ahora bien, este órgano de control de la Constitución advierte que con fecha 16 de noviembre de 2021, se ha publicado en el diario oficial El Peruano la Resolución Legislativa 0004-2021-2022-CR, “Resolución Legislativa del Congreso que optimiza el procedimiento de la Ley de Presupuesto y Leyes conexas, así como de la cuestión de confianza facultativa”.
240. El artículo único de dicha resolución ha modificado, entre otros, el artículo 86 del Reglamento del Congreso, conforme se aprecia a continuación:

Moción de censura y cuestión de confianza facultativa

Artículo 86. El Congreso hará efectiva la responsabilidad política del Consejo de Ministros o de los ministros por separado mediante la moción de censura o el rechazo de la cuestión de confianza; de acuerdo con las siguientes reglas:

[...]

- c) La cuestión de confianza sólo se plantea por iniciativa ministerial y en sesión del Pleno del Congreso. Puede presentarla el Presidente del Consejo de Ministros a nombre del Consejo en su conjunto o cualquiera de los ministros. Será debatida en la misma sesión que se plantea o en la siguiente. La cuestión de confianza es aprobada o rechazada mediante votación producida luego de concluido el debate correspondiente. El resultado de la votación es comunicado de inmediato al Presidente de la República, mediante oficio firmado por el Presidente del Congreso y uno de los Vicepresidentes.
- d) La Mesa Directiva rechazará de plano cualquier proposición de confianza presentada por Congresistas o por cualquier funcionario que no sea ministro de Estado. Igualmente, de manera enunciativa, rechazará de plano la proposición que tenga por finalidad la supresión de la esencia de alguna cláusula de intangibilidad de la Constitución, la aprobación o no de iniciativas de reforma constitucional, de iniciativas que interfieran en las competencias exclusivas y excluyentes del Congreso de la República o de los organismos

constitucionalmente autónomos; o que condicione el sentido de alguna decisión del Congreso bajo término o plazo para el pronunciamiento. El Pleno del Congreso, mediante resolución legislativa, y previa opinión de la Comisión de Constitución y Reglamento, puede declarar improcedente una cuestión de confianza que vulnere lo dispuesto en el presente artículo. La declaración de improcedencia aprobada por el Congreso no equivale ni califica como denegatoria, rehusamiento ni rechazo de la cuestión de confianza.

- e) La cuestión de confianza presentada por el Presidente del Consejo de Ministros a nombre del Consejo en su conjunto, debe incluir el acta en que conste el acuerdo tomado por el Consejo. Si ésta le fuera rehusada, se producirá la crisis total del Gabinete Ministerial, aplicándose la regla prevista en el literal b) precedente”.

241. Con relación a lo anterior, este Tribunal aprecia que dicha resolución legislativa ha modificado los literales “c”, “d” y “e” del Reglamento del Congreso, sobre la cuestión de confianza facultativa.

242. Este Tribunal advierte que determinadas modificaciones establecidas en los literales “c” y “d” están relacionadas directamente con el contenido de la ley declarada inconstitucional en el presente proceso. En efecto, en el literal “c” se recoge lo dispuesto en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Ley 31355, respecto a lo siguiente:

- i) Que la cuestión de confianza se aprueba o rechaza a través de la votación, llevada a cabo luego del correspondiente debate y que
- ii) Surte efectos a partir de la comunicación, mediante oficio, del resultado de la votación al Ejecutivo o Gobierno Nacional.

243. Con respecto a esto último, dicha resolución precisa que la comunicación será realizada inmediatamente al presidente de la República y que el oficio correspondiente deberá ser firmado por el presidente del Congreso y uno de los vicepresidentes.

244. En lo relativo al literal “d”, el legislador ha incluido, dentro de los supuestos del rechazo de plano, a manera enunciativa, (es decir, sin agotarlos), los siguientes:

- i) la proposición que tenga por finalidad la supresión de la esencia de alguna cláusula de intangibilidad de la Constitución;
- ii) la aprobación o no de iniciativas de reforma constitucional;
- iii) (la aprobación o no) de iniciativas que interfieran en las competencias exclusivas y excluyentes del Congreso de la República o de los organismos constitucionalmente autónomos; o
- iv) (la aprobación o no de iniciativas) que condicione(n) el sentido de alguna decisión del Congreso bajo término o plazo para el pronunciamiento.
- v) El Pleno del Congreso, mediante resolución legislativa, y previa opinión de la Comisión de Constitución y Reglamento, puede declarar improcedente una cuestión de confianza que vulnere lo dispuesto en el presente artículo. La declaración de improcedencia aprobada por el Congreso no equivale ni califica como denegatoria, rehusamiento ni rechazo de la cuestión de confianza.

245. Ahora bien, el artículo 77 del Nuevo Código Procesal Constitucional ha establecido que: “La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia”

246. Este Tribunal se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la declaración de inconstitucionalidad por conexidad o consecuencia y ha interpretado sus alcances. Al respecto, ha sostenido que es él el órgano competente para declararla y que:

(...) la etapa procesal para realizar dicho examen es al momento de sentenciar, siempre que se trate de una norma no invocada por el demandante y que la misma complementa, precise o concrete el supuesto o la consecuencia de la norma declarada inconstitucional (fundamento 77 de la Sentencia00045-2004-PI/TC; fundamento 8 de la Sentencia00017- 2013-P1/TC, fundamento 11 del auto emitido en el Expediente 00023-2013-PI/TC y fundamento 3 del auto emitido en el Expediente00012-2014-PI/TC).

247. En el presente caso, se aprecia que la frase *La cuestión de confianza es aprobada o rechazada mediante votación producida luego de concluido el debate correspondiente. El resultado de la votación es comunicado de inmediato al Presidente de la República, mediante oficio firmado por el Presidente del Congreso y uno de los Vicepresidentes*, incorporada en la modificatoria del literal “c” del artículo 86 del Reglamento del Congreso, dispuesta por el artículo único de la Resolución Legislativa 0004-2021-2022-CR, mantiene una relación de clara conexidad con lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 31355, declarada inconstitucional en la presente sentencia.
248. Por dicha razón, corresponde a este Tribunal declarar su inconstitucionalidad, por conexidad.
249. Asimismo, este Tribunal aprecia que el artículo único de la referida Resolución Legislativa 0004-2021-2022-CR, que modifica el literal “d” del artículo 86 del Reglamento del Congreso, ha incorporado supuestos de rechazo de plano por la Mesa Directiva del Congreso que reproducen o reiteran lo dispuesto en el artículo único de la Ley 31355, declarado inconstitucional en la presente sentencia.
250. En dicha Resolución Legislativa se establece que:
- Igualmente, de manera enunciativa, rechazará de plano la proposición que tenga por finalidad la supresión de la esencia de alguna cláusula de intangibilidad de la Constitución, la aprobación o no de iniciativas de reforma constitucional, de iniciativas que interfieran en las competencias exclusivas y excluyentes del Congreso de la República o de los organismos constitucionalmente autónomos; o que condicione el sentido de alguna decisión del Congreso bajo término o plazo para el pronunciamiento. El Pleno del Congreso, mediante resolución legislativa, y previa opinión de la Comisión de Constitución y Reglamento, puede declarar improcedente una cuestión de confianza que vulnere lo dispuesto en el presente artículo. La declaración de improcedencia aprobada por el Congreso no equivale ni califica como denegatoria, rehusamiento ni rechazo de la cuestión de confianza.

251. En tal sentido, este Tribunal considera que la modificatoria del artículo “d” resulta conexa con la declarada inconstitucional en este caso y, por ende, corresponde declarar también su inconstitucionalidad.
252. Finalmente, cabe precisar que los restantes extremos de dicha resolución legislativa no han sido objeto de control de constitucionalidad en la presente sentencia.

III. FALLO

Por estas consideraciones, con el fundamento de voto de la magistrada Ledesma Narváez, nuestro voto es por lo siguiente:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Poder Ejecutivo; en consecuencia, declara inconstitucional la Ley 31355, “Ley que desarrolla el ejercicio de la cuestión de confianza regulada en el último párrafo del artículo 132 y en el artículo 133 de la Constitución Política del Perú”.
2. Declarar inconstitucionales, por conexidad, en aplicación del artículo 77 del Nuevo Código Procesal Constitucional:
 - 2.1. La frase *La cuestión de confianza es aprobada o rechazada mediante votación producida luego de concluido el debate correspondiente. El resultado de la votación es comunicado de inmediato al Presidente de la República, mediante oficio firmado por el Presidente del Congreso y uno de los Vicepresidentes*, del artículo único de la Resolución Legislativa 0004-2021-2022-CR, que modifica literal “c” del artículo 86 del Reglamento del Congreso;
 - 2.2. La frase *Igualmente, de manera enunciativa, rechazará de plano la proposición que tenga por finalidad la supresión de la esencia de alguna cláusula de intangibilidad de la Constitución, la aprobación o no de iniciativas de reforma constitucional, de iniciativas que interfieran en las competencias exclusivas y excluyentes del Congreso de la República o de los organismos constitucionalmente autónomos; o que condicione el sentido de alguna decisión del Congreso bajo término o plazo para el*

pronunciamiento. El Pleno del Congreso, mediante resolución legislativa, y previa opinión de la Comisión de Constitución y Reglamento, puede declarar improcedente una cuestión de confianza que vulnere lo dispuesto en el presente artículo. La declaración de improcedencia aprobada por el Congreso no equivale ni califica como denegatoria, rehusamiento ni rechazo de la cuestión de confianza, del artículo único de la Resolución Legislativa 0004- 2021-2022-CR, que modifica el literal “d” del artículo 86 del Reglamento del Congreso.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Históricamente la lucha constante del Derecho ha sido sobre cómo dominar a la política. Contrariamente, los últimos tiempos son, en gran medida y de modo preocupante, del dominio de la política (de los votos) sobre el Derecho.

La falta de coherencia en los votos de los jueces solo genera inseguridad jurídica.

Este caso hace evidente la carencia de argumentos de tres magistrados del Tribunal Constitucional y una total desconexión de sus argumentos con los temas analizados en el mismo. Tengo la impresión de que acusando al Tribunal Constitucional (que ellos mismos integran) de ser el responsable de los problemas generados por el Covid 19: crisis de salud y económica, lo que pretenden hacer es encubrir su falta de coherencia en la toma de decisiones en casos de relevancia como el presente. No encuentro ninguna conexión lógica entre este caso, que versa sobre el control de la Ley 31355 que “desarrolla” la cuestión de confianza, respecto de lo que ellos muestran en su voto singular: cifras que exponen una tabla de desempeños sanitarios y económicos comparados, el monto de nuestro Producto Bruto Interno o los niveles de pobreza en el Perú. Para ellos, la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la disolución del Congreso, “sentó las bases para la catástrofe sanitaria y económica experimentada en el Perú el 2020. Al no tener el contrapeso del Congreso, en efecto, la respuesta gubernamental al COVID-19 fue poco escrutada. Consecuentemente, nuestro desempeño sanitario y económico fue el peor del vecindario”. Creo que no hace falta comentar en demasía estas expresiones. Son argumentos que no tienen ninguna relevancia para resolver el presente caso, más allá de tener conclusiones que tienen mucho de imaginación.

Y digo que hay falta de coherencia pues en un caso anterior (Expediente 00006-2018- PI/TC, FJ 75), denominado “caso cuestión de confianza y crisis total del gabinete”, el Tribunal Constitucional, por

unanimidad (con el voto de los mismos tres magistrados a los que se alude antes), declaró inconstitucional un artículo del Reglamento del Congreso de la República, que modificó el procedimiento de cuestión de confianza, alegando el siguiente fundamento: “este Tribunal Constitucional encuentra que la cuestión de confianza que pueden plantear los ministros ha sido regulada en la Constitución de manera abierta, con la clara finalidad de brindar al Poder Ejecutivo un amplio campo de posibilidades en busca de respaldo político por parte del Congreso, para llevar a cabo las políticas que su gestión requiera”. Sin embargo, hoy, en este caso, de la Ley 31355, sostienen que “nunca consideramos que la Constitución permitiera hacer cuestión de confianza sobre proyecto de ley de reforma constitucional ni sobre atribuciones constitucionales exclusivas del Congreso u otros organismos constitucionalmente autónomos”. La falta de coherencia es más que evidente. Al principio dijeron que la cuestión de confianza era abierta, ahora dicen que ya no es abierta. ¿Por qué cambiaron?

No se sabe, porque incluso es posible que los jueces cambien de posición, pero siempre dando razones del cambio. Aquí no, sólo se dicen que nunca se dijo lo que se dijo y está escrito.

Todo juez y más aún si lo es del Tribunal Constitucional, que es el Supremo Intérprete de la Constitución, tiene la obligación de motivar sus decisiones, incluso cuando las cambia. No puede alegar simplemente “grande fue nuestra sorpresa cuando, al discutir la segunda sentencia, descubrimos que algunos colegas así lo creían”. No se trata de sentirse sorprendidos. No se trata de lo que crean los colegas. Se trata de la interpretación de la Constitución. Se trata de la obligación de motivar. Al principio, dijeron, y está escrito, que la cuestión de confianza prevista en la Constitución peruana debe ser entendida de forma abierta y ahora dicen que no es abierta.

Pero no se trata sólo de las contradicciones de algunos jueces constitucionales o de que el Poder Legislativo busque reducir a su favor los contenidos de la Constitución. Se trata, y esta es la controversia principal del caso, de cómo se respeta el equilibrio de poderes que ha previsto la Constitución. Como lo voy a acreditar en seguida, mediante la Ley 31355 el Poder Legislativo ha inclinado la balanza a su favor y ha roto el equilibrio puesto por la Norma Fundamental entre Poder Ejecutivo y Poder Legislativo. Se ha obviado que el control del poder público

mediante la separación de poderes o un sistema checks and balances que tenga por objeto asegurar la supremacía de la Constitución, es un objeto esencial de la Constitución”⁷.

Por ello, considero que adicionalmente a los argumentos expuestos en la ponencia, que declara **FUNDADA** la demanda contra la Ley 31355, dicha ley es inconstitucional por las siguientes razones: 1) **por la falta de una deliberación prolija, responsable y rigurosa de las cláusulas contenidas en la Ley 31355**, dado que los proyectos fueron aprobados con una rapidez inusitada (en prácticamente un mes se aprobaron los cuatro proyectos de ley), a lo que debe agregarse que, en la misma fecha en que se sustentaron los dictámenes de la Comisión de Constitución y Reglamento, el Pleno del Congreso votó la aprobación del texto, a lo que se suma la exoneración de la autógrafa del trámite de la segunda votación; 2) **la aprobación de la Ley “interpretativa” 31355 supone una seria vulneración del principio de rigidez constitucional**, ya que el Congreso de la República pretende, a través de la introducción de una norma con rango de ley, alterar el diseño y equilibrio de los poderes establecido en nuestra Ley Fundamental; 3) **la Ley 31355 introduce una serie de restricciones al uso de la cuestión de confianza** que evidencian la falta de introducción de mecanismos de contrapeso, y **no introduce ninguna clase de reforma de los mecanismos que emplea el Poder Legislativo para ejercer presión y solicitar responsabilidades a nivel ministerial**, lo que vulnera el principio de separación y equilibrio de poderes; 4) **la Ley 31355 ha generado una alteración de la forma de gobierno** que no se deriva ni de la Constitución ni de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; y, 5) **mediante la Ley 31355, el Poder Legislativo inobservó la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional**.

CUESTION PREVIA:

Antes de pronunciarme sobre la inconstitucionalidad de la Ley 31355 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

⁷ Starck, Christian (2011). Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales. Madrid: Dykinson S.L, p. 78.

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 de 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 pueda realizar el respectivo control de constitucionalidad.

ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 31355:

Seguidamente, como ya lo he adelantado antes, considero pertinente formular algunas consideraciones adicionales en relación con la demanda de inconstitucionalidad planteada. Por ello, me referiré a los siguientes puntos: i) las cláusulas impugnadas fueron aprobadas sin una previa deliberación rigurosa y necesaria; ii) las cláusulas cuestionadas contravienen el principio de rigidez constitucional; iii) las cláusulas impugnadas vulneran el principio de separación y equilibrio entre los poderes; iv) las cláusulas impugnadas insertan un desbalance en nuestra forma de gobierno; y v) las cláusulas impugnadas inobservaron la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional.

i) Las cláusulas impugnadas fueron aprobadas sin una previa deliberación rigurosa y necesaria

Un primer aspecto que deseo examinar en este voto es el relativo a la falta de una deliberación prolija, responsable y rigurosa de las cláusulas contenidas en la Ley 31355. Al respecto, estimo pertinente hacer recordar que la deliberación no solo se refleja como un requisito indispensable para que, en el marco de una sociedad democrática, las decisiones adoptadas por los poderes públicos se encuentren adecuadamente sustentadas, ya que también ella tiene como propósito el de legitimar y sustentar la existencia de una legislación de carácter racional. Se ha

mencionado, sobre este punto, que “para que el procedimiento político asegure legitimidad, la discusión colectiva debe trascender la mera competencia por hacer prevalecer el autointerés de ciertos grupos y partidos políticos”⁸.

En las últimas décadas, hemos asistido a distintos escenarios en los que, bajo el aparente desarrollo y uso de atribuciones otorgadas por las leyes fundamentales, los órganos de poder constituido han pretendido –de forma subrepticia– desequilibrar a su favor el esquema y diseño de la forma de gobierno. En efecto, en sociedades con democracia precarias –como ocurre en el caso peruano– suele ser recurrente el uso de mecanismos legales para desgastar el equilibrio de los poderes. Se trata de maniobras que bien pueden ser impulsadas por los órganos ejecutivos, pero que también pueden ser empleadas por órganos de carácter legislativo. Es este contexto –caracterizado por la constante erosión y pervisión de las cláusulas constitucionales– el que ha generado la referencia a lo que se ha denominado en la doctrina como “constitucionalismo abusivo”, el cual consiste o implica el “uso de los mecanismos de reforma constitucional -la reforma constitucional y la sustitución constitucional- para socavar la democracia⁹. Ahora bien, debo resaltar que, en este caso, la situación resulta ser considerablemente más grave, ya que la alteración del equilibrio de los poderes –aspecto que desarrollaré con posterioridad en este voto– ni siquiera proviene de alguna medida establecida a través de la reforma constitucional, sino que tiene como origen el accionar de un órgano con carácter de poder constituido que pretende alterar el diseño establecido por el poder constituyente.

De similar forma, es importante mencionar que las constituciones contemporáneas no se limitan únicamente a establecer cuáles son los órganos básicos de los Estados, o a tutelar los derechos fundamentales de la ciudadanía, ya que también se caracterizan por predeterminar con mayor intensidad el ordenamiento al regular in extenso y a introducir los principios básicos relativos a la organización del poder público¹⁰. De

8 Gama, Leopoldo (2019). *Derechos, democracia y jueces*. Madrid: Marcial Pons, p. 201.

9 Landau, David (2015). *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional*. Bogotá: Universidad Externa de Colombia, pág. 17.

10 Cfr. De Otto, Ignacio (1999). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, p. 29. 1.

este modo, cualquier propósito de alteración de cuestiones vinculadas -entre otras cosas- con la forma de gobierno no pueden ser emprendidas por la imposición o el uso irreflexivo de las prerrogativas o atribuciones que la norma fundamental otorga a los poderes del Estado - como podría ser, ciertamente, el hecho de aprobar leyes-, sino que requieren espacios importantes de deliberación e intercambio entre los poderes públicos y la propia ciudadanía para enriquecer las propuestas para la introducción de reformas. Es por ello que la existencia del control judicial de constitucionalidad de las leyes está orientada a operar “como una contrapeso a la tendencia de todas las fuerzas políticas a librarse de sus fuerzas competidoras en la mayor medida posible”¹¹.

En este caso, la notoria celeridad del trámite de la Ley 31355 refleja, sin margen de dudas, el notable déficit de deliberación respecto de medidas que pueden generar un notable desequilibrio en el sistema de relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo reconocido en la Constitución de 1993. De conformidad con la información brindada por la defensa del Congreso de la República, se puede apreciar el siguiente iter procedimental respecto del trámite de los proyectos 003-2021-CR, 006-2021-CR, 019-2021-CR y 036-2021-CR, los cuales pretendían regular los alcances de la cuestión de confianza:

- El proyecto de ley 003-2021-CR fue ingresado a la mesa de partes con fecha 5 de agosto de 2021, y fue decretado el 20 de agosto del mismo año para estudio y dictamen por parte de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República.
- El proyecto de ley 006-2021-CR fue ingresado a la mesa de partes con fecha 12 de agosto de 2021, y fue decretado el 20 de agosto del mismo año para estudio y dictamen por parte de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República.
- El proyecto de ley 019-2021-CR fue ingresado a la mesa de partes con fecha 12 de agosto de 2021, y fue decretado el 20 de agosto del mismo año para estudio y dictamen por parte de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República.

11 Grimm, Dieter (2020). *Constitucionalismo. Pasado, presente y futuro*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 354.

- El proyecto de ley 036-2021-CR fue ingresado a la mesa de partes con fecha 18 de agosto de 2021, y fue decretado el 20 de agosto del mismo año para estudio y dictamen por parte de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República.
- Con fecha 8 de septiembre de 2021 se presentó el dictamen en mayoría de la Comisión de Constitución y Reglamento, que recomendó la aprobación de los referidos proyectos de ley. Por su parte, el 13 de septiembre se presentó el dictamen en minoría, que recomendaba la no aprobación de los referidos proyectos.
- El 15 de septiembre de 2021, la Junta de Portavoces, con mayoría de sus miembros, aprobó la ampliación de la agenda para el análisis de estos proyectos.
- Con fecha 16 de septiembre, se sustentaron ambos dictámenes. Al finalizar el debate, el texto sustitutorio presentado por esta Comisión fue aprobado por 74 votos. Se presentó una solicitud para exonerar del trámite de la segunda votación, la cual fue también aprobada. Esta misma fecha se remitió la autógrafa de ley al Presidente de la República.
- Con fecha 6 de octubre de 2021, el Presidente de la República remite sus observaciones sobre la autógrafa de ley.
- El 10 de octubre se presenta el dictamen de la mayoría, que recomendó la aprobación de la autógrafa observada. El 19 de octubre se remite el dictamen en minoría y, en esa misma fecha, se sustentan en el Pleno del Congreso de la República ambos dictámenes. La insistencia del contenido de la autógrafa fue aprobada con 79 votos.

Advierto, de lo expuesto, que los proyectos fueron aprobados con una rapidez inusitada, al tratarse de temáticas considerablemente sensibles en relación con las tensiones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo. En efecto, en prácticamente un mes se aprobaron los cuatro proyectos de ley, a lo que debe agregarse que, en la misma fecha en que se sustentaron los dictámenes de la Comisión de Constitución y Reglamento, el Pleno del Congreso votó la aprobación del texto. De hecho, y con el evidente propósito de acelerar su implementación, se exoneró a la autógrafa del trámite de la segunda votación.

Del mismo modo, es preocupante que los dictámenes en minoría no reciban la atención que, en el contexto de una democracia deliberativa, deberían tener. Por ejemplo, en relación con los cuatro proyectos de ley, el dictamen en minoría formulado fue presentado con fecha 13 de septiembre de 2021. Sin embargo, el día 16 -esto es, tres días después- insistió en aprobar el dictamen en mayoría. De similar forma, cuando se tramitaron las observaciones formuladas por el Presidente de la República, el dictamen en minoría se remitió con fecha 19 de octubre de 2021, y fue en esa misma fecha en que ambos dictámenes fueron sustentados, lo que culminó en la insistencia de la autógrafa de la ley.

Considero que el adecuado establecimiento de mecanismos de control y equilibrio al interior de toda sociedad democrática demanda que sea posible advertir la presencia de una suerte de tolerancia recíproca, y esto supone, indefectiblemente, que los grupos parlamentarios deben moderarse al momento de desplegar sus prerrogativas institucionales¹². No es posible garantizar una deliberación efectiva si es que los procedimientos para despersonalizar los reclamos no son atendidos, ya que, en esos casos, “la representación es ejercida solamente como un mecanismo de decisión, en el que la mayoría gana y las minorías parlamentarias, así como la ciudadanía en general, se ven privadas de su derecho a participar y deliberar”¹³.

De este modo, la celeridad en el trámite para la aprobación de la Ley 31355, así como la falta de debate respecto de las observaciones formuladas en los dictámenes en minoría se han caracterizado por un serio déficit deliberativo que no solo compromete la legitimidad relativa al procedimiento para la aprobación de normas, sino que, como ha ocurrido en este caso, ha generado un notable desequilibrio entre las articulaciones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo.

ii) Las cláusulas cuestionadas contravienen el principio de rigidez constitucional

12 Levitsky, Steven y Ziblatt, Daniel (2018). *Cómo mueren las democracias*. Barcelona: Ariel, pág. 17

13 Niembro, Roberto (2019). *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Madrid: Marcial Pons, p. 250

Un segundo aspecto que deseo resaltar en este voto es el relativo a que la aprobación de la Ley 31355 supone una seria vulneración del principio de rigidez constitucional, ya que el Congreso de la República pretende, a través de la introducción de una norma con rango de ley, alterar el diseño y equilibrio de los poderes establecido en nuestra ley fundamental, lo que supone, indudablemente, inobservar la idea de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico.

Para comprender lo que implica la rigidez constitucional, Lucio Pegoraro ha señalado que “[u]na constitución rígida en sentido técnico-jurídico, o sea modificable sólo a través de los procedimientos pertinentes, puede ser más o menos rígida en un doble sentido: a) desde una perspectiva comparatista, los procedimientos previstos pueden ser más o menos complejos, más o menos fáciles o difíciles de recorrer; b) dentro de la misma constitución, es frecuente encontrar diferentes grados en los procedimientos de revisión, según la materia tratada, o en relación a supuestos particulares”¹⁴.

Sobre ello, debe hacerse recordar que las constituciones contemporáneas -y entre ellas, claro está, la peruana- se caracterizan por introducir un sistema de reglas de competencia, el cual es un “signo distintivo del estado de derecho, del estado constitucional. Es evidente que la determinación de las funciones, de los órganos, la cual implica la idea de competencia, hace resaltar la supremacía de la constitución. Si la constitución determina la competencia de los órganos, entonces, necesariamente es superior a las disposiciones y mandatos de estos”¹⁵.

No existe duda que las constituciones influyen notablemente en las democracias, y una de las formas en que lo hace es a través del establecimiento de niveles importantes de estabilidad, por lo que se suele encargar de establecer un marco democrático para el funcionamiento de las instituciones políticas básicas¹⁶.

14 Pegoraro, Lucio (2017). *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de Derecho Constitucional Comparado*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, pp. 482 y 483.

15 Tamayo y Salmorán, Rolando (1986). *Introducción al estudio de la Constitución*. México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 252.

16 Dahl, Robert (2016). *La democracia*. Barcelona: Planteta, p. 145.

Como se conoce, las constituciones tienen una pretensión estabilizadora y racionalizadora en las relaciones entre los poderes públicos y la ciudadanía. Ahora bien, como hace recordar Konrad Hesse, estas intenciones o finalidades fracasan cuando a la constitución se le deja de considerar como vinculante. En este caso, en su escrito de contestación de demanda, el Congreso ha señalado que una de las finalidades de la regulación establecida en la Ley 31355 consiste en intentar equilibrar el funcionamiento de las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo. Sobre ello, advierto que el Congreso de la República puede, ciertamente, hacer referencia a una serie de propósitos con la introducción de ciertas reformas. Sin embargo, cuando ello se efectúa inobservando los contenidos constitucionales de nuestra Ley Fundamental, queda entonces “abierto el camino por el que la Constitución pueda ser dejada de lado con solo invocar cualquier interés aparentemente más alto pero cuya superioridad será, con toda seguridad, puesta en cuestión. La idea básica de la Constitución escrita se ve entonces sustituida por una situación de inseguridad producida por una lucha constante de fuerzas y opiniones que en su argumentación no disponen de una base común de referencia”¹⁷.

De hecho, en el ámbito del derecho constitucional comparado, existen diversas soluciones a la erosión a la que, constantemente, se ven expuestas las constituciones particularmente en sociedad con déficits democráticos. Una de ellas particularmente llamativa es la relativa al establecimiento de diversos niveles de rigidez al momento de diseñar una constitución. Se ha señalado que el propósito de esta clase de medidas es el de generar que sea más difícil “el cambio de disposiciones estructurales que son especialmente propensas a ser el blanco de los esfuerzos del constitucionalismo abusivo. También puede darse a las cortes el poder para denegar algunas de las reformas propuestas que resulten violatorias de los principios fundamentales del orden constitucional”¹⁸.

En relación con el primer grupo de medidas, nuestro texto constitucional no ha reconocido -al menos no de forma expresa- la existencia

17 Hesse, Konrad (2012). *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 48 y 49.

18 Landau, David (2015). *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional*. Bogotá: Universidad Externa de Colombia, pág. 22.

de alguna cláusula pétrea, como sí se ha hecho en el caso de las Constituciones de 1839 y 1933. La incorporación de esta clase de cláusulas en nuestra historia constitucional ha obedecido, por lo general, a la necesidad de enfrentar determinadas circunstancias que, en su momento, habían puesto en jaque a la nación. Sobre ello, es importante recordar que las cláusulas pétreas de ambas constituciones tenían la finalidad de evitar episodios como los vividos en la época de la Confederación Peruano-Boliviana y en el Oncenio de Leguía.

El texto actual de 1993 no ha incorporado algún precepto similar, pero de ello no se puede desprender que no exista alguna preocupación especial en relación con determinados principios o bienes constitucionales. En ese sentido, el Tribunal ha señalado que “lo concerniente a la separación de poderes y al régimen político diseñado por la Constitución es un límite para su reforma por ser parte de una especie de núcleo duro, conformado por aquellos valores y principios básicos que dan identidad a nuestro texto constitucional”¹⁹. De esta afirmación se desprende que, si bien la Constitución de 1993 no ha incorporado expresamente niveles diferenciados de rigidez respecto de sus preceptos, de ello no puede concluirse que no existan elementos estructurales que resulta fundamental preservar.

En efecto, el Congreso de la República no podría argumentar -como, de hecho, lo ha señalado en el escrito de contestación a la demanda- que la Constitución cuenta con elementos y conceptos indeterminados, por lo que, en ejercicio de su facultad interpretadora, solo ha procedido a dotarlos de un contenido específico. Cuando el desarrollo de esta labor por parte del legislador ordinario tiene un importante impacto en las relaciones entre el Ejecutivo y Legislativo, la aprobación de esta clase de leyes solo genera un desequilibrio institucional y una clara intención de, bajo formas aparentemente legales, someter a otro de los poderes del Estado. La incorporación de esta clase de cláusulas demanda no solo de una reforma reflexiva, prolija y equilibrada, sino que además requiere el inicio de un diálogo entre ambos poderes del Estado para evitar que uno de estos intente, bajo la excusa de emplear atribuciones constitucionales, imponerse respecto del otro.

19 STC 0006-2018-PI, fundamento 49

Ciertamente, no pretendo discutir que, en el marco de una sociedad abierta de intérpretes de la Constitución, el Congreso tiene muchas cosas importantes que decir sobre el significado de las cláusulas constitucionales. Sin embargo, cuando en el desarrollo de esa labor inobserva las interpretaciones y conclusiones efectuadas por el Tribunal Constitucional, también vulnera la noción de supremacía constitucional. Es precisamente el Tribunal Constitucional el órgano que, como intérprete final de la constitución, es el encargado de concluir si es que los comportamientos y conductas de los poderes públicos se enmarcan dentro de lo constitucionalmente permitido. Y es que, como bien hace recordar Pedro de Vega, “de poco serviría la proclamación política del principio de supremacía y el reconocimiento jurídico del concepto de rigidez, sin el establecimiento de los mecanismos sancionadores adecuados capaces de impedir su transgresión”²⁰.

En este caso, el propio Congreso de la República -a través de la Comisión de Constitución y Reglamento- ha admitido que la vía óptima para regular los aspectos relativos a la cuestión de confianza sería la reforma constitucional. Sin embargo, en virtud de consideraciones subjetivas -y que, por lo demás, representan una notoria inobservancia de los parámetros desarrollados por el Tribunal Constitucional- estimó que era pertinente efectuar estas regulaciones en una ley interpretativa. En efecto, en el dictamen que terminó por aprobar la ley impugnada en este proceso sostuvo que:

[e]videntemente, desde un punto de vista de contenido, la vía de la reforma constitucional podría ser considerada la óptima; sin embargo, el quiebre del principio constitucional de equilibrio de poderes generado por el Tribunal Constitucional en menoscabo de las funciones del Congreso de la República justifica que, con el fin de restablecer el orden constitucional quebrado, se pueda evaluar una opción que, desde un punto de vista de oportunidad, permita corregir estos excesos con la urgencia que lo amerita [...] ²¹.

20 XXXXXXXXX

21 Dictamen de fecha 8 de septiembre de 2021, aprobado por la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, p. 71.

En este caso, pese a que el Tribunal ya precisó los alcances de la cuestión de confianza - así como la forma en que ella podía ser interpretada-, el Congreso de la República ha ignorado este entendimiento de la constitución que fue establecida por su intérprete final. No tengo dudas que, como en toda democracia, dicho poder del Estado puede discrepar de las conclusiones que formula el Tribunal Constitucional, pero ello desde ningún punto de vista lo faculta para que, a través del uso de mecanismos propios de un poder constituido, pueda deliberadamente inobservar sus pronunciamientos. Es precisamente el control de constitucionalidad el que, como modo de reacción inserto por los propios órganos de creación y aplicación del Derecho, consigue formalizar y hacer inmediatamente operativa la primacía de la Constitución sobre las leyes²².

De este modo, la Ley 31355 ha vulnerado la Constitución, ya que, de forma subrepticia, pretende modificarla -a través del uso de una supuesta “ley interpretativa”- acudiendo a un mecanismo distinto al de la reforma constitucional y caracterizado, como ya se precisó, por un notable déficit deliberativo.

iii) Las cláusulas impugnadas vulneran el principio de separación y equilibrio entre los poderes

La división de poderes se encuentra inexorablemente vinculada a la idea de la supremacía de la constitución. Se ha sostenido, sobre ello, que “[t]odo tipo de división de poderes presupone la prioridad de aquel Derecho que distribuye las diferentes materias o funciones del poder público. A su vez, la división de poderes, organizada en función de estos principios, garantiza la supremacía de la norma constitucional. Por lo tanto, el control del poder público mediante la separación de poderes o un sistema checks and balances que tenga por objeto asegurar la supremacía de la Constitución, es un objeto esencial de la Constitución”²³.

Ahora bien, para entender, en su verdadera dimensión, en qué medida la Ley 31355 –adoptada por el Congreso de la República– supone una serie afectación del balance y equilibrio de poderes, resulta

22 Cfr. Blanco Valdéz, Roberto (2006). El valor de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial, p. 133.

23 Starck, Christian (2011). Ibid. p. 78.

fundamental efectuar algunas consideraciones a propósito de la forma de gobierno que se desprende de la Constitución de 1993. El Tribunal Constitucional ya ha señalado, en la sentencia sobre la disolución del Congreso, que nuestra forma de gobierno es peculiar y autóctona, y que, en esa medida, no puede ser encajada en los clásicos modelos del presidencialismo estadounidense o de los parlamentarismos propios de la Europa continental. Ahora bien, a ello deseo agregar que, por lo general, en América Latina existe, por razones culturales e históricas, un considerable acercamiento a los modelos presidencialistas. Sin embargo, en varios de los países de la región ello ha ido de la mano con la inserción de mecanismos de control en manos del órgano legislativo.

Sobre ello, ha señalado Giuseppe de Vergottini que, en América Latina, las formas de gobierno son considerablemente complejas, y que, de hecho, una importante cantidad de textos constitucionales de la región se apartaron del modelo norteamericano al disponer de formas de colaboración entre los poderes propio del gobierno parlamentario y, en particular, mecanismos de responsabilidad política del mismo presidente ante la asamblea respectiva²⁴. Algunos autores hacen referencia a una suerte de “parlamentarismo presidencial”, en el que el jefe del Ejecutivo, “sería a la vez Jefe de Estado y jefe de Gobierno y sería elegido por sufragio universal. El Parlamento podría acusarle, pues sería responsable, pero a cambio el Jefe del Estado podría actuar sobre él mediante la cuestión de confianza y la disolución”²⁵.

En líneas generales, esta suerte de presidencialismo latinoamericano se ha visto recurrentemente expuesto a una considerable cantidad de tensiones y conflictos entre los poderes del Estado. Sobre ello, se ha señalado que “cuando al presidente le falta una mayoría propia (el así llamado gobierno dividido), el sistema se muestra proclive a una lucha por la preponderancia, una pugna de poderes entre Ejecutivo y Legislativo. Puede haber bloqueo mutuo y como salida al problema de

24 De Vergottini, Giuseppe (1985). *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Espasa-Calpe, S.A, p. 125

25 Burdeau, Georges (1981). *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Madrid: Editorial Nacional, p. 224.

la gobernabilidad producirse el desequilibrio en favor del órgano que reclama mayor legitimidad [...]”²⁶.

Precisamente una de las funciones de todo ordenamiento o régimen constitucional radica en la ordenación de las instituciones de gobierno, lo que supone la atribución de poder a uno o más órganos, cuyas estructuras y competencias se suelen establecer en las cláusulas de la Ley Fundamental. Esto implica reconocer una voluntad unitaria del poder, “diviendi y coordinando sus diversos elementos”²⁷. En el caso concreto de la posibilidad de introducir, a través de normas con rango de ley, restricciones a la facultad del Poder Ejecutivo de interponer una cuestión de confianza, el Tribunal ya ha señalado de forma enfática que si ella

es entendida como una facultad del Poder Ejecutivo, cuya finalidad esencial es servir de contrapeso a la potestad del Congreso de hacer políticamente responsable a los ministros (mediante la moción de censura), las restricciones a dicha facultad introducidas por la norma impugnada vulnerarían el principio de balance entre poderes, que es un rasgo de identidad de nuestra forma de gobierno, el cual no puede ser alterado ni aun vía reforma constitucional sin quebrantar la separación de poderes (artículo 43 de la Constitución)²⁸.

De este modo, introducir a través de una ley una serie de restricciones al uso de la cuestión de confianza -la cual se presenta, en nuestro modelo, como una herramienta de contrapeso que suele emplear el Poder Ejecutivo, supone una seria vulneración del principio de separación y equilibrio de poderes. Debo agregar que esto se ha producido en el marco de un irreflexivo y apresurado intento de reducir las atribuciones propias del Poder Ejecutivo, pero que no se han planteado con la misma intensidad respecto del Congreso de la República. Ello genera que el sistema establecido en la Constitución de 1993 se vea afectado por actos emanados de uno de los actores involucrados, el cual es, en este caso, el Poder Legislativo. Así, la implementación de restricciones no previstas

26 Nohlen, Dieter y Garrido, Antonio (2020). *Presidencialismo comparado: América Latina*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 35.

27 Sánchez Agesta, Luis (1968). *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Editorial Nacional, p. 32.

28 STC 00006-2018-PI, fundamento 74.

en la Constitución, así como la falta de introducción de mecanismos de contrapeso han supuesto una vulneración del principio de equilibrio de poderes.

iv) Las cláusulas impugnadas insertan un desbalance en nuestra forma de gobierno

El Tribunal Constitucional ha señalado que, en nuestro modelo, existen dos formas de articular la cuestión de confianza. Por un lado, se le emplea en el acto de investir al Presidente del Consejo de Ministros, lo que supone que es el Congreso de la República el que, finalmente, confirma o revoca la composición de dicho órgano; o, en todo caso, a través de una libre iniciativa ministerial, la cual suele surgir, por lo general, a propósito de un notorio escenario de tensión que, eventualmente, puede conducir a problemas de gobernabilidad.

De esto se desprende que, si bien en los modelos latinoamericanos el Presidente de la República suele ostentar un importante elenco de facultades, no por ello se le debe considerar en todos los escenarios como un poder incontrolable o que merme las atribuciones del órgano legislativo. Sobre ello se ha destacado que, paradójicamente, “de la centralidad presidencial no debe deducirse que los poderes del Congreso sean escasos, antes bien, el Parlamento de los Estados Unidos es, posiblemente, el Parlamento más influyente del mundo. El Congreso dispone de poderes importantes [...]”²⁹. La cita se refiere al modelo estadounidense, pero sus consideraciones bien podrían ser extrapoladas a la forma de gobierno reconocida en la Constitución de 1993. En efecto, en nuestro modelo constitucional el Poder Legislativo no solo es el autorizado de nombrar a funcionarios de un importante rango de la estructura estatal, sino que, además, se encuentra facultado a emplear diversos mecanismos de control que son propios de sistemas parlamentarios, como ocurre con la interpelación y la censura.

En ese contexto, la cuestión de confianza surge, en nuestro modelo, como una herramienta de exigencia de responsabilidad que ejerce el Congreso de la República frente al Consejo de Ministros. Se trata, como se mencionó a propósito del modelo presidencial latinoamericano, de

29 Martínez, Manuel y Uribe, Ainhoa (2018). *Teoría del Estado y de las formas políticas: Sistemas Políticos Comparados*. Madrid: Tecnos, p. 282.

una figura que, si bien tiene corte parlamentario, ha sido introducida en una forma de gobierno predominantemente presidencialista, y permite generar un importante nivel de equilibrio en el desarrollo de las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo. De hecho, en los modelos parlamentarios se suele considerar que el “voto de desconfianza” es el “mecanismo principal que el sistema parlamentario tiene para la materialización de la responsabilidad [...] es el voto de desconfianza, que, en caso de prosperar [...], tiene como consecuencia ya sea la dimisión del gobierno [...], o la disolución del Parlamento, y la consiguiente convocatoria a nuevas elecciones [...]”³⁰.

La institución de la cuestión de confianza es reconocida, expresamente, en la Constitución de 1920. Al respecto, el artículo 133 disponía que “[n]o pueden continuar en el desempeño de sus carteras los Ministros contra los cuales algunas de las Cámaras haya emitido un voto de falta de confianza”. Sobre este episodio ha hecho recordar Manuel Villarán que:

[a]l reunirse la Asamblea Nacional de 1919, la práctica de la censura por una Cámara con efectos decisivos, había tomado la consistencia de costumbre más poderosa que la ley. La Comisión de esa Asamblea que preparó el proyecto de la Constitución de 1920, propuso sin explicaciones el siguiente artículo: “No pueden continuar en el desempeño de sus carteras los Ministros contra los cuales una de las Cámaras haya emitido un voto de falta de confianza”. En esos términos fue aprobada sin debate por 72 votos contra 2 [...]. Así quedó elevado el voto político contra los Ministros, por primera vez de modo durable, a la categoría de un precepto de la Constitución. Su antiguo carácter de sanción motivada por faltas del Ministro en el ejercicio de su cargo, fue alterado, adquiriendo la naturaleza de un acto subjetivo de desconfianza³¹.

En el caso del texto constitucional de 1933, el artículo 174 reconocía que “[l]a no aprobación de una iniciativa ministerial no obliga al

30 Gamas, José (1976). Regímenes parlamentarios de gobierno. Gran Bretaña, Canadá, Australia y Nueva Zelanda. México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 87

31 Villarán, Manuel Vicente (1994). Posición constitucional de los ministros en el Perú. Lima: Cultural Cuzco S.A, pp. 163 y 164.

Ministro a dimitir, salvo que hubiese hecho de la aprobación una cuestión de confianza”. Otro precepto relevante de este texto constitucional lo es, sin duda alguna, el contenido en el artículo 167, según el cual “[e]l Presidente del Consejo al asumir sus funciones concurrirá a la Cámara de Diputados y al Senado, separadamente, en compañía de los demás Ministros, y expondrá la política general del Poder Ejecutivo”. Sobre ello, Landa Arroyo hace recordar que

[e]l objeto de la presentación del programa no era solamente dar a conocer al Congreso la política general del gobierno, sino que a juicio del constituyente Clemente Revilla era: “conferirle (al Congreso) la grave atribución de aprobarla o desaprobala al ser informado de ella, y en este último caso, impedir que el Gabinete entrase en funciones obligándolo a dimitir”. Sin embargo, dicha exposición debía llevarse a cabo no solo ante la Cámara de Diputados, sino también ante el Senado Funcional, que nunca se llegó a instalar; motivo por el cual, jamás se hizo exigible que se sometería al voto la exposición del Presidente del Consejo, incluso ante la Cámara de Diputados³².

La Constitución de 1979 contenía un precepto similar al de la carta anterior, ya que el artículo 226 establecía que “[l]a desaprobación de una iniciativa ministerial no obliga al Ministro a dimitir, salvo que haya hecho de la aprobación una cuestión de confianza”. En el caso de la Constitución vigente, el Tribunal ha señalado que

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

76. Entonces, la norma impugnada, al establecer que “no procede la interposición de una cuestión de confianza cuando esté destinada a promover, interrumpir o impedir la aprobación de una norma o un procedimiento legislativo o de control

32 Landa, César (2020). La cuestión de confianza y la disolución del Congreso peruano. En: Anuario Parlamento y Constitución. Cortes de Castilla - La Mancha, Número 21, p. 50.

político”, resulta inconstitucional por contrariar el principio de balance entre poderes, pues restringe indebidamente la facultad de los ministros de poder plantear al Congreso de la República cuestiones de confianza en los asuntos que la gestión del Ejecutivo demande, desnaturalizando así la finalidad constitucional de referida institución y alterando la separación de poderes³³.

De este modo, el Tribunal declaró que la introducción de reformas en el Reglamento del Congreso orientadas a limitar la cuestión de confianza resultaba contraria al principio de equilibrio de poderes. Esto obedece a que instituciones como la cuestión de confianza permiten al Poder Ejecutivo de reaccionar frente a la presencia de alguna tensión que haya podido ser planteada o iniciada por el Congreso de la República. Este órgano, a su vez, puede exigir responsabilidad al Ejecutivo mediante el uso de la interpelación y de la censura. Se trata, en buena cuenta, de un diseño planteado por el constituyente en virtud del cual tanto el Ejecutivo y el Legislativo pueden ejercer un control de forma recíproca, y esto supone, evidentemente, que cualquier alteración de estas herramientas tenga que tener un impacto indefectible en nuestra forma de gobierno.

En este caso, la Ley 31355 inserta una serie de modificaciones a la cuestión de confianza y, sin embargo, no ha planteado o introducido alguna clase de reforma de los mecanismos que emplea el Poder Legislativo para ejercer presión y solicitar responsabilidades a nivel ministerial. De hecho, en los últimos años también se ha advertido un uso reiterado de la figura de la vacancia por incapacidad moral. En mi voto formulado de forma conjunta con el magistrado Carlos Ramos Núñez en el expediente 00002-2020-CC, precisamos que no se podía interpretar la Constitución peruana en el sentido que se tratara de una herramienta que, por el peso de los votos, pudiera generar que el Congreso se imponga frente al Ejecutivo cuando este último no tuviera una importante representación en el órgano legislativo. De manera específica, sostuvimos que:

no cualquier cuestionamiento efectuado en contra del Presidente de la República puede ser catalogado, por la simple imposición de los votos, como una razón válida desde la Constitución

33 STC 00006-2018-PI, fundamento 75 y 76

para poder solicitar su vacancia. Esta apreciación no solo se deduce de las constantes preocupaciones que los propios constituyentes, en diversos momentos históricos, demostraron por un eventual uso arbitrario de esta figura, sino que además encuentra una especial lógica en el régimen político que es posible desprender de la Ley Fundamental³⁴.

De este modo, y pese a ser de conocimiento por parte del Poder Legislativo que también se han presentado escenarios de un uso desmedido de sus atribuciones reconocidas en la Constitución de 1993, este órgano no ha aprobado ninguna reforma que permita generar un nivel de equilibrio con el Poder Ejecutivo, lo cual ha generado que, incluso a la fecha en que se expide esta sentencia, exista un notorio escenario de tensión y conflicto entre ambos poderes del Estado. Al respecto, el Tribunal ya ha precisado que “cuestiones técnicas como la cuestión de confianza, la crisis total gabinete o la facultad presidencial de disolución del Congreso de la República no se caracterizan únicamente por su complejidad, sino además por su marcada incidencia en la naturaleza de nuestro régimen político al tener un importante impacto en el esquema de los mecanismos para el control del poder”³⁵.

Por lo expuesto, la Ley 31355 ha generado una alteración de la forma de gobierno que no se deriva ni de la Constitución ni de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

v) Las cláusulas impugnadas inobservaron la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional

He sostenido en este voto que la expedición de la Ley 31355 ha supuesto, entre otras cosas, una manifiesta vulneración de la noción de rigidez constitucional. En este apartado también deseo enfatizar que la normatividad impugnada ha inobservado los parámetros que, en su rol de intérprete final de la Constitución, ha desarrollado el Tribunal Constitucional.

34 Voto de la magistrada Ledesma Narváez y del magistrado Ramos Núñez en el expediente 00002-2020-CC, fundamento 55.

35 STC 00006-2018-PI, fundamento 24

La labor de interpretar una norma de características tan especiales como lo es, sin duda, la Constitución, se encuentra estrechamente conexas con la noción misma del control de constitucionalidad. De este modo, ciertamente el Congreso de la República puede aprobar leyes que, de cierto modo, puedan desarrollar sus preceptos (los cuales, por lo general, son ambiguos e indeterminados), pero de ello no se puede concluir que sus interpretaciones puedan inobservar los criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional, órgano que, en nuestro modelo, es el intérprete final de la Constitución de 1993. Como bien hace recordar Pedro Cruz Villalón, la interpretación constitucional suele desarrollarse por múltiples agentes, pero es precisamente el Tribunal Constitucional el que brinda una interpretación que es de carácter supremo³⁶, y esto obedece a que es función de este órgano el de constituirse como entidad de cierre de la justicia constitucional en el orden interno.

En efecto, el margen de interpretación del Congreso de la República respecto de los preceptos constitucionales se agota en los escenarios en los que el Tribunal Constitucional hubiese establecido un sentido final de lo dispuesto en nuestra Ley Fundamental. Ello, desde ningún punto de vista, supone desconocer el rol primario que ostenta el Poder Legislativo cuando expida leyes, solo supone que ese marco de actuación tiene como límite lo expresamente ordenado o proscrito en nuestra jurisprudencia. Sobre ello, Joseph Raz ha señalado que “es generalmente aceptado que las interpretaciones están sujetas a una evaluación objetiva, es decir, que algunas son defendibles y otras no lo son”³⁷. En efecto, las interpretaciones ajenas a lo desarrollado por este Tribunal no pueden ser consideradas como válidas, ya que ellas son de obligatoria observancia para todos los poderes públicos, tal y como se ha establecido en el Código Procesal Constitucional del 2004 y en el Nuevo Código Procesal Constitucional.

En relación con este punto, es necesario señalar que los Tribunales Constitucionales tienen un importante papel en el asentamiento de nuevos regímenes constitucionales, o en la consolidación de democracias en una situación de precariedad, como ocurre en la actualidad en

36 Cfr. Cruz Villalón, Pedro (1987). *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 29.

37 Raz, Joseph (2013). *Entre la autoridad y la interpretación*. Madrid: Marcial Pons, p. 358.

el escenario peruano. En efecto, defender la supremacía de la Constitución, así como los efectos de los fallos de su intérprete final, resulta vital para evitar que nuestra Ley Fundamental se vea expuesta al inevitable riesgo de interpretaciones interesadas o a situaciones de grosero incumplimiento de sus preceptos³⁸.

La observancia de los preceptos constitucionales y de las interpretaciones que, sobre ellos, ha efectuado el Tribunal Constitucional permite un importante nivel de cohesión y estabilidad en el marco de sociedades caracterizadas por su heterogeneidad. A ello puedo agregar que, en los casos en los que la política se desarrolla en un escenario de constante conflicto y tensión entre los poderes públicos -los cuales no han hecho mucho por poner fin a esta incertidumbre, los fallos que expide este supremo intérprete de la Constitución suponen el inicio de lo que debería ser un diálogo inter-institucional. En efecto, no considero que los fallos del Tribunal Constitucional sean necesariamente el fin de una discusión sobre la forma en que deben articularse las relaciones entre los poderes públicos. Antes bien, pueden ser el inicio de la inserción de reformas que, considerando nuestros problemas y necesidades, puedan culminar con las constantes pugnas en el poder.

De este modo, se advierte una seria erosión a la democracia cuando el Congreso de la República no solo discrepa de las interpretaciones efectuadas por el Tribunal Constitucional, sino que las inobserva de forma abierta y deliberada. Esta intención se menciona expresamente en el dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de fecha 8 de septiembre de 2021, en el que menciona que, uno de los “beneficios” de la aprobación de los proyectos de ley que pretendían regular la cuestión de confianza, era que esto le permitiría al Tribunal Constitucional “enmendar su errada interpretación respecto de la posibilidad de que existan diversas formas y órganos que puedan ser quienes decidan si el Congreso aprobó o no una cuestión de confianza”³⁹. De hecho, este mismo dictamen también menciona que uno de los propósitos

38 Cfr. Ahumada, Marian (2005). *La Jurisdicción Constitucional en Europa*. Navarra: Editorial Aranzadi, p. 51.

39 Dictamen de fecha 8 de septiembre de 2021, aprobado por la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, p. 79.

de esta propuesta radica en evitar “decisiones interpretativas del Tribunal Constitucional”⁴⁰.

Como he enfatizado en este voto, aunque el Congreso de la República pueda discrepar de las decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional, esto desde ningún punto de vista autoriza que este órgano del Estado pueda adoptar leyes con el propósito de hacer prevalecer su propio entendimiento de la Ley Fundamental. No tengo ninguna duda que los fallos de las autoridades jurisdiccionales pueden ser criticados y sometidos a deliberación –como ocurre en cualquier sociedad democrática–, pero ignorar la condición que ostenta el Tribunal de órgano de cierre de la justicia constitucional podría generar escenarios futuros en los que no se respete el contenido de sus decisiones, con todas las lamentables consecuencias que ello genera en una sociedad democrática. No en vano ha mencionado el *justice* Robert Jackson en *Brown v. Allen*, refiriéndose a la condición de los fallos de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, que “no somos la última instancia porque seamos infalibles, sino que somos infalibles sólo porque somos la última instancia”.

Una afirmación similar puedo formular en relación con los fallos del Tribunal Constitucional peruano.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

40 Ibidem, p. 78.



Pleno. Sentencia 201/2022

Exp. 00002-2021-PI/TC

Caso del cuestionamiento de los procesos de decisión en el ámbito de la administración pública

RAZÓN DE RELATORÍA

Se deja constancia de que en la sesión de Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 21 de abril de 2022, los magistrados Miranda Canales (ponente), Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera se pronunciaron sobre la demanda de inconstitucionalidad que dio origen al Expediente 00002-2021-PI/TC, votando por declarar infundada la demanda. Asimismo, los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera emitieron fundamentos de voto.

Posteriormente, en la sesión de Pleno de fecha 28 de abril de 2022, los magistrados Sardón de Taboada y Blume Fortini comunicaron que votan a favor de declarar fundada la demanda.

En fecha posterior, el magistrado Ferrero Costa comunicó su voto a favor de declarar fundada la demanda.

Estando a la votación descrita, y al no haberse alcanzado cinco votos conformes para declarar la inconstitucionalidad de las leyes impugnadas, la demanda deviene en **INFUNDADA**, conforme a lo previsto en el artículo 107 del nuevo Código Procesal Constitucional y en el artículo 5, segundo párrafo, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Lima, 15 de junio de 2022

Flavio Reátegui Apaza

Secretario Relator

VOTO DE LOS MAGISTRADOS MIRANDA CANALES, LEDESMA NARVÁEZ Y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

TABLA DE CONTENIDOS

NORMA IMPUGNADA	PARÁMETRO DE CONTROL
• Decreto Legislativo 1272, artículo 2 • Decreto Legislativo 1341, artículo 1 • Decreto Legislativo 1444, artículo 18 • Decreto Legislativo 1311, quinta disposición complementaria final • Decreto de Urgencia 007-2019, artículo 7, numerales 4 y 6.	• Artículos 2.2, 76, 82 y 139 de la Constitución; • Principio de legalidad y tipicidad de las infracciones administrativas; y, • Principio de culpabilidad, antijuridicidad y personalidad en las infracciones administrativas.

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio Constitucional

B. Debate Constitucional

B-1. Demanda

B-2. Contestación de Demanda

II. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación de la controversia constitucional

§2. Principios que fundamentan la potestad sancionadora de la Administración Pública y el análisis de constitucionalidad del artículo 248, inciso 4 de la LPAG

§3. Sobre el impedimento a ciertas personas jurídicas para participar en procesos de selección y contratación con el Estado y el análisis de constitucionalidad de los literales n) y s) del inciso 1 del artículo 11 de la LCE

§4. El régimen de responsabilidad administrativa objetiva y el análisis de constitucionalidad de los numerales 1 y 3 del artículo 50 de la LCE y del artículo 248, inciso 10 de la LPAG

§5. Sobre la exigencia de garantías como requisito previo para la interposición de recursos y el análisis de constitucionalidad del numeral 5 del artículo 41 de la LCE

- §6. La aplicación supletoria de la LPAG a procedimientos especiales seguidos ante la Sunat, Tribunal Fiscal y otras administraciones tributarias y el análisis de constitucionalidad de la Quinta Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo 1311
- §7. El abastecimiento de recursos estratégicos en salud y el análisis de constitucionalidad de la Decimoctava Disposición Complementaria Final del TUO de la LCE y del Artículo 7, numerales 4 y 6 del Decreto de Urgencia 007-2019

III. FALLO

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 25 de enero de 2021, don Luis Antonio Legua Aguirre, decano del Colegio de Abogados de Ica, interpone demanda de inconstitucionalidad contra los Decretos Legislativos 1341, 1444, 1272 y 1311, y contra el Decreto de Urgencia 007-2019.

Por su parte, con fecha 5 de julio de 2021, el procurador público especializado en materia constitucional del Poder Ejecutivo contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente en cuanto se impugna el artículo 18 del Decreto Legislativo 1444 (sic), el artículo 1 del Decreto Legislativo 1341 y el artículo 7, numerales 4 y 6, del Decreto de Urgencia 007-2019, e infundada la demanda en los demás extremos.

B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Las partes presentan una serie de argumentos sobre la constitucionalidad de la norma impugnada que, a manera de resumen, se presentan a continuación:

B-1. DEMANDA

En el escrito de la demanda, el Colegio de Abogados de Ica invoca los siguientes vicios de inconstitucionalidad en que incurrirían las disposiciones legales, que se indican a continuación:

- La invalidez en parte del inciso 4 del artículo 248 del TUO de la Ley 27444 del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), por cuanto contraviene los principios de legalidad y tipicidad, en cuanto permite que las normas reglamentarias determinen los tipos de infracción administrativa que pueden ser sancionados.
- Enuncia como pretensión conexa a esta, que se declare la inconstitucionalidad total del segundo párrafo del artículo 10 de la Ley de SuSalud, de los párrafos finales del artículo 14 de la Ley de Sanipes, y del primer párrafo del artículo 38 de la Ley de Datos

Personales, debido a que presentan los mismos vicios que la norma impugnada *supra*, y expresamente se inspiran en esta.

- Invoca la inconstitucionalidad de los literales n) y s) del inciso 1, del artículo 11 de la Ley 30225 de Contrataciones del Estado (en adelante, LCE), porque dichas disposiciones contravienen el principio de personalidad de las sanciones, dado que trasladan una sanción de inhabilitación a una persona jurídica inocente por actos de sus representantes, accionistas o participantes.
 - a) Agrega como pretensión conexa que se declare la inconstitucionalidad total del artículo 4-A.1, literales b), c), d) y h), de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, toda vez que incurre en los mismos vicios de invalidez aludidos *supra*.
- Alega la inconstitucionalidad parcial de los numerales 1 y 3 del artículo 50 de la LCE, así como del inciso 10 del artículo 248 del TUO de la LPAG, toda vez que contravienen los principios de anti-juridicidad y de culpabilidad de las infracciones administrativas, ya que instauran un régimen de responsabilidad objetiva que admite la aplicación de sanciones por la sola realización del hecho típico, sin importar que la conducta esté justificada en el Derecho o no sea dolosa o culposa.
- Asimismo, cuestiona la validez del artículo 41, numeral 5 de la LCE. Advierte que dicha norma contraviene las garantías del debido proceso administrativo, al exigir una garantía del 3% del valor estimado o referencial del proceso de selección o del asunto que se cuestiona para poder ejercer el derecho de impugnación y defensa. Afirma que dicha regla, además de generar un desincentivo en el ejercicio de tales derechos, genera un ilegítimo régimen de responsabilidad objetiva, pues si se desestima la apelación, se ejecutará siempre la carta fianza, al presumirse que hubo mala fe en el ejercicio de aquella defensa administrativa.
- El Colegio de Abogados de Ica solicita que se declare la inconstitucionalidad de la Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1311, decreto que modifica el Código Tributario, porque pretende instaurar un procedimiento administrativo y un proceso sancionador especial, sin que se sujete a las garantías mínimas del debido proceso que recoge la LPAG, ni a la interpretación

que de estas ha realizado el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia.

- Asevera que la Decimoctava Disposición Complementaria Final del TUO de la LCE resulta inconstitucional, por cuanto vulnera los principios de igualdad y de “licitación pública” (sic), ya que autoriza al Estado a contratar con empresas extranjeras no domiciliadas sin procesos de licitación.
- Por último, invoca la inconstitucionalidad del artículo 7, numerales 4 y 6 del Decreto de Urgencia 007-2019, mediante el cual se autoriza al Ministerio de Salud (Minsa) y al Seguro Social de Salud (EsSalud) a celebrar acuerdos con organismos internacionales, a los que transferirán sus fondos para que realicen las adquisiciones directas de medicinas y equipos médicos, sin licitación pública que habilite a las demás empresas la posibilidad de contratar con el Estado. En tal sentido, considera que dicha medida resulta lesiva de los principios constitucionales de igualdad y de libre competencia de la industria nacional.

B-2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

El 5 de julio de 2021, el procurador público especializado en materia constitucional del Poder Ejecutivo presenta su contestación de demanda expresando los siguientes argumentos:

- Anota, de manera previa, que en la demanda de inconstitucionalidad se distorsiona el mandato del Colegio de Abogados de Ica, pues se impugnan normas que, conforme al Acta de la junta directiva, dicho colegio profesional no ha decidido cuestionar. Además, ha indicado como norma impugnada una que no existe.
- Asimismo, aduce que solo ejercerá la defensa de las normas que han sido señaladas como objeto de control constitucional en el auto admisorio de la demanda emitido por el Tribunal Constitucional y que, por consiguiente, son las únicas normas sobre las que el Colegio debe emitir pronunciamiento. En tal sentido, solicita que se declaren improcedentes los extremos que no han sido admitidos como objeto del presente proceso.
- La procuraduría solicita que se declare improcedente la demanda en cuanto se cuestiona el artículo 1 del Decreto Legislativo 1341, el

artículo 18 del Decreto Legislativo 1444 y los numerales 4 y 6 del artículo 7 del Decreto de Urgencia 007-2019. Asimismo, solicita que se declare infundada la demanda en el extremo que se impugna el artículo 248.4 del TUO de la LPAG.

- Advierte que se impugna el artículo 1 del Decreto Legislativo 1341 en los extremos que modifica el artículo 11.1, literales n) y s); el artículo 50.1 y 50.3; y el artículo 41.5 de la LCE. Sin embargo, de acuerdo con lo establecido en el auto admisorio de la demanda, el texto vigente de dichas disposiciones legales contenidas en la LCE ha sido establecido por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1444, el cual no es objeto de cuestionamiento en el presente proceso, por lo que solicita que se declare improcedente este extremo de la demanda, pues no corresponde emitir pronunciamiento sobre el texto no vigente de los artículos de la LCE antes citados.
- En cuanto al artículo 18 del Decreto Legislativo 1444, menciona que dicho decreto solo tiene cinco artículos, diez Disposiciones Complementarias Finales y una única Disposición Complementaria Transitoria, por lo que debe declararse improcedente este extremo de la demanda, dado que el referido artículo 18 no existe.
- Solicita que se declare infundada la demanda en el extremo que se impugna el artículo 248.4 del TUO de la LPAG, toda vez que no vulnera el principio de legalidad ni el de tipicidad; al contrario, asegura que permite a la administración pública la adecuada protección de los derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionales cuya protección le han encargado la Constitución y la ley. Refiere que la jurisprudencia constitucional ha establecido que resulta válido que a través de una norma de rango legal se delegue la competencia normativa en materia sancionadora a la administración pública, y que esta pueda ejercerla mediante la emisión de normas infralegales.
- Asimismo, solicita desestimar la demanda en el extremo que se impugna el artículo 248.10 del TUO de la LPAG, modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1272, ya que dicha disposición debe interpretarse tomando en consideración los principios de la potestad sancionadora administrativa. En tal sentido, precisa que un régimen de responsabilidad administrativa objetiva no implica la vulneración de las garantías del administrado en un procedimiento

administrativo sancionador, ni un ejercicio irrazonable o inconstitucional del poder sancionador de la Administración.

- Además, afirma que la parte *in fine* del artículo 248.10 del TUO de la LPAG no vulnera el principio de culpabilidad por el hecho de que para la imposición de sanciones en un régimen de responsabilidad administrativa objetiva no se requiera determinar el dolo o culpa. Tampoco vulnera el principio de antijuridicidad por lo que no indica que estos sean inaplicables en los regímenes de responsabilidad administrativa, subjetiva u objetiva. Por último, aduce que la norma impugnada no hace ninguna mención a las personas jurídicas o cómo estas –en específico– serían sancionadas por la administración pública, por lo que no vulnera la personalidad de las sanciones.
- Por otro lado, solicita declarar infundada la demanda en el extremo que se impugna el artículo 11.1, literales n) y s) de la LCE, modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1341. Al respecto, sostiene que el Tribunal Constitucional ha reiterado a través de su jurisprudencia que las contrataciones públicas deben garantizar no solo la eficiencia del gasto público, sino también el cumplimiento de las finalidades trazadas por los poderes públicos que ejecutan dicho gasto, así como evitar que este se vea afectado por actos de corrupción o malversación.
- El procurador de la parte demandada alega que tampoco se vulneran los principios de personalidad de las sanciones y la presunción de inocencia, debido a que las normas impugnadas no regulan un procedimiento administrativo sancionador, ni reglas o criterios para la imposición de una sanción, sino que solo prevén un impedimento para participar en un procedimiento de contratación pública.
- Sostiene que se debe declarar infundada la demanda en el extremo que se impugna el artículo 41, numeral 5 de la LCE, ya que no prevé una sanción, por lo que no corresponde examinarla bajo criterios que son propios del derecho administrativo sancionador, además de que no establece los supuestos en que se ejecuta la garantía requerida al administrado. Agrega también que la norma impugnada no vulnera el derecho a la defensa, sino que compatibiliza su ejercicio con otros derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionales.

- Plantea, asimismo, que debe declararse infundada la demanda en el extremo que impugna el artículo 50, numerales 1 y 3 de la LCE, porque asegura que establecer un régimen de responsabilidad administrativa objetiva no es inconstitucional; por el contrario, permite compatibilizar las garantías del administrado en el procedimiento administrativo sancionador, así como el cumplimiento de la finalidad de la administración pública.
- Finalmente, la procuraduría emplazada refiere que debe desestimarse la demanda en el extremo que se impugna el artículo 7, numerales 4 y 6 del Decreto de Urgencia 007-2019. Al respecto, enfatiza que el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas para que las personas puedan mantener y conservar un buen estado de salud, lo que implica prevenir o reducir las circunstancias que generen riesgos o disminuyan la salud de las personas. En tal sentido, considera válido establecer un procedimiento de adquisición de medicamentos con reglas particulares, en especial si este contribuye a remediar las dificultades del acceso a medicamentos y, de esta forma, garantizar la vigencia de los derechos a la vida, a la integridad y a la salud de las personas.

II. FUNDAMENTOS

§1. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL

1. Corresponde al Tribunal Constitucional analizar los presuntos vicios de inconstitucionalidad alegados por el Colegio de Abogados de Ica.
2. Tal como ha quedado expuesto *supra*, se cuestiona parcialmente los incisos 4 y 10 del artículo 248 del TUO de la LPAG:

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

[...]

4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en

normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras.

[...]

10. Culpabilidad.- La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva. (subrayado nuestro).

3. Al respecto, en el escrito de la demanda se precisa que estas disposiciones legales se encuentran recogidas en el artículo 230 de la LPAG, el mismo que fuera modificado en su oportunidad por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1272. En el presente caso, el Tribunal Constitucional realizará el control constitucional sobre el texto vigente del citado artículo 248, incisos 4 (primer párrafo, parte *in fine*) y 10 (parte *in fine*), establecido por el Decreto Supremo 004-2019-JUS, que aprueba el TUO de la LPAG.
4. El colegio demandante también invoca la inconstitucionalidad de los literales n) y s) del inciso 1, el artículo 11 de la LCE:
 - 11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o

subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, las siguientes personas:

[...]

- n) En todo proceso de contratación, las personas jurídicas cuyos representantes legales o personas vinculadas que (i) hubiesen sido condenadas, en el país o el extranjero, mediante sentencia consentida o ejecutoriada por delitos de concusión, peculado, corrupción de funcionarios, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, delitos cometidos en remates o procedimientos de selección, o delitos equivalentes en caso estos hayan sido cometidos en otros países; o, (ii) directamente o a través de sus representantes, hubiesen admitido y/o reconocido la comisión de cualquiera de los delitos antes descritos ante alguna autoridad nacional o extranjera competente. Tratándose de consorcios, el impedimento se extiende a los representantes legales o personas vinculadas a cualquiera de los integrantes del consorcio.

[...]

- s) En todo proceso de contratación y siempre que cuenten con el mismo objeto social, las personas jurídicas cuyos integrantes formen o hayan formado parte en la fecha en que se cometió la infracción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procedimientos de selección y para contratar con el Estado. El impedimento también es aplicable a la persona jurídica cuyos integrantes se encuentren sancionados administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procedimientos de selección y para contratar con el Estado. Para estos efectos, por integrantes se entiende a los representantes legales, integrantes de los órganos de administración, socios, accionistas, participacionistas o titulares. Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, el impedimento es aplicable siempre que su participación individual o conjunta sea superior al treinta por ciento (30%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente.

5. Corresponde advertir que el artículo 1 del Decreto Legislativo 1341 modificó en su oportunidad al literal n) del inciso 1 del artículo 11 de la LCE citado. Esta disposición, a su vez, fue modificada por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1444, que, además, incorporó el literal s) al inciso 1 del artículo 11 de la LCE, también cuestionado por el colegio recurrente. En el presente caso, el Tribunal Constitucional centrará su análisis sobre el texto vigente de dichas disposiciones legales. establecido por el citado Decreto Legislativo 1444, tal como se ha precisado.
6. También se alega la inconstitucionalidad parcial de los numerales 1 y 3 del artículo 50 de la LCE:

Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas

50.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, cuando corresponda, incluso en los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, cuando incurran en las siguientes infracciones:

[...]

La responsabilidad derivada de las infracciones previstas en este artículo es objetiva, salvo en aquellos tipos infractores que admitan la posibilidad de justificar la conducta.

[...]

50.3 La responsabilidad derivada de las infracciones previstas en este artículo es objetiva, salvo en aquellos tipos infractores previsto en los literales a), b), h), y n) del numeral 50.1 del presente artículo.

7. Asimismo, el colegio recurrente cuestiona la validez constitucional del artículo 41, numeral 5 de la LCE:

Artículo 41. Recursos administrativos

41.5 La garantía por interposición del recurso de apelación debe otorgarse a favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o de la Entidad a cargo de su resolución,

cuando corresponda. El monto de la garantía es de hasta el tres por ciento (3%) del valor estimado o valor referencial del procedimiento de selección o del ítem que se decida impugnar.

8. Tanto el artículo 41.5 de la LCE precedentemente expuesto, así como el artículo 50, numerales 1 y 3 de la LCE, fueron modificados por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1444, por lo que el Tribunal realizará el control de constitucionalidad sobre el texto vigente, conforme surge de los autos de admisión a trámite.
9. El Colegio de Abogados de Ica solicita también que se declare la inconstitucionalidad de la Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1311:

Los procedimientos especiales seguidos ante la SUNAT, el Tribunal Fiscal y otras Administraciones Tributarias, se rigen supletoriamente por la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, modificada por el Decreto Legislativo N.º 1272; no siéndoles aplicable lo previsto en los numerales 1 y 2 del artículo II del Título Preliminar de dicha Ley.

La SUNAT, el Tribunal Fiscal y otras Administraciones Tributarias se sujetarán a los principios de la potestad sancionadora previstos en los artículos 168 y 171 del Código Tributario, no siéndole de aplicación lo dispuesto en el artículo 230 de la Ley N.º 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, según modificatoria por el Decreto Legislativo N.º 1272.

10. Alega también la invalidez de la Decimooctava Disposición Complementaria Final del TUO de la LCE:

Décimo Octava. Excepcionalmente, la adquisición de bienes que realice el ente rector del Sistema Nacional de Salud para la satisfacción de las necesidades de los usuarios del sistema puede efectuarse con proveedores no domiciliados, siempre que se sustente que dicha contratación resulta más ventajosa, no aplicándose las disposiciones de la presente Ley. Las contrataciones deben realizarse conforme a los compromisos internacionales vigentes suscritos por el Estado Peruano y se sujetan a supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. El ente rector del Sistema Nacional de Salud está

obligado a emplear el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) para el registro de las contrataciones que realice. La presente disposición es aplicable al Seguro Social de Salud (ESSALUD), para la adquisición de productos farmacéuticos o dispositivos médicos.

11. Por último, el colegio demandante cuestiona la constitucionalidad del artículo 7, numerales 4y 6 del Decreto de Urgencia 007-2019:

Artículo 7. El abastecimiento de los recursos estratégicos en salud

[...]

7.4 El Ministerio de Salud, a través del órgano correspondiente, está autorizado a efectuar adquisiciones a través de la Organización Panamericana de la Salud (OPS/OMS), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y el Fondo de Poblaciones de las Naciones Unidas (UNFPA), de los recursos estratégicos en salud.

[...]

7.6 Las transferencias financieras a los organismos internacionales para la adquisición de los recursos estratégicos en salud se autorizan mediante resolución del titular del Ministerio de Salud, que incluye el listado de productos farmacéuticos y se afecta a su presupuesto institucional con cargo a la naturaleza de la específica del gasto que corresponda.

12. Como puede advertirse de lo expuesto, las distintas disposiciones legales impugnadas están referidas:(i) a principios que fundamentan la potestad sancionadora de la Administración Pública; (ii) al impedimento que tienen algunas personas jurídicas para participar en procesos de selección y contratación con el Estado; (iii) a la aplicación supletoria de la LPAG a procedimientos especiales seguidos ante la Sunat, el Tribunal Fiscal y otras administraciones tributarias; y, (iv) al abastecimiento de recursos estratégicos en salud.
13. Si bien las disposiciones legales cuestionadas aluden a materias disímiles, el Tribunal Constitucional advierte dos ejes articuladores entre ellas, que no son otros que aquellos referidos a la actuación

sancionadora de la administración pública y al proceso de contratación y licitación pública, así como a los principios que orientan estas últimas actividades.

14. En tal sentido, este Tribunal Constitucional analizará la presunta inconstitucionalidad por el fondo de las disposiciones legales cuestionadas, principalmente a la luz delo establecido por la Constitución respecto de tales procesos de decisión en el ámbito de la administración pública.

§2. PRINCIPIOS QUE FUNDAMENTAN LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 248, INCISO 4 DE LA LPAG

15. El Colegio de Abogados de Ica alega la inconstitucionalidad de la parte *in fine* del primer párrafo del inciso 4 del citado artículo 248, por cuanto vulneraría el principio de legalidad, toda vez que las conductas constitutivas de infracción solo pueden establecerse mediante normas con rango legal, y en ningún caso a través de normas infralegales.
16. El Tribunal Constitucional observa que la norma contenida en el inciso 4 del artículo 248 del TUO de la LPAG establece que, en el caso del derecho administrativo sancionador, los reglamentos pueden especificar o graduar las infracciones debidamente tipificadas en la ley; y, asimismo, precisa que, en casos de remisión legal expresa, es posible tipificar infracciones a través de normas reglamentarias.
17. Al respecto, resulta oportuno recordar que los principios de culpabilidad, legalidad y tipicidad, entre otros, constituyen pautas básicas del derecho sancionador, que no solo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también cuando se imponen sanciones en el ámbito administrativo.
18. El principio de legalidad en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si esta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si esta no está especificada por la ley. Como ya lo ha establecido el Tribunal Constitucional en el caso de la Legislación Antiterrorista (Sentencia 0010-2002-AI/TC), el principio de legalidad

impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lexscripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

19. Ahora bien, no es posible identificar al principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el literal d) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta.
20. En el ámbito administrativo, tal precisión de lo considerado como antijurídico no está sujeta a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos. La ausencia de una reserva de ley absoluta en esta materia, como indica Alejandro Nieto (*Derecho administrativo sancionador*, Editorial Tecnos, Madrid 1994, pág. 260), “provoca, no la sustitución de la ley por el reglamento, sino la colaboración del reglamento en las tareas reguladoras, donde actúa con subordinación a la ley y como mero complemento de ella” (cfr. Sentencia 02050-2002-AA/TC, fundamento 9).
21. Y así lo ha entendido el legislador cuando ha regulado el artículo 248.4 del TUO de la LPAG, cuestionado en el caso de autos.
22. Para el Tribunal Constitucional esta disposición legal no admite una interpretación que permita la desnaturalización de los principios de legalidad y tipicidad. Resulta admisible que, en ocasiones, los reglamentos especifiquen o gradúen infracciones previstas de manera expresa en la ley. Sin embargo, nada justifica que establezcan conductas prohibidas sin adecuada base legal, o que, al desarrollar disposiciones legales generales o imprecisas, los reglamentos terminen creando infracciones nuevas subrepticamente (cfr. Sentencia 00020-2015-AI/TC, fundamento 44).
23. En efecto, el artículo 248.4 del TUO de la LPAG, si bien reconoce como regla general la reserva de ley en materia de calificación de conductas pasibles de ser sancionadas administrativamente, admite también la posibilidad que la ley habilite la tipificación por vía reglamentaria. Sin embargo, entiende el Tribunal Constitucional que esta remisión de la ley al reglamento debe especificar las

características esenciales de la conducta antijurídica, ya que bajo ninguna circunstancia puede ser una remisión en blanco.

24. La ley o el decreto legislativo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 248.4 del TUO de la LPAG, puede apoyarse en la actividad normativa de la Administración para concluir la labor de tipificación de las infracciones, pero no atendiendo a su propia discrecionalidad, sino respetando las pautas que la propia ley ha dejado establecidas.
25. La delegación legislativa en la Administración generalmente se produce porque se requiere regular aspectos técnicos muy específicos, pero jamás para que sea aquella quien cree los tipos ilícitos administrativos. Es por ello que, a fin de respetar los derechos de los administrados, el Tribunal considera que en la ley de remisión debe fijarse lo esencial de la conducta constitutiva del ilícito, así como contener los parámetros que impidan un ejercicio discrecional de la potestad reglamentaria atribuida a la Administración.
26. Siendo esta, entonces, la interpretación que corresponde a la parte *in fine* del primer párrafo del inciso 4 del artículo 248 del TUO de la LPAG, para el Tribunal debe desestimarse el alegato del colegio demandante.
27. Asimismo, el Colegio de Abogados de Ica refiere que la misma norma legal objeto de control constitucional también contraviene el principio de tipicidad. Al respecto, afirma que en la sentencia recaída en el Expediente 00020-2015-AI/TC, el Tribunal Constitucional habría advertido que resulta inconstitucional que la ley delegue la tipificación de las infracciones en normas infralegales.
28. En atención a ello, corresponde recordar que en la referida sentencia este Tribunal Constitucional advirtió que la Ley 29622, que modificaba la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, vulneraba el principio de tipicidad porque se remitía a enunciados muy indeterminados como “ordenamiento jurídico administrativo”, que no permitían delimitar de forma adecuada la conducta prohibida:
49. El primer párrafo del artículo 46 de la LOCGR señala que la CGR podrá sancionar a los funcionarios o servidores públicos

que “contravengan el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen”. Dicho enunciado es extremadamente general y, por tanto, no cumple con los estándares mínimos que impone el subprincipio de tipicidad.

50. En efecto, la frase “el ordenamiento jurídico administrativo” es tan amplia que no garantiza a sus destinatarios un grado mínimo de seguridad respecto al conjunto de conductas por las que podrían ser sancionados máxime cuando, como es bien sabido el ordenamiento jurídico administrativo cuenta con gran cantidad de fuentes y está compuesto -como mínimo- por centenares de normas de diversa naturaleza.
51. Algo semejante puede señalarse de la frase “las normas internas de la entidad a la que pertenecen”. Este enunciado también es extremadamente general y no permite identificar con precisión las conductas concretas por las que la CGR podría imponer una sanción. En efecto, el funcionamiento de las entidades se regula por un conjunto muy elevado de normas también de diversa naturaleza.
29. En dicha sentencia el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre el inciso 4 del artículo 248 del TUO de la LPAG, ni tampoco afirmó –como asevera el demandante– que la delegación de la competencia normativa para establecer infracciones y sanciones mediante normas infralegales vulnera el principio de tipicidad, sino que este principio resultó trasgredido por una inadecuada delimitación de la conducta prohibida en la norma que fue objeto de cuestionamiento.
30. De acuerdo con el principio de tipicidad, las normas sancionadoras tienen que delimitar con la suficiente precisión las conductas prohibidas. Sin embargo, el artículo 248.4 del TUO de la LPAG no es una norma sancionadora, ya que no tiene por objeto establecer conductas prohibidas constitutivas de infracción; sino que está orientada a fijar cuál es el tipo de fuente normativa a través de la cual se regularán las infracciones y sanciones. De ahí que el alegato del demandante en este extremo no encuentra razón en opinión del Tribunal.
31. En tal sentido, por todo lo expuesto, corresponde desestimar este extremo de la demanda.

§3. SOBRE EL IMPEDIMENTO A CIERTAS PERSONAS JURÍDICAS PARA PARTICIPAR EN PROCESOS DE SELECCIÓN Y CONTRATACIÓN CON EL ESTADO Y EL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS LITERALES N) Y S) DEL INCISO 1 DEL ARTÍCULO 11 DE LA LCE

32. El Colegio de Abogados de Ica alega que en virtud del artículo 11, inciso 1, literales n) y s) de la LCE, se establecen sanciones a personas jurídicas por hechos ajenos a ellas y que eso vulnera el principio de personalidad de las sanciones.
33. Del contenido de las disposiciones legales impugnadas este Tribunal advierte que su finalidad no es otra que la de evitar que personas condenadas penalmente por actos de corrupción o sancionadas administrativamente con inhabilitación para contratar con el Estado puedan valerse de personas jurídicas, eludiendo así los efectos de las sanciones que fueron objeto, a fin de poder participar en procesos de selección y contratación estatal.
34. Tal finalidad, para este Tribunal, resulta plenamente legítima en términos constitucionales. El artículo 76 de nuestra Constitución Política establece que:

Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

35. De esta disposición constitucional se infiere que la contratación estatal tiene un cariz singular que la diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que, al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones (cfr. Sentencia 00020-2003-AI/TC, fundamento 11; Sentencia 00017-2011-AI/TC, fundamento 19).
36. La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen

necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica, técnica y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores.

37. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de los principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos.
38. Ahora bien, dicha finalidad de eficiencia y transparencia en las adquisiciones estatales puede conseguirse de mejor modo mediante procesos de selección como los establecidos por el TUO de la LCE, pues la serie de etapas que presenta (convocatoria, apertura de propuestas técnicas y económicas, y adjudicación de la buena pro, las cuales son supervisadas por un comité especial encargado de llevar a cabo el proceso y sobre el cual descansa la responsabilidad del mismo), garantizan, en cierto modo, la imparcialidad frente a los postores y la mejor decisión a favor del uso de recursos públicos.
39. Sin embargo, la propia experiencia de los últimos años ha demostrado que inclusive estos mecanismos de adquisición han sido afectados por la corrupción, por lo que, para el resguardo de recursos públicos, no solo basta un procedimiento especial de adquisición, sino que, además, resulta necesario un rígido sistema de control y fiscalización, tanto a nivel de la propia entidad adquirente (control previo), como en el máximo órgano de control, a cargo de la Contraloría General de la República (control posterior o eventualmente concurrente).
40. Como se sabe, el buen funcionamiento de la administración pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección podría justificar la limitación al ejercicio de algunos derechos fundamentales, así como la intervención del derecho penal; y, a su vez, la lucha contra toda forma de corrupción, en particular aquella que se suscita en el ámbito de la administración pública, también goza de protección constitucional, tal como ya lo ha reconocido en otras ocasiones este Tribunal (cfr. Sentencia 00017-2011-AI/TC, fundamento 16), por lo que en nombre de esta resulta plenamente

legítimo que se adopten medidas como las contenidas en los literales n) y s) del inciso 1 del cuestionado artículo 11 de la LCE.

41. La existencia de restricciones o impedimentos a la participación de personas condenadas por delitos de corrupción en los procesos de selección y contratación pública se encuentra justificada, toda vez que coadyuva a garantizar que los procesos de contratación pública se desarrollen eficientemente minimizando la incidencia de irregularidades. Por tanto, resulta constitucionalmente legítimo que el Estado establezca tales restricciones.
42. En consecuencia, sobre el alegato del Colegio de Abogados de Ica referido a que las disposiciones reguladas mediante los literales n) y s) del inciso 1 del artículo 11 de la LCE vulneran el principio de personalidad de las sanciones, corresponde resaltar que estas no se refieren a un procedimiento administrativo sancionador, ni establecen reglas o criterios para imponer una sanción, pues solo fijan una limitación a la participación de determinados sujetos en los procesos de selección y contratación pública cuando hubieren incurrido en delitos de corrupción. Por lo tanto, no resultan aplicables a este supuesto los principios del derecho administrativo sancionador como el de personalidad de las sanciones.
43. En atención a lo expuesto, el Tribunal considera que este extremo de la demanda también debe ser desestimado.

§4. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA OBJETIVA Y EL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS NUMERALES 1 Y 3 DEL ARTÍCULO 50 DE LA LCE Y DEL ARTÍCULO 248, INCISO 10 DE LA LPAG

44. El colegio recurrente alega la inconstitucionalidad parcial de los numerales 1 y 3 del artículo 50 de la LCE. Asimismo, el demandante argumenta que el inciso 10 del artículo 248 del TUO de la LPAG resulta inconstitucional en el extremo que establece que mediante ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva. Afirma que esta última disposición vulnera los principios de antijuricidad, personalidad de la sanción y culpabilidad.
45. El Tribunal Constitucional observa que el contenido normativo de las disposiciones legales cuestionadas guarda relación, toda vez

que aluden al reconocimiento de la responsabilidad administrativa objetiva, por lo que realizará un análisis conjunto al respecto.

46. Como se sabe, el objeto del procedimiento administrativo sancionador es investigar y, de ser el caso, sancionar supuestas infracciones cometidas como consecuencia de una conducta ilegal por parte de los administrados. Si bien es cierto que la potestad sancionatoria administrativa, al igual que la potestad para imponer sanciones penales, derivan del *ius puniendi* del Estado; también es cierto que dichas facultades no pueden ser equiparadas, dado que no solo las sanciones penales son distintas a las administrativas, sino que los fines perseguidos en cada caso son distintos.
47. En efecto, en el supuesto de las sanciones penales, de conformidad con el artículo 139, inciso 22 de la Constitución, estas persiguen la *reeducación y reinserción social* del penado; en tanto que las sanciones administrativas tienen una finalidad *represiva*. Y, además, en el caso del derecho administrativo sancionador, la intervención jurisdiccional es posterior, a través del proceso contencioso administrativo o del proceso de amparo, según corresponda.
48. A pesar de tales diferencias, existen puntos en común, y tal vez el más importante sea el de que algunos de los principios generales del derecho penal son de recibo, *aunque con matices*, en el derecho administrativo sancionador. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha declarado que conviene tener en cuenta los siguientes principios que son de recibo, protección y tutela en sede administrativa (cfr. Sentencia 01873-2009-AA/TC, fundamento 12):
 - a. Principio de legalidad (*nullum crimen, nullum poena, sine lege*), conforme al cual la ley debe preceder a la conducta sancionable, determinando el contenido de la sanción. Corresponde pues a la ley delimitar el ámbito del ilícito sancionable, por expresa prescripción constitucional (artículo 2.24.d.), de modo que no puede ser objeto de regulación reglamentaria, ni mucho menos de precisiones “extranormativas”.
 - b. Principio de tipicidad, en mérito al cual, la descripción legal de una conducta específica aparece conectada a una sanción administrativa. Esta exigencia deriva de dos principios jurídicos específicos; el de libertad y el de seguridad jurídica. Conforme

al primero, las conductas deben estar exactamente delimitadas, sin indeterminaciones, mientras que, en relación al segundo, los ciudadanos deben estar en condiciones de poder predecir, de manera suficiente y adecuada, las consecuencias de sus actos, por lo que no caben cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitan una actuación librada al “arbitrio” de la administración, sino que ésta sea prudente y razonada.

Conforme a este principio, los tipos legales genéricos deben estar proscritos y aunque la Administración a veces se conduzca sobre la base de estándares deontológicos de conducta, estos son insuficientes, por sí solos, para sancionar, pues aunque se pueden interpretar como conceptos jurídicos indeterminados, la sanción debe sustentarse en análisis concretos y pormenorizados de los hechos, desde conceptos jurídicos y no sobre la base de juicios apodícticos o que invoquen en abstracto el honor o la dignidad de un colectivo, puesto que los tribunales administrativos no son tribunales “de honor”, y las sanciones no pueden sustentarse en una suerte de “responsabilidad objetiva del administrado”, lo que nos lleva a revisar el siguiente principio.

- c. Principio de culpabilidad, que establece que la acción sancionable debe ser imputada a título de dolo o culpa, lo que importa la prohibición de la responsabilidad objetiva; esto es, que solo se puede imponer una sanción si es que la conducta prohibida y su consecuencia están previstas legalmente.

En el caso del derecho penal, es más sencillo apreciar cómo opera este principio, puesto que además de la tipificación realizada en el Código Penal y de indicarse las sanciones que se pueden imponer a título de culpa o dolo, se establecen los parámetros necesarios para que la sanción no resulte arbitraria o desproporcionada (mínimos y máximos).

- d. Principio de proporcionalidad de la sanción, esto es, que la sanción que se imponga, debe corresponderse con la conducta prohibida, de modo que están prohibidas las medidas innecesarias o excesivas. Corresponde, pues, que el órgano que aplica la sanción pondere la intencionalidad o reiteración del acto, así como los perjuicios causados.

49. Ahora bien, la modificación introducida por el Decreto Legislativo 1272 a la LPAG ha significado la positivización del principio de culpabilidad, pese a que este, tal como ha quedado expuesto precedentemente, ya había sido reconocido en la jurisprudencia constitucional como un principio básico del derecho administrativo sancionador.
50. Como se sabe, el principio de culpabilidad opera como un límite a la potestad sancionatoria del Estado, ya sea de tipo penal o administrativa. De ahí que la sanción, penal o administrativa, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico (cfr. Sentencia 01287-2010-AA/TC, fundamento 9).
51. De acuerdo con lo establecido en la LPAG y su TUO vigente, a efectos de quedar configurada la responsabilidad subjetiva, es necesario, además de la comisión de la infracción y la producción objetiva del resultado, que la acción pueda ser atribuida al infractor a título de dolo o culpa.
52. Sin embargo, las disposiciones legales cuestionadas, en particular el artículo 248.10 del TUO de la LPAG, establece que, *excepcionalmente*, cuando la ley o un decreto legislativo lo estipulen, la responsabilidad administrativa puede ser objetiva. Pero esa condición de excepcionalidad, a juicio del Tribunal, solo confirma que el tipo de responsabilidad que, en principio, rige al derecho administrativo sancionador peruano, es la subjetiva.
53. Al respecto, corresponde subrayar, en primer lugar, que cuando se ha dispuesto que solo mediante ley o decreto legislativo (es decir, que solo mediante normas con rango legal) se pueda fijar un régimen de responsabilidad administrativa objetiva, se busca evitar una regulación implícita de la misma o que sea mediante disposiciones infralegales, lo cual se constituye en una garantía para los administrados.
54. De otro lado, para determinar la responsabilidad administrativa de tipo objetiva a la que alude el cuestionado artículo 248.10 del TUO de la LPAG, no será necesario el comportamiento intencional o imprudente del sujeto infractor. A efectos de imponer la sanción administrativa, solo basta que se haya producido la conducta infractora.

La voluntad o conducta imprudente del sujeto quedan de lado y será suficiente con verificar la comisión de la infracción.

55. No obstante, en este supuesto se constituye un deber de la administración pública respetar los principios que orientan su potestad sancionatoria, así como las demás normas aplicables al procedimiento administrativo sancionador, sobre todo aquellas reglas eximentes de responsabilidad que el propio TUO de la LPAG contempla en su artículo 257.
56. El Tribunal Constitucional considera que la parte *in fine* del artículo 248.10 del TUO de la LPAG cuestionada debe aplicarse en coherencia con los demás principios que fundamentan la potestad sancionatoria de la Administración, por lo que no es posible concluir, *a priori*, que un régimen de responsabilidad administrativa objetiva constituye un ejercicio irrazonable de dicha potestad sancionatoria, ni que supone la vulneración de las garantías que le asisten a las personas en el marco de un procedimiento administrativo sancionador.
57. Por tanto, este Tribunal Constitucional considera que la imposición de una sanción administrativa en el marco de un régimen de responsabilidad administrativa objetiva no constituye, *per se*, un ejercicio irrazonable de la potestad sancionatoria que ejerce la administración pública.
58. En tal sentido, por todo lo expuesto, corresponde desestimar este extremo de la demanda.

§5. SOBRE LA EXIGENCIA DE GARANTÍAS COMO REQUISITO PREVIO PARA LA INTERPOSICIÓN DE RECURSOS Y EL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL NUMERAL 5 DEL ARTÍCULO 41 DE LA LCE

59. El demandante considera que el artículo 41, numeral 5 de la LCE, al condicionar la interposición del recurso de apelación al pago previo de una garantía, vulnera el derecho a la defensa y termina desincentivando a la persona interesada de impugnar, no obstante que promover un recurso es su derecho.
60. Al respecto, resulta pertinente recordar que este Tribunal, a propósito del análisis de constitucionalidad de la Única Disposición

Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1393, que regula la aplicación del artículo 78-A de la Ley General de Pesca, ha precisado en un supuesto similar –aunque en estricto se trataba de uno suscitado en el ámbito judicial y no en el administrativo como plantea el caso bajo análisis– que el otorgamiento de una garantía no vulnera la tutela jurisdiccional efectiva, ni el debido proceso, toda vez que resulta necesaria para la protección de otros bienes jurídico-constitucionales y otros derechos fundamentales.

61. Así, en la sentencia recaída en el Expediente 00001-2020-AI/TC, este Tribunal ha dejado establecido que:

107. Como es de verse, el contenido de la disposición cuestionada no restringe o se contrapone con los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional, toda vez que su contenido se encuentra destinado exclusivamente a regular requisitos para la ejecución de medidas cautelares en los procedimientos de sanción y multa en materia de pesquería. Ello, propiamente, no impide a los administrados a cuestionar las acciones de la administración pública mediante los procesos contenciosos administrativos o amparos.

108. Las imposiciones de estas condiciones para la ejecución de medidas cautelares en materia de pesquería resultan acordes con la Constitución, ya que no se puede equiparar la tutela cautelar que buscan los administrados para bienes de origen privado con los recursos hidrobiológicos que son propiedad originariamente de la Nación.

109. Y es que la ejecución de medidas cautelares en esta materia podría originar daños irreparables para el medio ambiente y los recursos naturales, por lo que resulta válido admitir exigencias especiales para su concesión. Esta interpretación fue recogida además en el artículo 1 de la Ley 29639, mencionada *supra*, según la cual, el análisis de concesión de la medida cautelar debe “sopesar la eventual afectación que causaría la medida cautelar al interés público, en especial al medio ambiente.

62. Este Tribunal entiende que cuando el legislador ha dispuesto que se otorgue a favor del OSCE o de la entidad a cargo de la resolución del recurso una garantía para apelar equivalente al 3% del valor

estimado o valor referencial del procedimiento de selección, lo ha hecho con el objeto de preservar los fondos públicos y la finalidad perseguida por la contratación estatal.

63. En tal sentido, dicha exigencia resulta constitucionalmente legítima y necesaria, y no se configura como una afectación del derecho a la defensa de las personas participantes, toda vez que la acción de garantizar los fondos públicos y su uso eficiente está plenamente justificada y encuentra respaldo constitucional en el ya citado artículo 76 de nuestra Ley Fundamental.
64. No obstante, corresponde precisar, además, que la disposición legal bajo análisis dispone el pago de una porción mínima (3%) del valor estimado o referencial del procedimiento de selección o ítem que se haya decidido apelar; asimismo, el pago de esta garantía es un requisito previo y no constituye una sanción para el interesado; y, finalmente, que el otorgamiento de esta garantía ha sido contemplado en el supuesto de que se decida interponer el recurso de apelación “luego de otorgada la Buena Pro o después de publicado los resultados de adjudicación en los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco” (artículo 41.2 de la LCE), mas no para los otros recursos que la LCE contempla.
65. Para el Tribunal Constitucional, la disposición bajo análisis persigue una finalidad constitucionalmente legítima y no es otra que el desarrollo eficiente de los procesos de selección y contratación pública. Por ello, también corresponde desestimar este extremo demandado.

§6. LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LPAG A PROCEDIMIENTOS ESPECIALES SEGUIDOS ANTE LA SUNAT, TRIBUNAL FISCAL Y OTRAS ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS Y EL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA QUINTA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA Y FINAL DEL DECRETO LEGISLATIVO 1311

66. El demandante también alega la inconstitucionalidad de la Quinta Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo 1311. Para el Colegio de Abogados de Ica, el hecho de que el TUO de la LPAG se aplique de manera supletoria a los procedimientos tributarios especiales, vulnera el derecho al debido procedimiento, ya

que estos se estarían sujetando a condiciones que resultan menos favorables para los administrados.

67. Contrario a lo afirmado por el demandante, el Tribunal Constitucional considera que la disposición impugnada no vulnera el derecho al debido procedimiento. Y ello es así porque la Quinta Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo 1311 advierte expresamente que los procedimientos especiales seguidos ante la Sunat, el Tribunal Fiscal y otras administraciones tributarias están sujetos a los principios de la potestad sancionadora regulados en el artículo 171 del Código Tributario; vale decir, a los principios de legalidad, tipicidad, *non bis in idem*, proporcionalidad, entre otros.
68. En tal sentido, la propia disposición legal cuestionada asegura que el desarrollo del procedimiento administrativo tributario se lleve a cabo respetándose las garantías del debido procedimiento.
69. Por tanto, para el Tribunal Constitucional, corresponde sin más desestimar este extremo de la demanda.

§7. EL ABASTECIMIENTO DE RECURSOS ESTRATÉGICOS EN SALUD Y EL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA DECIMOCTAVA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL DEL TUO DE LA LCE Y DEL ARTÍCULO 7, NUMERALES 4 Y 6 DEL DECRETO DE URGENCIA 007-2019

70. El Colegio de Abogados de Ica cuestiona la validez de la Decimoctava Disposición Complementaria Final del TUO de la LCE. Asimismo, el demandante considera que los numerales 4 y 6 del artículo 7 del Decreto de Urgencia 007-2019 –decreto expedido durante el interregno parlamentario en virtud a lo dispuesto en el artículo 135 de la Constitución– son inconstitucionales.
71. El Tribunal Constitucional advierte que dichas disposiciones legales regulan supuestos fácticos que se encuentran relacionados, por lo que corresponde analizarlos de manera conjunta.
72. El colegio profesional sostiene que estas disposiciones, al crear un procedimiento particular para que el Estado efectúe adquisiciones con proveedores no domiciliados o mediante la OMS, Unicef y la UNFPA, vulnera los principios de igualdad y “de licitación pública” (sic), aplicables a los procesos de adquisición estatal.

73. De manera previa corresponde precisar que de acuerdo con lo establecido en el Decreto de Urgencia 007-2019, son recursos estratégicos en salud los “dispositivos médicos y productos sanitarios que el Ministerio de Salud reconoce como esenciales en los Petitorios Nacionales correspondientes elaborados de conformidad con lo establecido en la Ley 29459” (artículo 3). Y, atendiendo a que dicho decreto de urgencia tiene por objeto garantizar la disponibilidad de tales recursos estratégicos, así como preservar el acceso a los mismos por ser este parte esencial del derecho a la salud (artículo 1), es que se dispone las medidas pertinentes, como las establecidas en los numerales 4 y 6 del artículo 7 cuestionado, a fin que el Estado pueda abastecerse de los citados recursos estratégicos en salud.
74. Como se sabe, el principio de igualdad admite un trato diferenciado, siempre que este se encuentre fundado en una razón objetiva y constitucionalmente válida. Ello es así porque no es posible otorgar el mismo trato a situaciones distintas o que no pueden equipararse.
75. Antes de analizar las disposiciones legales impugnadas, las que de acuerdo a lo alegado por el demandante vulneran el principio de igualdad reconocido constitucionalmente, resulta necesario determinar la existencia de un término de comparación válido (*tertium comparationis*) en aras de efectuar el análisis de la situación denunciada:
- (...) el análisis relacionado con una supuesta violación de la cláusula constitucional de igualdad exige, ante todo, la comparación de dos situaciones jurídicas, a saber, aquélla que se juzga que recibe el trato discriminatorio, y aquélla otra que sirve como término de comparación para determinar si en efecto se está ante una violación del principio-derecho de igualdad (Sentencia 00015-2010-AI/TC, fundamento 8).
76. A su vez, el término de comparación válido debe poseer ciertas características para ser considerado como tal, a efectos de ingresar en el análisis de si la medida diferenciadora supera o no el test de igualdad:
- a) Debe tratarse de un supuesto de hecho lícito. El fundamento de esta exigencia, desde luego, consiste en que de aceptarse un término de comparación ilícito para reputar un tratamiento como discriminatorio, la declaración de nulidad de éste, por derivación,

ampliará el espectro de la ilicitud, siendo evidente que el deber de todo operador jurídico es exactamente el contrario.

- b) La situación jurídica propuesta como término de comparación debe ostentar propiedades que, desde un punto de vista fáctico y jurídico, resulten sustancialmente análogas a las que ostenta la situación jurídica que se reputa discriminatoria. Desde luego, ello no implica exigir que se trate de situaciones idénticas, sino tan sólo de casos entre los que quepa, una vez analizadas sus propiedades, entablar una relación analógica *prima facie* relevante. Contrario sensu, no resultará válido el término de comparación en el que ab initio pueda apreciarse con claridad la ausencia (o presencia) de una propiedad jurídica de singular relevancia que posee (o no posee) la situación jurídica cuestionada” (Sentencia 0012-2010-PI/TC, fundamento 6).
- 77. Queda claro entonces que la determinación de un *tertium comparationis* válido resulta imprescindible a efectos de concluir si la disposición impugnada transgrede o no el principio-derecho de igualdad. De ahí que el responsable de ofrecer dicho término de comparación sea el demandante que alega la existencia de una situación de desigualdad injustificada.
- 78. En el presente caso, el Tribunal Constitucional advierte del contenido de la demanda que el Colegio de Abogados de Ica no ha explicitado cómo es que las disposiciones legales cuestionadas vulnerarían el principio de igualdad, ni mucho menos ha ofrecido el término de comparación necesario para el respectivo análisis.
- 79. El Tribunal observa que el procedimiento para la adquisición de los recursos estratégicos en salud establecido en las disposiciones legales cuestionadas, obedece a características particulares que lo convierten en un procedimiento ágil y eficiente; por lo tanto, en un procedimiento distinto y especial. En tal sentido, no puede exigirse un tratamiento jurídico idéntico a situaciones jurídicas diferentes, como sería la intención del demandante; más aún, si solo ha expuesto razones genéricas como sustento de su objeción y la supuesta afectación al principio de igualdad.
- 80. Sin perjuicio de lo dicho, es indispensable subrayar que estos procesos de adquisición deben ser auditados por la Contraloría General

de la República, de acuerdo con sus competencias. En efecto, así se ha previsto expresamente en el artículo 7.7 del Decreto de Urgencia cuestionado en cuanto establece que:

El Ministerio de Salud, bajo la responsabilidad de su respectivo titular, debe proveer información a la Contraloría General de la República, al Ministerio de Economía y Finanzas y al Organismo Supervisor de Contrataciones del estado (OSCE). La Contraloría General de la República efectúa control concurrente en las acciones del Ministerio de Salud orientadas a la celebración e implementación de los convenios celebrados en el marco de lo establecido en el presente artículo, de acuerdo a las disposiciones reglamentarias que para dicho efecto emita dicho órgano superior de control.

81. Corresponde enfatizar, en conclusión, que no solo resulta legítimo diseñar procedimientos especiales o diferentes que obedezcan a reglas específicas para la adquisición de bienes, sino que además esta decisión pública encuentra justificación si tales procedimientos contribuyen a facilitar el acceso a medicamentos que ayudan a garantizar la vida (artículo 2.1 de la Constitución) y proteger la salud de las personas (artículo 7 de la Constitución).
82. Por tanto, corresponde también desestimar este extremo de la demanda.

III. FALLO

Por estas consideraciones, y con los fundamentos de voto de los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, nuestro voto es por lo siguiente:

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad.

SS.

MIRANDA CANALES

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE MIRANDA CANALES

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Si bien comparto lo finalmente decidido en la ponencia, formulo este fundamento de voto para realizar algunas consideraciones adicionales en relación con la denominada “responsabilidad objetiva”.

En este caso, la parte demandante alega la inconstitucionalidad parcial de los numerales 1 y 3 del artículo 50 de la LCE, así como del inciso 10 del artículo 248 del TUO de la LPAG, toda vez que contravienen -según señala- los principios de antijuridicidad y de culpabilidad de las infracciones administrativas, ya que instauran un régimen de responsabilidad objetiva que admite la aplicación de sanciones por la sola realización del hecho típico, sin importar que la conducta esté justificada en el Derecho o no sea dolosa o culposa.

En la ponencia se señala que las disposiciones legales cuestionadas, en particular el artículo 248.10 del TUO de la LPAG, establece que, *excepcionalmente*, cuando la ley o un decreto legislativo lo estipulen, la responsabilidad administrativa puede ser objetiva. En ese sentido, precisa que esa condición de excepcionalidad solo confirma que el tipo de responsabilidad que, en principio, rige al derecho administrativo sancionador peruano, es la subjetiva.

Del mismo modo, la ponencia resalta que el hecho que se disponga que solo mediante ley o decreto legislativo (es decir, que solo mediante normas con rango legal) se pueda fijar un régimen de responsabilidad administrativa objetiva, supone que se busca evitar una regulación implícita de la misma o que sea mediante disposiciones infralegales, lo cual se constituye en una garantía para los administrados. Finalmente, destaca que es un deber de la administración pública respetar los principios que orientan su potestad sancionatoria, así como las demás normas aplicables al procedimiento administrativo sancionador, sobre todo aquellas reglas eximentes de responsabilidad que el propio TUO de la LPAG contempla en su artículo 257.

Al respecto, deseo agregar algunas consideraciones adicionales en relación con la constitucionalidad de la fórmula adoptada en el artículo 248.10 del TUO de la LPAG. En la doctrina contemporánea, es objeto de un intenso debate la posibilidad de insertar supuestos de responsabilidad objetiva que ameriten la imposición de sanciones administrativas. No existe, de hecho, un consenso importante en este punto. Tampoco la mayor cantidad de la doctrina se encuentra de acuerdo en relación con los escenarios en los que sería posible identificar esta tipo de responsabilidad.

Estimo que ese elevado nivel de complejidad de un debate -el cual es, por cierto, considerablemente técnico-, solo refuerza la legitimidad de los poderes públicos para establecer una solución normativa. De similar modo, el hecho que no existe algún consenso importante en el ámbito de la doctrina -tanto administrativa como constitucional- es un factor relevante que genera que el escrutinio del Tribunal Constitucional no sea particularmente intenso.

En efecto, la principal discusión que se ha desarrollado en este punto radica en si es posible hacer un traspaso o migración inmediata de los conceptos propios del derecho penal al ámbito del derecho administrativo sancionador. Esto implica, como no podía ser de otro modo, discutir si es que esta última disciplina goza de la autonomía e independencia suficientes como para forjar su propio armazón conceptual. Si es que se asume la tesis del sometimiento a los principios penales, no existiría duda alguna sobre la inconstitucionalidad de la responsabilidad objetiva, en la medida en que se vulneraría el principio de culpabilidad. Si, por el contrario, se defiende cierto nivel de autonomía del derecho administrativo sancionador, existiría la posibilidad de defender la viabilidad de dicha figura.

Por otro lado, es también importante recordar que la responsabilidad objetiva no es inédita para el ordenamiento jurídico peruano, el cual ha implementado diversos supuestos en algunas áreas del derecho. Piénsese, por ejemplo, en el caso del derecho ambiental. El artículo 18 de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, dispone que los administrados “son responsables objetivamente por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales

y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA”. También se ha hecho referencia a este tipo de responsabilidad en el ámbito de las contrataciones con el Estado. En efecto, la Ley 30225, de Contrataciones con el Estado, dispone en su artículo 50.3, que la responsabilidad “derivada de las infracciones previstas en este artículo es objetiva, salvo en aquellos tipos infractores previsto en los literales a), b), h), y n) del numeral 50.1 del artículo 50”. De similar forma, en la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1349 se precisa que en los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones se considera la responsabilidad objetiva en el caso de infracciones graves y muy graves.

Ahora bien, independientemente de lo hasta aquí expuesto, también considero que la configuración de supuestos de responsabilidad objetiva debe ser particularmente examinada por los tribunales de justicia, sea en el ámbito de la justicia contencioso-administrativa o de la constitucional. El hecho que se haya confirmado la constitucionalidad de esta figura no supone el otorgamiento de un cheque en blanco al legislador o al Poder Ejecutivo. Estimo que las cortes de justicia deberán ser especialmente escrupulosas al momento de examinar casos en los que se alegue que la determinación de la responsabilidad objetiva ha sido contraria a principios propios del derecho administrativo sancionador. Así, aunque se haya confirmado la constitucionalidad de las reformas de la LPAG, lo cierto es que esto no impide la posterior revisión judicial en el escenario en que alguna entidad del Estado pretenda aprobar supuestos de responsabilidad objetiva que pretenden, por ejemplo, proteger bienes jurídicos ajenos a las finalidades que debe perseguir la administración pública.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido en líneas generales con la conclusión a la cual llega el ponente del caso. Sin embargo, me permito hacer algunas precisiones y reflexiones adicionales:

a. Sobre el marco de normas a debatir

1. Esa delimitación tiene que tener en cuenta que el texto urgente de las disposiciones cuyo cuestionamiento se solicitó con el respaldo de la Mesa Directiva del Colegio de Abogados de Ica, y que se determinó finalmente con el auto de Admisibilidad en este Tribunal, responde hoy a normas distintas a las previstas en este caso, dándose la situación que incluso algunos de los cuestionamientos formulados por la parte demandante formalmente debían ser desestimados, por no haber sido en rigor presentados en el caso.
2. Por consiguiente, debe quedar claro que, en este caso, lo que se encuentra en debate es, por un lado, aquellas normas que habían sido autorizadas por la Mesa Directiva del Colegio de Abogados de Ica a su ilustre Decano; y, luego de ello, lo que va a discutirse en el presente proceso será lo habilitado por el auto Admisorio de la demanda emitido por este Tribunal Constitucional.
3. Se hace referencia a una norma que, en rigor, no se encuentra recogido en el ordenamiento Jurídico Nacional. Hago aquí mención al artículo 18 del Decreto Legislativo, el cual en rigor no existe.

b. Sobre el cuestionamiento el artículo 248.4 de la Ley de Procedimiento Administrativa General.

4. Se hace referencia a que existiría una vulneración al principio de tipicidad (en rigor, técnico, un subprincipio del principio de legalidad), consignado en el artículo 248.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG). Aquí es necesario aclarar la relación entre Ley y Reglamento existente en esta materia.

Veamos lo que textualmente dice la norma cuestionada:

“[...]Tipicidad-. Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de Ley mediante su tipificación como tales, sin administrar interpretación existente o analógica. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinen sanciones sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la Ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.”

5. Analicemos ahora los diferentes sentidos normativos incluidos en esta disposición:
 1. Solamente constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en norma con rango de Ley.
 2. Las disposiciones reglamentarias son de desarrollo, para poder especificar o graduar aquellos elementos dirigidos a identificar las conductas sancionables previstas legalmente.
 3. Cabría que una Ley o un Decreto Legislativo, pueda remitir la tipificación de sanciones a una norma reglamentaria.
6. El único supuesto aquí cuestionable es el tercero, el cual debería salvarse, pues en los hechos resulta contradictorio con los supuestos, según la normativa recogida en esta misma disposición para evitar una interpretación de la disposición que se contradiga consigo misma, debe entenderse que esa remisión, para no quebrar la reserva de Ley, no puede incluir a los elementos esenciales del tipo, y únicamente circunscribirse a la especificación e identificar las conductas sancionables previstas legalmente. No estamos aquí ante un supuesto de inconstitucionalidad, sino ante una redacción de una disposición con contradicción en su propia redacción, y ello nos lleva a recomendar a la comprensión del tema en clave de sentencia interpretativa reductora, práctica habitualmente acogida por los Tribunales o Cortes Constitucionales del mundo.

7. En síntesis, planteo en este fundamento de voto una alternativa mediante la cual se preserva y hace comprender mejor una necesaria Reserva de Ley, y, el importante papel complementario o de desarrollo de los reglamentos. Darle una consideración distinta sería especialmente complicado, sobre todo si tomamos en cuenta que hoy la responsabilidad patrimonial del Estado es básicamente entendida como una de carácter objetivo.

c. Sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración.

8. La comprensión sobre los alcances de la responsabilidad patrimonial de las diferentes Administraciones públicas siempre ha sido un tema controversial. Sin embargo, hoy mayoritariamente es entendida en los términos que lo plantea Juan Carlos Morón Urbina; “La Responsabilidad Patrimonial de la Administración entraría en una forma de aportar a la eficacia y al orden de la gestión pública y no a su parálisis, puesto que en la medida que los procesos contenciosos sobre responsabilidad funcionar de manera presta y publica, se enseñe a la autoridad como no debe actuar la gestión gubernamental.

“[...]La nota característica de esta responsabilidad estatal es de extrema, (debida a los administrados), de contenido económico o patrimonial de la Administración Pública, en una directiva estructural (al margen de cualquier relación jurídica que pudiera establecer entre ambos) y objetiva.” (el subrayado es mío)

(Morón Urbina, Juan Carlos comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativos Generales de Lima, Gaceta Jurídica, 2020, p. 549.

9. En ese sentido va el artículo 248° numeral 10) de la Ley de Procedimiento Administrativo General, cuando dice que “[...] para determinar la responsabilidad administrativa de tipo objetiva a la que alude el cuestionamiento artículo 248. 10 del TUO de la LPAG, no será necesario el comportamiento intencional o improcedente del sujeto administrativo, solo hasta que se haya producido la conducta infractora.

La voluntad o conducta imprudente del sujeto quedan de lado y será suficiente con verificar la comisión de la refracción”.

10. Y es que la responsabilidad de la Administración es principio objetiva, y tendrá que responder por el daño causado, sin necesidad de que exista dolo o culpa.

d. Sobre las consideraciones los denominados procedimientos especiales

11. Las actuaciones de las diferentes Administraciones hacen que, en algunos casos, se justifique que para ciertos sectores o entidades tengan regulaciones particulares. Ahora bien, en caso que esas regulaciones particulares carezcan de determinaciones específicas, se deberá recurrir supletoriamente a la norma general. Lo prescrito entonces en la Ley 27444 tienen una importancia cuya relevancia no se puede soslayar.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la posición de nuestros colegas magistrados nos adherimos al voto singular del magistrado Sardón de Taboada, por los fundamentos que en él se expresan y a los cuales nos remitimos como parte integrante del presente voto. Por lo tanto, nuestro voto es por declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad.

S.

FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el mayor respeto por las opiniones de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular:

Si bien concuerdo con parte de la ponencia que desestima la demanda, discrepo de ella en su fundamentación y fallo en cuanto desestima los extremos relacionados al:

1. Numeral 4, del artículo 248 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) permite que las conductas constitutivas de infracción no solo puedan establecerse mediante normas con rango legal, sino también a través de normas reglamentarias.
2. Régimen de responsabilidad administrativa objetiva y el análisis de constitucionalidad de los numerales 1 y 3 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones con el Estado (LCE) y del artículo 248, numeral 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG);
3. La aplicación supletoria de la LPAG a procedimientos especiales seguidos ante la Sunat, Tribunal Fiscal y otras administraciones tributarias y el análisis de constitucionalidad de la Quinta Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo 1311.

Estos extremos deben ser estimados y declarados **INCONSTITUCIONALES** por las siguientes razones:

Numeral 4, del artículo 248 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) que permite que las conductas constitutivas de infracción no solo puedan establecerse mediante normas con rango legal, sino también a través de normas reglamentarias

4. **Tipicidad.-** Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. **Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar**

sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria. (énfasis agregado)

Al respecto, la norma contenida en el numeral 4 del artículo 248 del TUO de la LPAG establece que, en el caso del derecho administrativo sancionador, los reglamentos pueden especificar o graduar las infracciones debidamente tipificadas en la ley; y, asimismo, precisa que, en casos de remisión legal expresa, es posible tipificar infracciones a través de normas reglamentarias.

Al respecto, el principio de legalidad en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si esta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si esta no está especificada por la ley.

Como ya lo ha establecido el Tribunal Constitucional en el caso de la Legislación Antiterrorista (Sentencia 0010-2002-AI/TC), el principio de legalidad impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lexscripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

Ciertamente, es admisible que, en ocasiones, los reglamentos especifiquen o gradúen infracciones previstas de manera expresa en la ley. Sin embargo, tal como se señaló en la sentencia recaída en el Exp. 00020-2015-PI/TC, caso Contraloría General de la República, nada justifica que se establezcan conductas prohibidas sin una adecuada base legal o que, al desarrollar disposiciones legales generales o imprecisas, los reglamentos terminen creando infracciones nuevas subrepticamente.

Efectivamente, el artículo 118.8 de la Constitución Política del Perú establece un límite expreso a la facultad del Ejecutivo para reglamentar las leyes:

Corresponde al Presidente de la República (...)

8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas (...)

Por tanto, la norma cuestionada habilita la posibilidad de que los reglamentos pueden desnaturalizar las leyes creando infracciones sin una debida base legal. Admitir ello, implica aceptar una desviación de la potestad reglamentaria y vaciar de contenido los principios de legalidad y tipicidad que guardan una estrecha relación con el derecho fundamental al debido proceso.

El régimen de responsabilidad administrativa objetiva y el análisis de constitucionalidad de los numerales 1 y 3 del artículo 50 de la LCE y del artículo 248, numeral 10 de la LPAG.

Al respecto, la ponencia contiene un grave defecto de motivación en la medida que expone una justificación contradictoria. Sostengo esto por cuanto en el fundamento 54 afirma que:

«(...) para determinar la responsabilidad administrativa de tipo objetiva a la que alude el cuestionado artículo 248.10 del TUO de la LPAG, **no será necesario el comportamiento intencional o imprudente del sujeto infractor.** A efectos de imponer la sanción administrativa, **solo basta que se haya producido la conducta infractora.** La voluntad o conducta imprudente del sujeto **quedan de lado y será suficiente con verificar la comisión de la infracción (...)**» (énfasis agregado)

Sin embargo, quebrando el principio lógico de no contradicción, en el fundamento 55, señala que:

«(...) No obstante, en este supuesto se **constituye un deber de la administración pública respetar los principios que orientan su potestad sancionatoria, así como las demás normas aplicables al procedimiento administrativo sancionador, sobre todo aquellas reglas eximentes de responsabilidad que el propio TUO de la LPAG contempla en su artículo 257(...)**» (énfasis agregado)

Y, justamente, las reglas eximentes de responsabilidad previstas en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 1. del artículo 257° del TUO de la LPAG constituyen supuestos de exclusión de responsabilidad basadas en la ausencia de culpabilidad del infractor. Este vicio de logicidad invalida lo sostenido en la ponencia.

En mi opinión, este extremo de la demanda de inconstitucionalidad debe ser estimado, ya que el Tribunal Constitucional, en reiterada y uniforme jurisprudencia ha establecido que:

«(...) que **los principios de culpabilidad**, legalidad, tipicidad, entre otros, **constituyen principios básicos del derecho sancionador**, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, **sino también en el del derecho administrativo sancionador** (...)» (Cfr. STC N° 2050-2002-AA/TC, F.J. 4; STC N° 2192-2004-PA/TC, F.J. 8; STC N° 0156-2012-PHC/TC, F.J. 7; STC N° 06343-2007-PA/TC, F.J. 6; STC N° 02250-2007-PA/TC, F.J. 28; STC N° 00020-2015-PI/TC, F.J. 37, entre otras). (énfasis agregado)

De este modo, determinados principios del derecho penal se aplican y son de recibo, plenamente, en el ámbito administrativo sancionador. Precisamente, uno de estos principios es el de culpabilidad, el cual no es más que la antítesis del principio de responsabilidad objetiva expresamente prohibido en el ámbito penal.

El artículo VI del Título Preliminar del Código Penal resulta elocuente:

«La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. **Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva**». (énfasis agregado)

A propósito de ello, respecto del principio de culpabilidad, el Tribunal Constitucional también ha señalado que:

«El principio de responsabilidad personal y la proscripción de responsabilidad por hecho ajeno constituye una manifestación del principio de la culpabilidad, que a su vez es uno de los pilares sobre los que descansa el derecho penal. **Este principio, si bien no goza de reconocimiento constitucional expreso**, puede ser derivado **del principio de proporcionalidad de las penas** y de legalidad penal (Cfr. Exp. N° 0014-2006-PI, fundamentos 28-33). Así, **el principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprobable a quien los cometió**. (cfr. Exp. N° 0014-2006-PI, fundamento 25), de este modo **queda**

proscrita la responsabilidad objetiva (...)» (STC N° 03245-2010-PHC/TC, F.J. 28). (énfasis agregado)

Por lo expuesto, resulta inconstitucional que el artículo 248 numeral 10. de la LPAG habilite la posibilidad que mediante Ley o Decreto Legislativo se autorice aplicar responsabilidad objetiva.

La misma suerte de inconstitucionalidad deben seguir los numerales 1 y 3 del artículo 50 de la LCE en la medida que habilitan la aplicación de responsabilidad objetiva en el ámbito sancionador de las contrataciones públicas, obviando los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional a los que he aludido en párrafos precedente.

La aplicación supletoria de la LPAG a procedimientos especiales seguidos ante la Sunat, Tribunal Fiscal y otras administraciones tributarias y el análisis de constitucionalidad de la Quinta Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo 1311.

Los procedimientos especiales seguidos ante la SUNAT, el Tribunal Fiscal y otras Administraciones Tributarias se rigen supletoriamente por la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272; **no siéndoles aplicable lo previsto en los numerales 1 y 2 del artículo II del Título Preliminar de dicha Ley.**

La SUNAT, el Tribunal Fiscal y otras Administraciones Tributarias se sujetarán a los principios de la potestad sancionadora previstos en los artículos 168° y 171° del Código Tributario, **no siéndole de aplicación lo dispuesto en el artículo 230 de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, según modificatoria por el Decreto Legislativo N° 1272.** (énfasis agregado)

En este punto, la norma cuestionada establece que en los procedimientos seguidos ante la Sunat, el Tribunal Fiscal y otras administraciones tributarias se excluyen o no rigen algunas garantías o principios establecidos en la Ley 27444, tales como: legalidad, razonabilidad, tipicidad, etc.

Sin embargo, tal exclusión en dichos procedimientos administrativos resulta vulneratorio del derecho al debido procedimiento

administrativo, pues las garantías recogidas en la Ley 27444, con todo su significado y contenido, no se harán respetar o valer al interior de ellos.

Esta situación creada por la norma cuestionada, denotaría una desnaturalización del principio de aplicación supletoria de las normas generales sobre las especiales; y revelaría la existencia de una zona donde no rigen, a plenitud, los derechos constitucionales.

En consecuencia, considero que la demanda de inconstitucionalidad debe ser declarada **FUNDADA**.

S.

SARDON DE TABOADA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Me adhiero al voto singular del magistrado Sardón de Taboada, por los fundamentos que en él se expresan y a los cuales me remito como parte integrante del presente voto.

Adicionalmente, a ello, en cuanto al cuestionamiento formulado contra el Decreto de Urgencia 007-2019, es preciso señalar que, desde mi punto de vista, como lo he puntualizado en otras oportunidades, la normatividad emitida durante el interregno parlamentario resulta inconstitucional en su totalidad, puesto que, siendo la disolución del Congreso dispuesta por el hoy vacado ex presidente Martín Vizcarra un acto inconstitucional, como lo dejamos sentado en los voto singulares que emitimos en el proceso competencial recaído en el Expediente 00006-2019-PCC/TC, y posteriormente en el Expediente 00001-2021-PI/TC, todo acto derivado de la misma, como lo es el decreto de urgencia impugnado, no resiste el menor análisis de constitucionalidad, por cuanto:

- Desnaturaliza la excepcionalidad de los decretos de urgencia;
- Colisiona con la naturaleza esencialmente temporal de tal tipo de normas;
- Carece de conexidad con la supuesta situación fáctica que se arguye como generadora de su expedición; y
- Constituye un sinsentido toda vez que el decreto de urgencia no debe ser generado por causal impulsada por el propio emisor.

Todo ello violentando la esencia, la lógica y el sentido de lo dispuesto por los artículos 134 y 135 de la Constitución, que regulan la expedición de legislación nacional infraconstitucional de primer rango en el interregno producido entre la disolución del Congreso y la asunción de su tarea normativa por el nuevo Congreso; legislación que está constreñida al cumplimiento del propósito de restablecer la plena separación de poderes y la competencia normativa del Congreso de la República.

En tal sentido, mi voto es por declarar FUNDADA la demanda en cuanto al numeral 4, del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General y el Numeral 4, del artículo 248 del Texto único Ordenado (TUO) de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG); los numerales 1 y 3 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones con el Estado (LCE); el artículo 230, inciso 10, de la Ley 27444, modificada por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1272 y el artículo 248, numeral, 10 del TUO de la LPAG; la Quinta Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo 1311; y el Decreto de Urgencia 007-2019.

S. BLUME FORTINI



Pleno. Sentencia 198/2022

Exp. 00015-2020-PI/TC

Caso de las medidas extraordinarias para la adquisición de áreas en el Corredor Vial Apurímac-Cusco

RAZÓN DE RELATORÍA

Se deja constancia de que en la sesión de Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 17 de marzo de 2022, se reunieron los magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada, Miranda Canales, Blume Fortini, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera a efectos de pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad que dio origen al Expediente 00015-2020-PI/TC.

La votación fue la siguiente:

- El magistrado Miranda (ponente) votó por i) declarar infundada la demanda contra el Decreto de Urgencia 026-2019, modificado por el Decreto de Urgencia 027-2019, ii) interpretar los dispositivos de conformidad con los fundamentos 73 a 75 de la presente ponencia, debiendo comprenderse que la norma no es aplicable para el caso de los pueblos indígenas, y iii) declarar improcedente el extremo referido a la inaplicación de la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del *Reglamento de la Ley del Derecho de Consulta*.
- El magistrado Ferrero votó por declarar fundada la demanda y, en consecuencia, inconstitucional en su totalidad el Decreto de Urgencia 026-2019 y el Decreto de Urgencia 027-2019.
- El magistrado Sardón votó por declarar improcedente la demanda desde que se alega la vulneración del derecho a la consulta previa, por no tener este el rango normativo requerido.

- El magistrado Blume votó a favor de declarar fundada la demanda y, en consecuencia, inconstitucional en su totalidad los Decretos de Urgencia 026-2019 y 027-2019, sin posibilidad de interpretación.
- La magistrada Ledesma votó por declarar fundada la demanda y exhortar a la expedición de una nueva normatividad dirigida a la implementación de un proyecto similar, el que deberá realizarse en estricta coordinación con las comunidades que pudieran ser potencialmente afectadas, y tomando en consideración sus prácticas y tradiciones culturales.
- El magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votó por declarar fundada la demanda.

Estando a la votación descrita, y al no haberse alcanzado cinco votos conformes para declarar la inconstitucionalidad de la ley impugnada, la demanda fue declarada **INFUNDADA**, conforme a lo previsto en el artículo 107 del nuevo Código Procesal Constitucional y en el artículo 5, segundo párrafo, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

S.

FLAVIO REÁTEGUI APAZA

Secretario Relator

VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

TABLA DE CONTENIDOS

NORMA IMPUGNADAS	PARÁMETRO DE CONTROL
• Decreto de Urgencia 026-2019. • Decreto de Urgencia 027-2019.	Constitución Política del Perú, Artículos: 2.16; 2.19; 43, 59, 70 y 90. Convenio 16 de la Organización Internacional del Trabajo.

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio Constitucional

B. Debate Constitucional

B-1. Demanda

B-2. Contestación de demanda

C. Tercero

II. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación de la controversia

§2. Las modificaciones del DU 026-2019 por el DU 027-2019

§3. El Objeto de los DU 026 y 27-2019

§4. Sobre la expedición de los decretos de urgencia 026-2019 y 027-2019 durante el interregno parlamentario

§5. El Derecho a la consulta de medidas legislativas

§6. Análisis de la controversia

III. FALLO

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 2 de diciembre de 2020, don Orlando Santillán Mendoza, decano del Colegio de Abogados de San Martín, interpone demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto de Urgencia 026-2019 y el Decreto de Urgencia 027-2019, por contravenir las disposiciones constitucionales que estipulan los derechos a la propiedad y el derecho de los pueblos indígenas referidos a la consulta previa y a la libre autodeterminación.

Por su parte, con fecha 6 de abril de 2021, Luis Alberto Huerta Guerrero, en su condición de procurador público especializado en Materia Constitucional del Poder Ejecutivo, contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada en todos sus extremos.

B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

La parte postula una serie de argumentos sobre la inconstitucionalidad de la norma impugnada que, a manera de resumen, se presentan a continuación:

B-1. DEMANDA

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- Para el Colegio de Abogados, los decretos de urgencia 026-2019 y 027-2019, han sido expedido sin observarse los requisitos exigidos por la Constitución. Señala que solo pueden emitirse decretos de urgencia cuando hay una situación de interés nacional, que se requiera atender de urgencia, que sea extraordinaria e imprevisible, y que tenga contenido en materia económica y financiera.
- Alega que los decretos cuestionados afectan a las comunidades campesinas de Apurímac y Cusco, y por ello debió efectuarse un procedimiento de consulta. Acota que, todo acto normativo, como los decretos de urgencia que violan derechos de pueblos indígenas y comunidades campesinas, necesariamente debe ser consultado.

- Añade que estas normas debieron ser consultadas con las comunidades campesinas demandantes, pues la regulación de la adquisición y expropiación de las tierras implican actos de “disposición” de territorios de las comunidades campesinas, con lo cual se afecta el derecho a la propiedad sobre sus territorios ancestrales, reconocido en la Constitución y en el Convenio 169 de la OIT.
- Para el colegio de abogados demandante, habrá afectación negativa cuando se limita o menoscaba los derechos de los pueblos indígenas, y habrá afectación positiva cuando se protege, realiza, beneficia u optimiza tales derechos. Refiere que el criterio para determinar si una norma afecta derechos de los pueblos indígenas no es la denominación de la disposición, sino el análisis específico de los efectos que ella ocasiona en tales derechos.
- Argumenta que, en este caso, la exigencia de consulta previa se sustenta en que las normas cuestionadas generan la afectación directa de importantes derechos, donde destaca la afectación del derecho de propiedad de las comunidades campesinas demandantes, reconocido en el artículo 14, 17.2, 17.3 y 18 del Convenio 169 de la OIT, toda vez que dispone, usurpa y despoja a las comunidades campesinas de parte del territorio de su propiedad, sin antes haberles preguntado, comprado dichos territorios, establecido servidumbre o iniciar proceso de expropiación con previo pago de justiprecio.
- Sostiene que, según el Reglamento de la Ley del Derecho Consulta (Decreto Supremo 001-2012-MC), también las medidas de urgencia deben ser consultadas. En efecto, añade que, según la Octava Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley de Consulta previa, aprobado por DS 001-2012-MC, toda medida administrativa con carácter de urgencia debe ser consultada.
- | Alega que, según los artículos 7.2.c y 8.3.c de la Ley 28223, *Ley sobre los desplazamientos internos*, los pueblos indígenas no pueden ser desplazados de sus territorios. Y solo por excepción, cuando se cuente con su consentimiento, esto podrá ocurrir, y siempre que se observe un conjunto de reglas muy claras.
- En ese sentido, refiere que, al regularse una materia que va a implicar el desplazamiento de las comunidades de sus territorios, no solo

debe consultarse, sino que debe obtenerse el consentimiento de las comunidades afectadas.

- Por otro lado, sostiene que los decretos de urgencia 026-2019 y 027-2019 violan el derecho de propiedad de las comunidades campesinas, pues regulan la transferencia de propiedad de las comunidades al Estado. Añade que, materialmente se está afectando la propiedad y la posesión de tierras de las comunidades campesinas.
- Aduce que, en el presente caso, existen muchas otras maneras de promover la política vial a nivel nacional, sin tener que recurrir a procedimientos de despojo de tierras de comunidades campesinas, tal como está previsto en los decretos de urgencia 026-2019 y 027-2019, cuando se pretende pagar por debajo del valor de las tierras de las comunidades campesinas o cuando no se les compensa adecuadamente por sus tierras.
- Asevera que el gobierno debió de comprarles tierras a las comunidades, establecer una servidumbre o iniciar un proceso de expropiación de las tierras de las comunidades pagando su valor real, en claro respeto de su derecho de propiedad.
- Añade que los mencionados decretos de urgencia satisfacen el bien jurídico de promoción del desarrollo del Estado, de forma leve o en el mejor de los casos intermedia, ya que esta carretera solo beneficia a la empresa minera “Las Bambas”, pues le permite sacar sus concentrados mineros. En cambio, alega que la restricción del derecho de propiedad de las comunidades campesinas es alta e intensa, pues en los hechos se trata de la expropiación encubierta de las tierras de las comunidades campesinas, sin previo pago de justiprecio como lo exige la Constitución.
- Afirma que, la satisfacción de los bienes jurídicos perseguida por las normas cuestionadas (promoción del desarrollo), es leve, mientras que la intervención de los derechos de las comunidades demandantes (derecho a la propiedad sobre el territorio ancestral) es intensa y alta.
- Expone que no basta invocar la necesidad pública; esta tiene que ser acreditada. Y que si bien procede la expropiación, esta necesita un hecho habilitante: la necesidad pública. Refiere que en el presente caso no queda claro si existe una necesidad pública, o solo

la necesidad de una empresa minera para sacar sus concentrados mineros. Y que una cosa es la necesidad pública entendida como el interés público, no solo del Estado sino de todos los sectores, y otra el interés de una empresa minera.

- Expresa que en virtud a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.
- Cuestionan que el artículo 5 del Decreto de Urgencia 026-2019 establece un procedimiento que no asegura una efectiva protección del derecho de propiedad de los pueblos indígenas. Refiere que la publicación de un aviso en diarios en español y de circulación solo en zonas urbanas, desconoce que las comunidades campesinas son quechua hablantes y viven en zonas rurales donde no llegan los diarios.
- Por ello, alega que se trata de un procedimiento profundamente discriminatorio por no ser adecuado culturalmente, pues no garantiza que los pueblos tomen conocimiento de esta norma y puedan defender su propiedad.
- Sostiene que el plazo de 10 días establecido en el artículo 5 del Decreto de Urgencia 026-2019 para que las comunidades campesinas acrediten su propiedad es arbitrario. Explica que ello desconoce la realidad del campo y la forma como funcionan las comunidades campesinas, y no toma en cuenta que estos pueblos se encuentran lejos de las zonas urbanas.
- Para el demandante, las pruebas para acreditar propiedad no se pueden obtener en 10 días. Refiere que por lo general esto se acredita a través de complejos peritajes antropológicos, en los que se demuestre que un pueblo indígena ha ocupado un territorio, y luego de un serio trabajo de campo, por lo que 10 días de plazo resulta arbitrario.
- Por otro lado, resalta que el plazo de 20 días para desocupar la posesión establecida en el artículo 6 del Decreto de Urgencia 026-2019 es abusivo, ya que desconoce absolutamente la protección

reforzada que el ordenamiento constitucional. Además, el monto máximo establecido en el artículo 6.2 del Decreto de Urgencia 026-2019 como compensación por el territorio desconoce el valor del territorio para los pueblos indígenas.

- Enfatiza que, las normas cuestionadas, al disponer de los territorios de las comunidades campesinas y pueblos indígenas, viola su derecho a la identidad cultural, pues desconoce la estrecha y singular relación que estos tienen con la tierra, y las formas propias de su organización.

B-2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

El 6 de abril de 2021, el procurador público especializado del Poder Ejecutivo contesta la demanda esgrimiendo los siguientes argumentos:

- Para el procurador del Poder Ejecutivo, el sustento de las normas impugnadas se encuentra en la necesidad de garantizar el tránsito a través del Corredor Vial Apurímac-Cusco (en adelante, el corredor vial), para lo cual resultaba necesario expedir medidas normativas específicas, dado que el marco normativo general no permitía hacer frente de manera urgente a los problemas identificados.
- En esa línea, sostiene que en la exposición de motivos del Decreto de Urgencia 27-2019 se señala que su contenido se orienta a establecer “medidas para agilizar la adquisición de las áreas necesarias para la ejecución de la infraestructura que permiten el acceso a la población que se encuentra en el ámbito de la obra para la obtención oportuna de los servicios públicos básicos, tales como el de salud, educación y transporte”, razón por la cual se establece “el otorgamiento de una compensación económica dirigida a los propietarios, poseedores u ocupantes cuyos inmuebles se encuentren dentro del Derecho de Vía del Corredor Vial Apurímac-Cusco”.
- Aduce que en las normas cuestionadas se ha previsto un procedimiento especial, mediante el cual las personas que deseen acogerse recibirán dos beneficios adicionales, como un pago único y extraordinario por la entrega voluntaria de la posesión del inmueble afectado; equivalente a un pago no menor a 1 UIT ni mayor a 5 UIT; y una suma adicional al valor total de indemnización justipreciado.

- Refiere que si bien originalmente, el Decreto de Urgencia 26-2019 establecía que de no aceptar el beneficiario la compensación económica, o vencido el plazo establecido para que acredite sus derechos, se procedía a la elaboración del expediente técnico legal para el proceso expropiatorio, este procedimiento (y toda mención a una expropiación) fue dejado sin efecto por la modificación realizada a través del Decreto de Urgencia 27-2019.
- Alega que las normas impugnadas establecen un procedimiento voluntario para la adquisición de los inmuebles sobre los cuales se ejecuta el Corredor Vial Apurímac-Cusco, sin establecer consecuencias legales negativas para quienes decidan no someterse al mismo.
- Afirma además que en virtud del Informe 4-2021-MTC/20.11, los decretos de urgencia impugnados se vienen ejecutando en varios tramos del corredor vial, beneficiando a cientos de personas que, de manera voluntaria, han aceptado acogerse al procedimiento de trato directo. Por otra parte, alega que no se ha intervenido en aquellas zonas en donde podrían presentarse conflictos sociales.
- Argumenta que la demanda se basa en una interpretación errónea de las normas impugnadas, pues se alega que el procedimiento previsto en ellas afectaría directamente el derecho de propiedad y otros derechos de diversas comunidades campesinas, razón por la cual debieron ser consultadas. Plantea, de forma general, que tales normas tendrían como finalidad la “apropiación”, la “expropiación de tierras” y el “desplazamiento” de diversas comunidades campesinas, incluso “sin previo pago de justiprecio”.
- Sostiene que las normas impugnadas no establecen un procedimiento por medio del cual el Estado asume de manera directa la posesión o propiedad de tierras que pertenecen a alguna persona natural o jurídica. Por el contrario, establece un procedimiento voluntario orientado a su adquisición, con la finalidad de garantizar el tránsito por el corredor vial.
- Añade que la expropiación es una potestad constitucionalmente válida del Estado, siempre que cumpla con las garantías previstas legalmente. En el presente caso, si bien el Decreto de Urgencia 26-209 inicialmente regulaba el inicio de un procedimiento de

expropiación, este fue totalmente modificado por el Decreto de Urgencia 27-2019.

- Alega también que las normas impugnadas no establecen o regulan algún tipo de expropiación, sino solo un procedimiento voluntario para que mediante un trato directo (es decir, con consentimiento previo e informado de las partes), se llegue a un acuerdo sobre transferencia de la posesión, en tanto el Estado busca priorizar el trato directo voluntario, por el que, además, los afectados pueden obtener incluso sumas indemnizatorias mayores al valor de mercado de los mismos inmuebles.
- Por ello, concluye en este aspecto que, las normas impugnadas no obligan a ninguna persona, natural o jurídica, incluidas las comunidades campesinas, a transferir su propiedad, ni siquiera a negociar con el Estado. Tampoco se desprende de las normas que se obligue a la renuncia de un patrimonio y, mucho menos, implica una forma de “expropiación”, por lo que debe desestimarse este extremo de la demanda relacionada con la afectación del derecho de propiedad.
- Por otro lado, asevera que las normas impugnadas no regulan derechos relacionados con los pueblos indígenas, por lo que no puede afirmarse que su contenido los afecta directamente. Asimismo, tampoco busca establecer una regulación sobre el derecho de propiedad de las personas; su contenido se limita, como se ha indicado, a establecer un procedimiento voluntario de trato directo que no afecta directa (ni indirectamente) la propiedad, orientado al desarrollo de un corredor vial.
- Añade que el Tribunal Constitucional ha precisado en la Sentencia 00022-2009-PI/TC que si bien la consulta previa es un derecho constitucional, no implica un derecho de veto. A lo expuesto, agrega que aun en aquellos casos en que se haya verificado una afectación a algún derecho y no se haya efectivizado la consulta previa, se deberá analizar las repercusiones de dicha decisión.
- Acota que los decretos impugnados establecen determinados beneficios para que los pobladores de las comunidades campesinas puedan ceder voluntariamente algunas tierras para el mejoramiento del corredor vial Apurímac-Cusco, con la finalidad de que posteriormente no sea necesario un escenario de expropiación.

- Añade que la aplicación del test de proporcionalidad resulta irrelevante en tanto que, como se ha indicado, las normas impugnadas no disponen expropiación alguna, es decir, no existe una afectación o restricción concreta al derecho de propiedad y, por ende, al derecho a la consulta previa; ni siquiera se restringe o limita el derecho a recibir un pago por las tierras de las comunidades campesinas.

C. TERCERO

Mediante Auto de fecha 27 de mayo de 2021, este Tribunal Constitucional incorporó a Gilmar Aguirre León y un conjunto de ciudadanos en calidad de terceros.

II. FUNDAMENTOS

§1. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA

1. En este caso debe analizarse la constitucionalidad del Decreto de Urgencia 026-2019 y las modificaciones introducidas por el decreto de urgencia 027-2019 (en adelante DU 026-2019 y DU 027-219).
2. En esencia, en la demanda se está planteando que estas normas afectarían directamente a las comunidades campesinas aledañas al corredor vial Apurímac–Cusco, por lo que debieron ser materia de un proceso de consulta, en virtud del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante Convenio 169) y la Ley 29785, *Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, Reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo* (en adelante *Ley del Derecho de Consulta*).
3. Al respecto debe tenerse en cuenta que mediante Resolución Legislativa 26253, el Congreso Constituyente Democrático aprobó el Convenio 169, que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y es además un tratado sobre derechos humanos, por lo que ostenta rango constitucional. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías

institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes [Sentencia 03343-2007-PA/TC, fundamento 31].

4. Es decir que con la demanda se estaría impugnando la normativa referida por haber incurrido en una inconstitucionalidad por la forma. Esto es cuando: a) se ha producido un quebrantamiento en el procedimiento legislativo previsto en la Constitución, b) la norma se ocupa de una materia que la Constitución ha reservado a una fuente formal de derecho específica, y; c) la norma ha sido expedida por un órgano que constitucionalmente resulta incompetente para hacerlo [Sentencia 00020-2005-PI/TC, fundamento 22].
5. En concreto, se deduce que se habrían emitido los DU 026-2019 y las modificaciones introducidas por el DU 027-2019 sin observar el procedimiento de consulta, que es un mandato que tiene rango constitucional.
6. Asimismo, la entidad demandante ha alegado que los decretos de urgencia cuestionados han sido expedidos sin observarse los requisitos exigidos por el artículo 118, inciso 19 de la Constitución. Así, los decretos de urgencia no versarían sobre materias económicas y financieras, y por ello excederían los alcances del artículo 118, inciso 19 de la Constitución.

§2. LAS MODIFICACIONES DEL DECRETO DE URGENCIA 026-2019 POR EL DECRETO DE URGENCIA 027-2019

7. Previamente cabe observar algunas de las modificaciones establecidas por el DU 027-2019. En efecto, mediante el artículo 3 de este DU se han modificado los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, numeral 9.1 del artículo 9; numerales 10.1, 10.2 y 10.3 del artículo 10, 11, 12, 13; numeral 14.1 del artículo 14; numeral 16.1 del artículo 16; y la Única Disposición Complementaria Transitoria y el Anexo del DU 026-2019.
8. Es importante resaltar algunas de las modificaciones introducidas por el DU 027-2019. Por ejemplo, en el DU 026-2019 se hacía referencia a la frase “intervenciones viales temporales”, mientras que con la modificación se deja de lado toda mención a la temporalidad de estas. De igual forma, se reemplazó la frase “proceso de liberación y expropiación”, por un “proceso de adquisición”.

Asimismo, se reemplazaron los términos “afectados”, por el de “beneficiarios”, “áreas necesarias a liberar y expropiar para la ejecución de la obra de infraestructura”, por “áreas necesarias para su adquisición”, “área afectada” por “área necesaria”; y las referencias al “Informe técnico legal de expropiación”, se reemplazaron por el término “informe técnico legal de adquisición”.

9. Por su parte, en el artículo 7 a), se excluyó la frase “se procede a la elaboración del expediente técnico legal para el proceso de expropiación establecido en el artículo 8 del presente Decreto de Urgencia” y se le reemplazó con la frase, “se procede a la elaboración del expediente técnico legal.” Aunque se indicó que la identificación del sujeto pasivo se realiza conforme a la Tercera Disposición Complementaria Final del *Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1192*, aprobado por el Decreto Supremo 011-2019-VIVIENDA.
10. Y en el artículo 7 b) del DU 026-2019, que regula el supuesto en el que el afectado no acepta la compensación económica por el terreno, se procedía a “la elaboración del expediente técnico legal para el proceso expropiatorio establecido en el artículo 8 del presente Decreto de Urgencia.” Pero con la modificatoria, ello fue reemplazado con la frase “se procede conforme a la legislación vigente”.

§3. EL OBJETO DE LOS DECRETOS DE URGENCIA 026 Y 27-2019

11. El artículo 2 del DU 026-2019, modificado por el 027-2019, declaró de “interés nacional la ejecución de la obra de infraestructura denominada “Corredor Vial Apurímac-Cusco”. Asimismo, se ha indicado que la norma tiene por objeto

aprobar medidas aprobar medidas extraordinarias para la adquisición de áreas y la implementación de las intervenciones viales a realizarse en el Corredor Vial Apurímac - Cusco, a fin de permitir el acceso a los servicios públicos (artículo 1 del DU 026-2019, modificado por el DU 027-2019).

12. Por su parte, es relevante notar que en el antepenúltimo considerando del DU 026-2019, se indica que la *Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles, Transferencia de Inmuebles de Propiedad del Estado, Liberación de Interferencias y Dicta otras Medidas para la Ejecución de Obras de Infraestructura*, aprobado

por el Decreto Legislativo 1192 (en adelante *Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles*), no establece un procedimiento ajustado a la “necesidad de adquirir con especial celeridad áreas ubicadas” en el corredor vial mencionado.

13. Por ello, la normativa ahora cuestionada es planteada como un mecanismo que simplifica el procedimiento de adquisición establecido en la precitada norma. Esto ha sido expresado además en el último considerando del DU 026-2019, en el que se especifica que

es necesario adoptar medidas excepcionales que permitan garantizar la adquisición de áreas y la implementación de las intervenciones viales temporales respectivas que se encuentran en el ámbito del Corredor Vial Apurímac-Cusco.

14. Por su parte, la exposición de motivos del DU 026-2019 también brinda luces sobre el propósito de la normativa. Por ejemplo, cuando se indica que dicha norma prevé medidas para “agilizar la adquisición de las áreas necesarias para la ejecución de infraestructura”, y propone una “compensación dirigida a los propietarios, poseedores u ocupantes cuyos inmuebles se encuentran dentro del Derecho de Vía del Corredor Vial Apurímac-Cusco” [...].

15. Asimismo, en los considerandos del DU 027-2019, se indica que el DU 026-2019,

[...] aprueba medidas extraordinarias para la adquisición de áreas y la implementación de las intervenciones viales temporales a realizarse en el Corredor Vial Apurímac-Cusco, [y] se dispone procedimientos para la adquisición de áreas y la implementación de las intervenciones viales a realizarse en el Corredor Vial Apurímac-Cusco.

16. De igual manera en el Exposición de motivos del DU 027-2019 se precisó que:

a efectos de poder dar prioridad al mecanismo de adquisición de las áreas necesarias para la ejecución del Corredor Vial Apurímac-Cusco, se propone un procedimiento en el cual se contemple la posibilidad de reconocer al beneficiario el valor total de la Tasación.

17. Para poder comprender con mayor claridad el propósito de esta normativa, es importante también revisar sus antecedentes. Por ejemplo, el Informe 3075-2019-MTC/08, del 29 de noviembre de 2019, emitido por la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Transportes y dirigida la Secretaría General de dicho ministerio, concluye que es necesario “impulsar una norma” que apruebe “medidas extraordinarias para la liberación y expropiación de las áreas comprendidas en el Corredor vial Apurímac-Cusco” (punto 5.1).
18. De otro lado, cuando dicho Informe justifica el proyecto del decreto de urgencia, se hace mención a la Resolución Ministerial 054-2019-MTC/01.02, de fecha 30 de enero de 2019, que estableció el Derecho de Vía de la Ruta Nacional P3-3SY:

constituyendo 30 metros (15 metros de cada lado del eje de la vía, ancho que puede variar según la topografía del área circundante a la carretera y extenderse hasta 5 metros más allá del borde de los cortes, del pie de terraplenes o, del borde más alejado de las obras de drenaje y muros de sostenimiento).
19. Cabe precisar que de acuerdo con el *Glosario de Término de Uso Frecuente en Proyectos de Infraestructura Vial*, aprobado por Resolución Directoral 02-2018-MTC/14, se define el derecho de vía como:

Faja de terreno de ancho variable dentro del cual se encuentra comprendida la carretera y todos los elementos que la conforman, servicios, áreas previstas para futuras obras de ensanche o mejoramiento, y zonas de seguridad para el usuario. Su ancho se establece mediante resolución del titular de la autoridad competente respectiva. Las obras necesarias para garantizar la seguridad y funcionamiento hidráulico en los ríos, quebradas y otros cursos de agua, no están limitadas a la indicada faja del terreno que constituye el Derecho de Vía.
20. En la exposición de motivos del DU 026-2019, además se indicó que el 73.13% de las áreas afectadas por el Derecho de Vía se encuentran inscritas en los registros públicos, 15.18% se encuentran catastradas y el 11.70% no tiene ningún antecedente. Asimismo, se indicó que el término “afectado” (que como ya se observó, fue

remplazado por el de “beneficiario”) incluye a las personas naturales o jurídicas que ocupan o poseen las áreas ubicadas dentro del del ámbito que ocupa el Derecho de Vía.

21. En el ya citado Informe 3075-2019-MTC/08 también se indicó que, a fin de adquirir las áreas afectadas por el derecho de vía, fijado para el Corredor Vial Apurímac-Cusco, se debía proseguir en virtud de la *Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles*. Pero se advertían, al menos, dos problemas: que la *Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles* no resultaba idónea (ver punto 3.2 del Informe), y que no podían implementarse los procedimientos para la expropiación de predios porque no se contaba con una ley autoritativa, tal como lo indica el artículo 70 de la Constitución. Esta situación era particular porque además tenía que tomarse en cuenta que, en diciembre de 2019, ya se había instaurado el interregno parlamentario, de acuerdo con el Decreto Supremo 165-2019-PCM, que disolvió el Congreso. Es debido a este contexto que se estimó que el Poder Ejecutivo debía impulsar una iniciativa legislativa que declare la necesidad pública del proyecto, se autorice la expropiación y se dicten procedimientos para otorgar la indemnización justipreciada.
22. Es por ello que el artículo 7.2 b) del DU 026-2019, previo a su modificación, hace referencias explícitas a la *Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles* y al proceso de expropiación en caso de que los “afectados” no estén de acuerdo con lo ofrecido en la etapa de trato directo. Con el DU 027-2019, se mantiene el trato directo, pero en caso de que el “beneficiado” no acepte las condiciones de este, se indica que se aplicará la normativa vigente.
23. En el DU 026-2019 no solamente se hace referencia a un procedimiento extraordinario para la adquisición de áreas, sino que también indica que se deben implementar intervenciones viales. Si bien en los DU 026 y 027-2019 no se especifican en qué consisten dichas intervenciones viales, en la exposición de motivos del DU 026-2019 se indica que se realizará una conservación periódica y otra rutinaria. Ello con la finalidad de dar una solución al estado de la vía, “en función a sus condiciones actuales, tráfico pesado y las condiciones sociales para su implementación”. Advierte que ello

no generaría impactos ambientales negativos, puesto que las “actividades se ejecutarán sobre vías preexistentes”.

24. En suma, este Tribunal Constitucional observa que la versión original del DU 026-2019 establecía un procedimiento de expropiación para el caso particular del Corredor Vial Apurímac-Cusco, debido a que se consideraba pertinente una actuación inmediata. Más aún, si es que debido al interregno parlamentario no era factible aplicar la *Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles*. Con el DU 027-2019, no solo se modifican algunos términos, sino que también se deja de lado toda referencia a la normativa de expropiaciones. Pero este Tribunal advierte que ello no implica que se deje de lado esta posibilidad.
25. Ello se deduce debido a que sigue existiendo la declaratoria del interés nacional de la ejecución de la obra de infraestructura Corredor Vial Apurímac-Cusco. Asimismo, el hecho de que no se haga referencia a un procedimiento de expropiación y que en vez de ello se establezca que en el supuesto que se rechace el trato directo se aplicará la normativa pertinente, claramente deja abierta la posibilidad de aplicar la *Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles*. Más aún si es que se utiliza el término “áreas necesarias”. Esto es, terrenos sin los cuales no podría llevarse a cabo el proyecto vial.
26. De otro, lado debe aclararse que la norma no solo establece un procedimiento a fin de “agilizar la adquisición de las áreas necesarias para la ejecución de infraestructura”. El DU 026-2019, y su modificatoria, establecen la implementación de intervenciones viales en el Derecho de Vía del Corredor Vial Apurímac-Cusco. Es decir, se establece la ejecución de infraestructura para la cual se requiere de *áreas necesarias*, las que tendrían que pasar al dominio del Estado a fin de poder llevar a cabo el proyecto.
27. El Tribunal Constitucional concluye entonces que los decretos de urgencia cuestionados conllevan, implícitamente, la necesidad de obtener ciertos terrenos, para lo cual se plantea un procedimiento especial de trato directo, con plazos más cortos y se propone un monto “único y extraordinario” que no forma parte del pago del valor de tasación.

§4. SOBRE LA EXPEDICIÓN DE LOS DECRETOS DE URGENCIA 026-2019 Y 027-2019 DURANTE EL INTERREGNO PARLAMENTARIO

28. Para el Colegio de Abogados de San Martín solo se pueden expedir decretos de urgencia cuando hay una situación de interés nacional, que se requiera atender con urgencia, lo cual no se ha cumplido en el presente caso; y, por ende, los decretos de urgencia 026-2019 y 027-2019 han sido expedidos sin observarse los requisitos exigidos por la Constitución.
29. Por su parte, el Poder Ejecutivo alega que la materia sobre la que pueden versar los decretos de urgencia previstos en el artículo 135 de la Constitución es amplia y abarca a toda aquella que requiera ser regulada en el período de interregno parlamentario.
30. Este Tribunal advierte que, a partir de una interpretación sistemática de la Constitución, se puede distinguir entre decretos de urgencia “ordinarios”, expedidos en virtud del artículo 118, inciso 19 de la Constitución, de aquellos “extraordinarios”, que son emitidos al amparo del artículo 135 de la Norma Fundamental.
31. En el caso de los decretos de urgencia “ordinarios”, debe tenerse en cuenta que la Constitución dispone en el inciso 19 del artículo 118, que le corresponde al Presidente de la República:

Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.
32. De la Constitución se desprende que la expedición de los decretos de urgencia debe cumplir con algunos requisitos formales: i) el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros (inciso 3 del artículo 123 de la Constitución; y, ii) la obligación de dar cuenta al Congreso de la República, de acuerdo con lo previsto por el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución en conexión con el artículo 91 del Reglamento del Congreso.
33. La legitimidad de los decretos de urgencia debe ser determinada sobre la base de la evaluación de criterios endógenos y exógenos

a la norma; es decir, del análisis de la materia que regula y de las circunstancias externas que justifican su dictado (Sentencia 0008-2003-AI/TC, fundamento 59).

34. Ello implica que el control de constitucionalidad que efectúa este Tribunal, exige que la adopción de estas medidas responda a los criterios de: i) excepcionalidad, ii) necesidad, iii) transitoriedad, iv) generalidad; y y) conexidad (Sentencia 00007-2009-AI/TC, fundamento 9).
35. Las exigencias formales y materiales de los decretos de urgencia precisadas *supra*, se desprendían de la interpretación del artículo 119 inciso 18 de la Constitución; sin embargo, estas presentan matices especiales cuando se expiden al amparo del artículo 135 de la Norma Fundamental. Esta disposición constitucional establece que:

Reunido el nuevo Congreso, puede censurar al Consejo de Ministros, o negarle la cuestión de confianza, después de que el Presidente del Consejo haya expuesto ante el Congreso los actos del Poder Ejecutivo durante el interregno parlamentario. En ese interregno, el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia, de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso, una vez que éste se instale.

36. En el presente caso, el Colegio de Abogados de San Martín aduce que los decretos de urgencia 026-2019 y 027-2019 adolecen de vicios de inconstitucionalidad, por cuanto no han respetado las exigencias que se desprenden del artículo 118 inciso 19 de la Constitución.
37. Sin embargo, este Tribunal no comparte tal criterio, debido a que como, ya se ha expuesto *supra*, la Norma Fundamental permite la expedición de decretos de urgencia no solo en virtud del artículo 118 inciso 19 de la Constitución, sino también a la luz del artículo 135 de la Constitución (interregno parlamentario).
38. Sobre tal controversia, este Tribunal ha precisado recientemente que, en un escenario excepcional, sería irrazonable que las exigencias que debe observar el Poder Ejecutivo al emitir los decretos de urgencia durante dicho interregno sean las mismas que cuando dicha situación no se configura (Sentencia 00003-2020-PI/TC, fundamento 23).

39. Resulta razonable entonces que en tales circunstancias las limitaciones al contenido de los decretos de urgencia, relacionados con la materia económica y financiera, no resulten aplicables a los decretos emitidos a la luz del artículo 135 de la Constitución. No obstante, y sin ánimo exhaustivo, este Tribunal entiende que existen al menos dos materias vedadas para el contenido de los decretos de urgencia emitidos al amparo del artículo 135 de la Norma Fundamental, y son la prohibición de regular reformas constitucionales y las leyes de desarrollo constitucional.
40. El interregno parlamentario, tras la disolución del Congreso de la República, supone una circunstancia de excepción constitucional, durante el cual el Poder Ejecutivo puede legislar mediante decretos de urgencia. No obstante, ello no exime a tales actos del control respectivo, ante el Poder Legislativo y la jurisdicción constitucional, como ocurre en el presente caso.
41. Y es que, ante la disolución del Congreso por las causales previstas en el artículo 134 de la Constitución, el Poder Ejecutivo tiene competencia para legislar a través de decretos de urgencia durante el interregno parlamentario. Sin embargo, tal circunstancia no podría ameritar que este Tribunal valide la expedición de decretos de urgencia que anulen el efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales.
42. En consecuencia, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

§5. EL DERECHO A LA CONSULTA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS

43. Mediante la *Ley del Derecho de Consulta* y su reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo 001-2012-MC, se han establecido los mecanismos de dicho procedimiento. El artículo 2 de la *Ley del Derecho de Consulta* establece que los pueblos indígenas u originarios deben ser consultados en forma previa respecto a medidas legislativas o administrativas que “afecten directamente sus derechos colectivos” (artículo 2).
44. De otro lado, en el artículo 8 de la *Ley del Derecho de Consultase* establece que las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben cumplir con ciertas etapas que se mencionan a continuación:

- a) Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.
 - b) Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.
 - c) Publicidad de la medida legislativa o administrativa.
 - d) Información sobre la medida legislativa o administrativa.
 - e) Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente.
 - f) Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.
 - g) Decisión.
45. También es importante resaltar que el procedimiento de consulta se rige de acuerdo con el principio de interculturalidad, y su realización debe reconocer, respetar y adaptarse a las diferencias entre las culturas, “contribuyendo al valor de cada una de ellas” (artículo 4 b.).
46. De igual forma, la jurisprudencia de este Tribunal ha entendido que el derecho a la consulta configura también un diálogo intercultural (Sentencia00022-2009-PI/TC, fundamento 17). Este dialogo se debe activar cada vez que una medida administrativa o legislativa es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas.
47. El Tribunal también indicó que el artículo 6 del Convenio 169 establece que la consulta se realiza “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. Ello no implica que, si las partes no arriban a un acuerdo o si los pueblos indígenas niegan su consentimiento, la medida administrativa o legislativa no podrá ser implementada. En realidad, lo que explica tal artículo es que la aludida finalidad debe orientar y ser el objetivo de la consulta, pero no una condición para implementar la medida.
48. Dicho de otra manera, si los pueblos indígenas no dan su consentimiento a la medida, el Estado puede implementar la medida materia de la consulta. El Estado tendrá en todo caso que acreditar

que hizo todo lo posible para poder acomodar las preocupaciones y sugerencias de los pueblos indígenas sobre la medida consultada. Ello en virtud del principio de la buena fe que rige el proceso de consulta.

49. En efecto, el artículo 15 de la *Ley del Derecho de Consulta* ha indicado que la decisión final sobre la aprobación de la medida consultada corresponde a la entidad estatal competente. Dicho artículo también indica que la decisión debe estar debidamente motivada, lo que implica una evaluación y consideración de las sugerencias y recomendaciones planteadas por los pueblos indígenas.
50. Es decir, la regla general es que, si bien el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento, ello no implica que se requiera de modo indispensable el consentimiento del pueblo indígena para que la entidad estatal puede implementar la medida consultada.
51. Ello no significa que en algunos casos sí se requiera del consentimiento de los pueblos indígenas para poder implementar tal medida. Por ejemplo, el literal b) de la Séptima Disposición Complementaria Transitoria y Final del *Reglamento de la Ley del Derecho de Consulta* establece que la autorización o decisión de almacenar materiales peligrosos en territorios de pueblos indígenas no puede realizarse “sin el consentimiento de los titulares” del territorio.
52. Por su parte en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que:

[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones (fundamento 134).
53. En dicho caso la Corte precisó que siempre que exista un plan de desarrollo o de inversión que pueda tener un “impacto profundo” en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo indígena, se tendrá que requerir no solo un procedimiento de consulta, sino también se tendrá que obtener el consentimiento libre, previo e informado según sus costumbres.

54. Este Tribunal Constitucional advierte que la Corte Interamericana no estableció un contenido específico del término “mayor impacto” o “impacto profundo”, pero ello no implica que este concepto no pueda ser definido jurisprudencialmente, caso por caso.
55. En suma, la regla general es que se consulte a los pueblos indígenas, y no se requiere contar con el consentimiento de estos para proseguir con la medida. De otro lado, en ciertas circunstancias en donde se prevea un “impacto profundo” en los derechos de propiedad de los pueblos indígenas o sus miembros, tal como el almacenamiento de materiales peligrosos en sus territorios, además de la consulta, se requerirá obtener el consentimiento del pueblo indígena.
56. Se aprecia, en suma, una configuración dinámica y contextualizada del derecho de consulta, pues se requiere más obligaciones cuando el impacto es mayor y menos obligaciones cuando el impacto pueda ser considerado menor. Dicha configuración encuentra su fundamento no solo en el *Reglamento de la Ley del Derecho de Consulta* o en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino especialmente en el principio de flexibilidad, explicado en el artículo 5, literal b) del *Reglamento de la Ley del Derecho de Consulta*, que establece que:

Deben establecerse mecanismos apropiados, realizándose las consultas de una forma adaptada a las circunstancias y a las particularidades de cada pueblo indígena consultado.

57. De igual forma en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional (Sentencia 00022-2009-PI/TC, fundamentos 31-32), se ha indicado lo siguiente:

[...] el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración. En tal sentido, ello tendrá que ser tomado en cuenta al momento de analizar la realización del derecho de consulta y los consensos a los que se arriben. Así, mientras mayor intensidad de intervención se prevea, mayor escrutinio

tendrá que existir al momento de revisar el proceso de consulta. Ello debido a que se está frente a una intervención que en principio será importante y de un mayor nivel de afectación. En tal sentido, importa mayor participación por parte de los pueblos indígenas directamente afectados.

58. Tratándose de una consulta sobre una medida legislativa, es relevante tener presente lo establecido en la Sentencia 00022-2009-PI/TC, en donde el Tribunal llamó la atención sobre la necesidad de distinguir, cuando menos, 3 configuraciones de normas legales:
- a. medidas dirigidas a regular aspectos que conciernen en forma exclusiva a los pueblos indígenas;
 - b. normas de alcance general que podrían implicar una afectación “indirecta” a los pueblos indígenas; y,
 - c. medidas específicas relacionadas con pueblos indígenas dentro de normas de alcance general [fundamento 21].
59. Desde luego, existen otras configuraciones que pueden generarse. Piénsese en una medida legislativa específica o especial que, sin incluir referencias a los pueblos indígenas, regula aspectos relacionados con estos de manera implícita, generando una afectación directa.

§6. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA

60. En la contestación de la demanda se ha planteado que el DU 026-2019, modificado por el DU 027-2019, es unanorma de alcance general que implicaría, en todo caso, una afectación indirecta a los pueblos indígenas. Por consiguiente, alega que no existía una obligación de llevar a cabo una consulta previa.
61. Para este Tribunal, la norma está lejos proyectar mandatos generales. Por el contrario, el decreto de urgencia y su modificatorio establecen un proyecto y un procedimiento específico para el contexto del Corredor Vial Apurímac–Cusco. Es más, plantean excepciones al régimen general de la *Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles*, al régimen de la Ley 30225, *Ley del Contrataciones del Estado* (ver artículo 14 del DU 026-2019 y su modificatoria) y a la Ley 30879, *Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2019* (art. 16 del DU 026-2019).

62. Por ello, se trata de una ley especial emitida en virtud de lo establecido por el artículo 103 de la Constitución, atendiendo a la naturaleza de las cosas. Como ya lo ha indicado este Tribunal en la Sentencia 00018-2003-AI/TC:

Las leyes especiales hacen referencia específica a lo particular, singular o privativo de una materia. Su denominación se ampara en lo *sui géneris* de su contenido y en su apartamiento de las reglas genéricas.

En puridad, surgen por la necesidad de establecer regulaciones jurídicas esencialmente distintas a aquellas que contemplan las relaciones o situaciones indiferenciadas, comunes o genéricas.

63. Por lo expuesto, debe rechazarse el argumento del Poder Ejecutivo en este punto. Pero estas consideraciones sirven también para identificar propiamente los alcances de los decretos de urgencia cuestionados. Se observa que el DU 026-2019, y su modificatoria, configuran una ley especial, que regula un contexto particular.
64. Como ya se ha indicado, el DU 026-2019, modificado por el DU 027-2019, declaró de interés nacional la ejecución de la obra de infraestructura Corredor Vial Apurímac-Cusco. Además, estableció un procedimiento de trato directo con la finalidad de adquirir las áreas necesarias para ello.
65. Por su parte, el ya citado Informe 3075-2019-MTC/08, indicó en su punto 3.5 que la Unidad Gerencial de Derecho de Vía contaba con una pre identificación de áreas afectadas por el Derecho de Vía del Corredor Vial Apurímac-Cusco. De otro lado en el punto 3.2 de dicho informe se expone que a través del trato directo “únicamente se han liberado 20 km de carretera (Comunidad Campesina Choquecca Antio, Pumamarca y Allahui). Es decir, el Ministerio de Transportes tenía conocimiento de la existencia de comunidades campesinas en el área. Más aún, la Comunidad Campesina Pumamarca, por ejemplo, se encuentra en la Base de datos oficial de los Pueblos Indígenas Originarios del Ministerio de Cultura, con resolución de reconocimiento 277-76-OAJAF-ORAMS-VII.
66. La situación descrita debió poner en marcha la aplicación del artículo 8 de la *Ley del Derecho Consulta* y el artículo 8 del su

Reglamento respecto de la Comunidad Campesina Pumamarca, por cuanto fue identificada como pueblo indígena. Dicho mandato se debía extender además a cualquier otra comunidad campesina que haya sido reconocida como pueblo indígena, de acuerdo con la normativa pertinente.

67. El Reglamento de la *Ley del Derecho de Consulta* estatuye que el término afectación directa implica la producción de cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas (artículo 3 b. del Decreto Supremo 001-2012-MC).
68. Este Tribunal ha observado que el DU 026-2019, modificado por el DU 027-2019, hace referencia a la necesidad de contar con “áreas necesarias” para poder implementar la ejecución de la obra de infraestructura Corredor Vial Apurímac-Cusco. Ello significa que existe un proyecto de infraestructura para el cual se necesita (por eso la mención a las “áreas necesarias”) cierto espacio territorial.
69. Dado el espacio territorial que cruza este Corredor Vial Apurímac-Cusco, es razonablemente probable que tales “áreas necesarias” puedan sobreponerse a territorios de pueblos indígenas. Es decir, el proyecto materia de interés nacional, para el cual se requiere adquirir áreas de terreno, es susceptible de afectar a pueblos indígenas.
70. Si bien en la contestación de la demanda se ha indicado que solo se estaría planteando un mecanismo voluntario para la adquisición de tierras, este argumento deja de lado que el objeto de la norma es la ejecución de infraestructura de un proyecto declarado de interés nacional, por lo que como se indicó en el artículo 7.2 del DU 026-2019, modificado, en caso de que el beneficiado no acepte la compensación económica se “procederá conforme a la legislación vigente.” Este Tribunal entiende que esta se refiere a la normativa relativa a expropiaciones.
71. En suma, la norma plantea que se llevará a cabo un proyecto susceptible de afectar la propiedad territorial de los pueblos indígenas. En tal sentido, corresponde concluir que se debió realizar la consulta previa en aquellas áreas donde se verifique la propiedad de pueblos indígenas, de acuerdo con la normativa vigente sobre esta materia.

72. Ello no implica necesariamente que las normas impugnadas tengan que ser declaradas inconstitucionales y expulsadas del ordenamiento jurídico nacional. Y es que, dentro de la especificidad del ámbito normado por estos decretos de urgencia, existe la diferencia entre aquellos territorios que pertenecen a pueblos indígenas y aquellos que no pertenece a pueblos indígenas.
73. En tal sentido, en virtud del principio de conservación de la ley -que exige al juez constitucional “salvar”, hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada [Sentencia00004-2004-CC/TC, fundamento 3.3]- debe ponderarse la interpretación de la norma. Así, la declaratoria de inconstitucionalidad solo procede cuando se trata de una inconstitucionalidad evidente y cuando no exista otra interpretación factible.
74. Este Tribunal advierte que la norma bajo cuestionamiento puede ser interpretada en el sentido que los alcances de su articulado excluyen a la propiedad territorial de los pueblos indígenas, y de esta manera deben ser comprendidos o interpretados el DU 026-2019 y su modificatoria. Solo de esta manera la norma sería constitucional, puesto que la regulación no recae sobre la propiedad de los pueblos indígenas. En suma, la norma bajo análisis es constitucional en tanto se excluya de su aplicación a los pueblos indígenas, de otra forma, la norma habría tenido que ser sometida a un proceso de consulta previa.
75. Esta interpretación es compatible, además, con lo establecido de manera general en la Cuarta Disposición Complementaria Final del DU 026-2019, que establece,

En la implementación de las disposiciones contenidas en el presente Decreto de Urgencia, las entidades competentes garantizan los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, conforme a la normativa vigente en la materia.

76. De otro lado, y en vista de lo considerado hasta ahora, la pretensión referida a la supuesta omisión del consentimiento de los pueblos indígenas debe ser desestimada, dado que el sentido interpelativo del DU 026-2019 y su modificatoria, no incluye a los pueblos indígenas.

77. Por último, la pretensión referida a la inaplicación, vía control difuso, de la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del *Reglamento de la Ley del Derecho de Consulta*, debe desestimarse, por cuanto la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Sentencia 29126-2018, del 24 de octubre de 2019, declaró fundada la demanda de acción popular. En tal sentido, dado que dicha disposición ya no forma parte del ordenamiento jurídico, no es factible emitir un pronunciamiento al respecto.

Por estas consideraciones, mi voto es por lo siguiente:

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto de Urgencia 026-2019, modificado por el Decreto de Urgencia 027-2019, que aprueba medidas extraordinarias para la adquisición de áreas y la implementación de las intervenciones viales temporales a realizarse en el Corredor Vial Apurímac- Cusco.
2. **INTERPRETAR** los referidos dispositivos de conformidad con los fundamentos 73 a 75 de la presente ponencia, debiendo comprenderse que la norma no es aplicable para el caso de los pueblos indígenas.
3. Declarar **IMPROCEDENTE** el extremo referido a la inaplicación de la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del *Reglamento de la Ley del Derecho de Consulta*.

S.

MIRANDA CANALES

PONENTE MIRANDA CANALES

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

En el presente caso, el Colegio de Abogados de San Martín solicita que se declare inconstitucional el Decreto de Urgencia 026-2019 y su modificatoria, el Decreto de Urgencia 027-2019. En esencia, argumenta que las referidas normas afectan directamente a las comunidades campesinas aledañas al corredor vial Apurímac-Cusco, por lo que debió ser materia de un proceso de consulta, en virtud del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Ley 28785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, Reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Según el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política del Estado, dictar decretos de urgencia es una atribución del Presidente de la República. Empero, este no puede legislar, vía decretos de urgencia, sobre lo que se le ocurra. Solo puede hacerlo sobre asuntos urgentes “en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso”. Las medidas extraordinarias para la adquisición de áreas en el Corredor Vial Apurímac-Cusco no es materia urgente ni económico-financiera.

En la sentencia 00010-2020-PI/TC, este Tribunal señaló que los límites de los decretos de urgencia extraordinarios –expedidos cuando el Congreso de la República es disuelto por el Presidente de la República– no son idénticos a los que corresponden a los ordinarios –expedidos cuando el Congreso está en funciones–. Empero, ello no significa que aquellos no tengan ningún límite formal y material. En la misma sentencia se insistió que, durante el interregno parlamentario, “el Poder Ejecutivo tiene habilitada la competencia para legislar a través de decretos de urgencia, con base –y también con límites– en la propia Constitución” (fundamento 30).

Dicha sentencia trata de una materia eminentemente económica, puesto que la intervención notarial en el arrendamiento financiero incide en la informalidad. Los decretos de urgencia cuestionados en el presente proceso de inconstitucionalidad no contienen una materia semejante. En puridad, contienen medidas extraordinarias de liberación y expropiación de áreas y la implementación de las intervenciones viales temporales a realizarse en el Corredor Vial Apurímac-Cusco. Esto no puede hacerse, a través de decretos de urgencia. Evidentemente, por tanto, los decretos de urgencia constituyen un ejercicio abusivo de una atribución constitucional.

A mayor abundamiento, estos decretos de urgencia vulneran el principio de separación de poderes consagrado en el artículo 43 de la Constitución. Según este precepto, la facultad de legislar reside en el Congreso de la República, ya que este está integrado por representantes de todas las corrientes de opinión que existen en la sociedad. Legislar corresponde al Congreso de la República porque es allí donde se analiza y pondera mejor todas las consecuencias que derivan de las leyes. El Poder Ejecutivo, representa solo a la corriente de opinión mayoritaria (a veces, a una muy relativa).

Por todo ello, nuestro voto es por declarar **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** en su totalidad el Decreto de Urgencia 026-2019 y el Decreto de Urgencia 027-2019.

S.

FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Emito el presente voto singular pues la demanda de inconstitucionalidad planteada contra los Decretos de Urgencia 026-2019 y 027-2019 se sostiene, esencialmente, en la supuesta infracción constitucional que significaría no haber realizado el procedimiento de consulta a las comunidades campesinas aledañas al corredor vial Apurímac-Cusco, de manera previa a su emisión.

Sin embargo, el derecho a la consulta previa no está reconocido por la Constitución. En realidad, no podía estarlo siquiera, ya que hubiese roto toda su lógica. El artículo 2 de la Constitución, en efecto, establece derechos que corresponden a todas las personas por el hecho de ser tales; es decir, no establece derechos para grupos sociales determinados. Tampoco deriva del artículo 89 de la Constitución, ya que las comunidades campesinas a las que alude este artículo deben organizarse jurídicamente para existir; la existencia de los pueblos tribales e indígenas, en cambio, es independiente del orden jurídico.

Por tanto, el derecho a la consulta previa deriva directamente del Convenio 169 de la OIT. Empero, para que este convenio hubiese añadido un derecho fundamental a la Constitución, su aprobación tendría que haberse hecho conforme al procedimiento previsto para la reforma constitucional, como lo requiere el segundo párrafo del artículo 57 de la Constitución. Este dice lo siguiente:

Cuando el tratado *afecte* disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República [*énfasis añadido*].

Según el Diccionario de la Lengua Española, *afectar* es:

Producir alteración o mudanza en algo.

Evidentemente, agregar un derecho fundamental a la Constitución implica alterarla. Por tanto, no se puede hacerlo sin seguir el procedimiento de reforma de la Constitución.

El Convenio 169 fue ratificado por el Perú el 26 de noviembre de 1993. En ese momento, si bien aún no estaba vigente la Constitución –ello ocurrió recién el 31 de diciembre de 1993–, su texto ya había sometido a la aprobación de la ciudadanía a través del referéndum. Este fue realizado, en efecto, el 31 de octubre de 1993. A partir de ese momento, no podía cambiársele una coma al texto constitucional –ni menos agregársele un derecho fundamental– sin seguir el procedimiento previsto para la reforma constitucional.

Por demás, cabe precisar que la Constitución no establece que los tratados sobre derechos humanos tengan rango constitucional; tienen solo rango legal. Lo anterior se desprende de una lectura conjunta del artículo 200, inciso 4; los artículos 56 y 57; y, la cuarta disposición final y transitoria.

Por tanto, mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de inconstitucionalidad presentada contra los Decretos de Urgencia 026-2019 y 027-2019, desde que se alega la vulneración del derecho a la consulta previa, por no tener este el rango normativo requerido.

S.

SARDÓN DE TABOADA

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
ERNESTO BLUME FORTINI OPINANDO QUE DEBE
DECLARARSE FUNDADA LA DEMANDA
E INCONSTITUCIONALES EN SU TOTALIDAD
LOS DECRETOS DE URGENCIA 026-2019 Y 027-2019**

Con el debido respeto hacia mis distinguidos colegas Magistrados que han asumido una posición discrepante a la mía en la resolución de la presente controversia constitucional, considero que los Decretos de Urgencia 026-2019 y 027-2019 son inconstitucionales en su totalidad, puesto que, siendo la disolución del Congreso dispuesta por el hoy vacado ex presidente Martín Vizcarra un acto inconstitucional, como lo dejé sentado en el voto singular que emití conjuntamente con el Magistrado Ferrero Costa en el proceso competencial recaído en el expediente 00006-2019-PCC/TC, deviene en inconstitucional todo acto derivado de la misma, como lo son los decretos de urgencia impugnados.

De otro lado, considero que tanto el Decreto de Urgencia 026-2019 como su modificatoria, dada por el Decreto de Urgencia 027-2019, que aprueban medidas extraordinarias para la adquisición de áreas y la implementación de las intervenciones viales temporales a realizarse en el corredor vial Apurímac – Cusco, no resisten el menor análisis de constitucionalidad, por cuanto:

- Desnaturalizan la excepcionalidad de los decretos de urgencia;
- Colisionan con la naturaleza esencialmente temporal de tal tipo de normas; y
- Constituyen un sinsentido toda vez que el decreto de urgencia no debe ser generado por causal impulsada por el propio emisor.

Todo ello violentando la esencia, la lógica y el sentido de lo dispuesto por los artículos 134 y 135 de la Constitución, que regulan la expedición de legislación nacional infraconstitucional de primer rango en el interregno producido entre la disolución del Congreso y la asunción de su tarea normativa por el nuevo Congreso; legislación que está

constreñida al cumplimiento del propósito de restablecer la plena separación de poderes y la competencia normativa del Congreso de la República.

Sentido de mí voto

En tal sentido, mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, inconstitucional en su totalidad los Decretos de Urgencia 026-2019 y 027-2019, sin posibilidad de interpretación.

S.

BLUME FORTINI

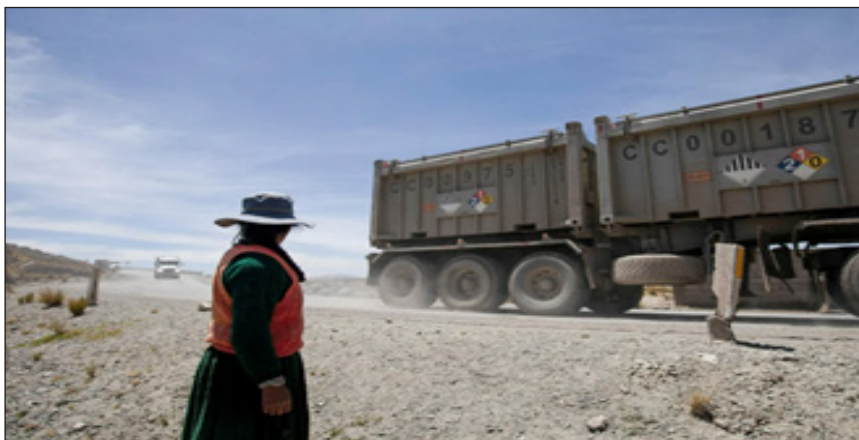
VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

La explotación minera sólo debería realizarse cuando exista equilibrio entre los derechos e intereses de las comunidades campesinas, empresas y Estado.

Lamentablemente nuestra historia nos muestra que los fuertes siempre han aplastado a los débiles. Así ha sido ayer, es hoy y por lo visto será mañana también.

Dicen que a veces una imagen vale más que mil palabras. Por eso empiezo este voto, compartiendo una imagen que quiere graficar la problemática del caso. Si bien formalmente se orienta al control abstracto de una norma, dicha norma invisibiliza -en esencia- los derechos básicos de los pobladores que ocupan ancestralmente las áreas donde opera el corredor minero Las Bambas.

Debo hacer las precisiones sobre el contexto en el que se expiden las normas impugnadas, Decretos de Urgencia 026-2019 y 027-2019. La empresa minera de cobre MMG Las Bambas necesitaba el corredor vial Apurímac – Cusco para hacer circular diariamente entre 200 y 300 enormes camiones de concentrado de mineral y el Gobierno peruano necesitaba viabilizar la transitabilidad en dicho corredor vial y contribuir a dinamizar la economía del Estado peruano.



El gran detalle, que no se muestra, es que en ese corredor existen personas humanas, peruanos y peruanas, que habitan dichas tierras y que desarrollan su vida bajo su cosmovisión ancestral propia de su cultura. Las personas de las comunidades que viven en estas zonas necesitaban entender lo que estaba pasando, a fin que se les permita participar en los asuntos públicos que les podían afectar directamente y sobre todo que se les pregunte si esos cambios afectarían su vida cotidiana y cómo -consensuadamente- se podría remediar esa intervención. El desarrollo minero que se quiere implementar no puede llevar a invisibilizar a los pobladores que habitan dichas áreas.

Desde que se expiden los Decretos de Urgencia 026-2019 y 027-2019 (12 y 14 de diciembre del 2019) hasta hoy, sólo esta empresa minera MMG Las Bambas y el Gobierno pudieron cubrir sus necesidades, pero ellos no son los únicos protagonistas de esta historia. Los pobladores de la zona intervenida también lo son y por ello, surge la pregunta ¿Y qué paso con los pobladores de las comunidades que viven en la zona? Nada, sencillamente eso, ¡NADA!. Ellos no merecieron ninguna consideración. Sólo les quedaba, como en la imagen⁴¹, mirar el paso de los enormes camiones y soportar los efectos que genera para el medio ambiente en el que viven y desarrollan su labor de subsistencia.

41 Foto de Reuters, 3 marzo de 2022, tomada de la página de América Economía: <https://www.americaeconomia.com/negocios-industrias/mina-las-bambas-de-mmg-enfrenta-su-tercer-bloqueo-del-ano-en-peru>

A pesar que la Constitución Política del Estado afirme que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, esto no resulta convincente para quienes habitan esta zona y soportan los efectos de la normatividad diseñada e impuesta por la urbe limeña, y no tienen, por el momento, otra opción de resignarse, como siempre, a ser invisibles a los ojos de funcionarios y autoridades que no miran la problemática de manera integral. Hay un sector de peruanos y peruanas, que deben ser visibilizados y atendidos por las reformas e intervenciones que se quiera hacer en las tierras que vienen ocupando ancestralmente.

Por ello, considero que la demanda de inconstitucionalidad contra los Decretos de Urgencia 026-2019 y 027-2019, debe ser declarada **FUNDADA** y en consecuencia inconstitucionales dichos decretos porque vulneran el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades indígenas, así como los derechos a la identidad étnica y cultural, al uso del propio idioma ante cualquier autoridad, de propiedad y a la participación ciudadana de las comunidades indígenas y también de las comunidades campesinas. Además, estos Decretos son inconstitucionales por la falta de deliberación en la formación de dichas normas legislativas, más aún si fueron expedidas por el Poder Ejecutivo en los tiempos que estaba disuelto el Congreso de la República.

En este voto parto de reconocer que si bien es cierto que no toda comunidad campesina es a la vez una comunidad indígena, también lo es que todas las comunidades campesinas, así sean comunidades indígenas o no, tienen derechos fundamentales que deben ser respetados por todas las autoridades y particulares. Además, estas comunidades, por formar parte de los grupos en condición de una histórica vulnerabilidad, deben merecer un tratamiento especial por parte de las autoridades y particulares para poder superar dicha condición de vulnerabilidad.

Precisamente el Estado tiene la obligación de proteger y hacer efectiva la igualdad material en el ejercicio de los derechos de todas las personas. Los derechos de una empresa minera o los intereses del Estado no deben valer más que los derechos de las comunidades indígenas o las comunidades campesinas. Es ya conocido el contexto histórico de discriminación y postergación que, durante siglos han sufrido las comunidades campesinas, sean indígenas o no.

Los mencionados Decretos de Urgencia establecían medidas extraordinarias, primero para “expropiar áreas”, lo que fue cambiado por

“adquirir áreas”, en el corredor vial Apurímac – Cusco. Teniendo en cuenta los elementos probatorios adjuntados en autos estimo que tales Decretos, bajo la apariencia de ser de carácter general, debieron ser sometidos a una consulta previa, libre e informada de todas aquellas comunidades indígenas de los específicos ámbitos territoriales en los que se construyó el referido corredor vial, pero también debieron tomar en cuenta los mencionados derechos de las comunidades campesinas, sean indígenas o no, antes de decidir “de facto” que se debían “adquirir” tales áreas.

No comparto los argumentos de la sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional que declara infundada la demanda y menos aún que hayan realizado una pésima interpretación que, según dicen, salva la constitucionalidad de los Decretos de Urgencia impugnados.

Una interpretación de la ley conforme con la Constitución es correcta cuando se identifica un texto que puede tener dos o más sentidos interpretativos, de modo que al verificar un sentido que sea conforme con la Constitución se salva a la disposición de ser expulsada del ordenamiento jurídico. Sin embargo, la mayoría del Tribunal Constitucional no ha identificado un texto de los Decretos de Urgencia que tengan diferentes sentidos interpretativos, sino que, como si fueran legisladores, le han agregado un nuevo contenido a los Decretos de Urgencia: debe comprenderse que “la norma no es aplicable para los pueblos indígenas” (punto resolutivo 2 de la sentencia).

Ese no es un sentido interpretativo de alguno de los 17 artículos del Decreto de Urgencia 026-2019 o de las más de 17 reformas del Decreto de Urgencia 027-2019. Respetuosamente estimo que ese agregado interpretativo de la mayoría del Tribunal Constitucional es irrelevante en este proceso de inconstitucionalidad, más aún que, aunque sorprenda, en el fundamento 65 de la propia sentencia se da cuenta de la existencia de la *comunidad de Pumamarca* (que se encuentra en la Base de datos oficial de los Pueblos Indígenas Originarios del Ministerio de Cultura, con resolución de reconocimiento 277-76-OAJAF-ORAMS-VII) y en el fundamento 71 se concluye que

“corresponde concluir que se debió realizar la consulta previa en aquellas áreas donde se verifique la propiedad de pueblos indígenas”.

Estos argumentos eran suficientes para declarar la inconstitucionalidad de los Decretos de Urgencia impugnados toda vez que el legislador, en este caso el Poder Ejecutivo, antes de disponer la “expropiación” o “adquisición” de terrenos de una comunidad indígena debió realizar la consulta previa. No habiéndolo hecho, devenían en inconstitucionales.

Al resolver de este modo, la mayoría del Tribunal Constitucional no sólo no ha protegido el derecho a la consulta de las comunidades indígenas, sino que no ha tomado en consideración decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), que ha sostenido que, dependiendo del nivel de impacto que tendrá la actividad que se propone, el Estado podría ser requerido a obtener el consentimiento, lo cual puede ocurrir en el caso de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales (Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C N° 185, párr. 17).

Más allá de los artificios jurídicos que contienen los decretos de urgencia impugnados, el mensaje del Poder Ejecutivo hacia las comunidades que habitan en el ámbito del corredor vial Apurímac y Cusco, es el siguiente: ***si quieres te pago por tus tierras. Es mejor que lo decidas rápido y voluntariamente porque si no te las “expropio” (Decreto de Urgencia 026-2019) o, mejor corríjo, las voy a “adquirir” de ustedes, pero si no quieren entregarlas rápido y voluntariamente, inicio la ejecución coactiva para obtener la posesión, se ordena el lanzamiento de ustedes de esas tierras y luego yo tomo la posesión de estas (Decreto de Urgencia 027-2019). De este modo, los enormes camiones podrán transitar libremente y sin ningún obstáculo.*** Lamentablemente la mayoría del Tribunal Constitucional no ha podido impedir esta arbitrariedad.

Es por estas razones que emito el presente voto al no compartir lo decidido por la mayoría del Tribunal Constitucional. En seguida, ampliaré mis argumentos, refiriéndome a los siguientes puntos: *I.* La protección constitucional de los derechos de los pueblos indígenas; *II.* El derecho a la consulta previa en el marco de lo dispuesto en el

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo; *III*. La aplicabilidad de los estándares del Convenio a comunidades campesinas; *IV*. La obligación de someter a consulta y de obtener el consentimiento de las comunidades. *V*. La necesidad que la consulta sea realizada a través de procedimientos culturalmente apropiados para el caso de las comunidades; y *VI*. Consecuencias de la posición asumida en este voto

I. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

1. La necesidad de proteger los derechos de los pueblos indígenas o de las comunidades campesinas y nativas se deriva del reconocimiento de nuestra historia y del hecho que vivimos en una sociedad caracterizada por la pluralidad. Es así que, en el contexto de una sociedad abierta al pluralismo, el artículo 2.19 de la Constitución de 1993 “reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación, lo cual obedece a la presencia de una gran diversidad que es producto de los procesos históricos y geopolíticos que han caracterizado al Estado peruano. Este pluralismo, además, se refleja en muchos ámbitos de la dinámica social, tal y como ocurre, esencialmente, en el caso de la normatividad y la función jurisdiccional” [STC 02765-2014-PA, fundamento 10].
2. En esta misma línea, el artículo 89 de la Constitución peruana de 1993 reconoce que se debe respetar la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, esto supone la promoción de un sistema “de carácter dialógico en el que las distintas creencias y culturas tienen algo que aportar. En efecto, la noción de lo que podría entenderse por vida buena o justicia ostenta tantos significados como culturas existen. Esto ha generado, a su vez, una visión pluralista de la sociedad que reconoce la presencia de distintos sistemas de creencias y de valores” [STC 02765-2014-PA, fundamento 8]. Esta suerte de “Constitución Intercultural”, que encuentra cobijo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se desprende de diversos artículos reconocidos en la Constitución:
 - A. Artículo 2.19 de la Constitución, que reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural.

- B. Artículo 17 de la Constitución, en el que se reconoce la obligación del Estado de garantizar una educación bilingüe e intercultural. También se dispone la preservación de las manifestaciones culturales y lingüísticas del país.
 - C. Artículo 48, que reconoce no solo al castellano como lengua oficial, sino además a otras lenguas aborígenes, siempre y cuando predominen en la zona en donde habitan las comunidades.
 - D. Artículo 89 de la Constitución, que admite la autonomía organizativa, económica y administrativa a las Comunidades Campesinas y Nativas, así como la libre disposición de sus tierras.
 - E. Artículo 149 de la Constitución, que reconoce las funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas.
 - F. El artículo 191 de la Constitución, que reconoce la representación de las Comunidades Campesinas y Nativas en los Consejos Regionales y Consejos Municipales.
3. En todo caso, e independientemente del hecho que la protección de los pueblos indígenas o de las comunidades campesinas obedezca a la obligación del Estado peruano de preservar la identidad cultural, lo cierto es que la especial protección a favor de estos colectivos obedece a la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentren, y que amerita, como no podía ser de otro modo, que cualquier medida que suponga una restricción de sus derechos sea prolijamente ponderada. Es ya conocido el contexto histórico de discriminación y postergación que, durante siglos, ellas han sufrido por parte del Estado, y que generó que no se les reconocieran como titulares de diversos derechos. De esta manera, estas suelen encontrarse, en mayor medida que el resto de la sociedad, expuestas a la pobreza, y ello se refleja en los bajos índices de calidad en diversos servicios públicos, como ocurre con la salud y la educación.
4. Sin perjuicio de ello, uno de los problemas más recurrentes para los pueblos indígenas es, sin duda, el relativo al acceso y la tenencia de sus tierras. Por lo general, las autoridades tanto públicas como privadas han tomado ventaja del desconocimiento de las comunidades para adoptar medidas que han terminado por afectar sus propiedades y, con ello, diversos aspectos de su vida. Es ya conocida

la estrecha relación entre las tierras y el ejercicio de diversos derechos por parte de sus integrantes. Esto puede realizarse de diversas maneras: por el pago de sumas irrisorias por sus territorios, por la simple apropiación por parte del Estado sin la realización de una consulta, o por la celebración de esta como una simple formalidad y sin que se adopten las medidas de ajuste o acomodamiento que sean indispensables para que se trate de un acuerdo legítimo. Con posterioridad examinaré en este voto lo indispensable que resulta, en aras de prevenir vulneraciones al derecho a la propiedad, que las consultas sean realizadas de forma culturalmente condicionadas, ya que lo contrario supone simplemente encontrar maneras novedosas de invisibilizar sus derechos.

5. Todo este contexto de postergación se refuerza por las condiciones estructurales en las que se desenvuelve el sistema de justicia en los procesos judiciales en los que participan las comunidades. Cuestiones como la dificultad por el no conocimiento o comprensión del idioma castellano han generado considerables dificultades para que ellas puedan conocer los verdaderos alcances de los acuerdos o pactos celebrados con las empresas, o, en caso ellas hubiesen advertido alguna irregularidad, para poder plantear un caso ante un tribunal de justicia. Esto también, como ocurre en el presente caso, es aplicable a las medidas que adopta el Estado, el cual, evidentemente, se encuentra en una condición de garante al ser el ente que debe conocer o estar en la posibilidad de conocer las formas de comunicación con los pueblos o comunidades contactados.
6. De toda esta exposición a situaciones de vulnerabilidad se desprende que el Estado peruano se encuentre obligado a garantizar la adopción de medidas de tutela reforzada a favor de los pueblos indígenas o de las comunidades campesinas y nativas. Entre estas, claro está, se encuentra el deber de velar que no se vean despojadas de sus territorios, ya que ello puede ocasionar un severo impacto en sus condiciones de vida, lo cual obedece a la conocida conexión que existe entre los lugares en los que habitan y los recursos indispensables para su supervivencia física y cultural. En ese sentido, se ha señalado que “[e]n lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su

derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres” [Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas de 17 de junio de 2005, párr. 63].

7. De esto se desprende que el Estado peruano se encuentra obligado de garantizar que no se presenten asimetrías en lo relativo a las negociaciones, sea que participen terceros o el mismo Estado. La jurisprudencia es bastante clara en cuanto al deber de evitar esta clase de conductas cuando son los particulares los que incentivan la realización de procedimientos de consulta que no se adaptan a las prácticas culturales de las comunidades, lo que genera un vicio que afecta toda su realización. Ciertamente, esto no supone negar que existe un amplio margen dentro del cual resulta jurídicamente viable que se puedan llegar a acuerdos compatibles con los derechos que la Constitución reconoce a favor de las comunidades. Sin embargo, cuando se adviertan pactos o arreglos que sean manifiestamente irrazonables, el Estado no puede permanecer en una situación pasiva. Se ha señalado, al respecto, que “el Estado deberá siempre vigilar de cerca el comportamiento de las empresas para garantizar que se respeten plenamente los derechos de los pueblos indígenas y que se recurra plena y debidamente a las consultas exigidas” [Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. A/HRC/12/34. Informe de 15 de julio de 2009, pág. 21].
8. Ahora bien, considero que ese deber es aun más notorio cuando quien se encuentra involucrado es el mismo Estado. Este tiene aun mejor conocimiento de la situación de las comunidades, y debe, por ello, velar porque esa identidad cultural sea respetada en relación con la adopción de medidas que puedan afectar a las comunidades. En este caso, por ejemplo, la realización de medidas de un aparente impacto general, también tienen una seria incidencia en los derechos de las comunidades, y, pese a ello, no se realizó ninguna consulta que tuviera en cuenta sus intereses. Es por ello que, antes de analizar las razones que justificaban la realización de una consulta en este caso, sea preciso efectuar algunas consideraciones en relación con el derecho a la consulta previa, libre e informada.

II. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA EN EL MARCO DE LO DISPUESTO EN EL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

9. El derecho a la consulta previa, libre e informada se encuentra explícitamente reconocido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT en los siguientes términos:
 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
 - b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
 - c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.
10. En similares términos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada mediante Resolución 61/295, dispone, en su artículo 18, que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”. Es por ello que, como establece el artículo 19 del mismo documento, los Estados

“celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

11. En consecuencia, se desprende que existe un deber de realizar la consulta previa, libre e informada cuando se advierta la posible existencia de medidas legislativas o administrativas que puedan potencialmente afectar los derechos de los pueblos indígenas. Evidentemente, la noción de “afectación directa” debe ser lo suficientemente flexible como para identificar el amplio abanico de supuestos en los que una medida puede perturbar el ejercicio de los derechos de las personas que integran las comunidades. Si bien el Tribunal Constitucional peruano no ha incidido particularmente en este punto, se trata de una materia que ha sido abordada por la Corte Constitucional de Colombia, y cuyo entendimiento del concepto de “afectación” comparto. De este modo, se producen estas afectaciones que activan el derecho a la consulta cuando:
 - (i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido [Corte Constitucional de Colombia SU 123/18].
12. En todo caso, el Tribunal Constitucional, a lo largo de su jurisprudencia, se ha pronunciado en relación con el contenido y alcances de este derecho constitucional. Sobre ello, se ha señalado que, como ocurre en el caso de cualquier libertad fundamental, este

ostenta un ámbito protegido. En efecto, es posible sostener que la consulta previa supone, como mínimo, lo siguiente: (a) se reconozca el derecho colectivo de los pueblos indígenas a ser consultados ante medidas que afecten directamente sus derechos e intereses grupales. En particular, los que estén vinculados con su identidad cultural, calidad de vida o desarrollo colectivo; (b) se garantice el derecho a que la consulta se realice de manera previa y bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad; y (c) el derecho a que se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta [STC 00025-2009-PI, fundamento 21].

13. No sorprende, por ello, que el derecho a la consulta previa, libre e informada se caracterice por encontrarse inexorablemente vinculado con el ejercicio de otras libertades que se encuentran reconocidas en nuestra Constitución. No se trata, por ello, de una suerte de “derecho nuevo”, del cual se desprendan obligaciones inéditas para el Estado peruano. En efecto, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, “el derecho a la consulta es un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos que se reconoce a las comunidades, porque les permite espacios para el diálogo y la inclusión en los proyectos que tendrán directa implicancia en el territorio donde se asientan” [STC 06316-2008-PA, fundamento 18].
14. En ese sentido, la consulta previa se encuentra íntimamente vinculado con el ejercicio de otros derechos constitucionales. De hecho, el Tribunal ha señalado que la consulta previa permite concretar el derecho a la participación, reconocido en el artículo 2.17 de la Constitución [STC 3343-2007-PA/TC], ya que permite que las opiniones de los integrantes de las comunidades puedan reflejarse en las decisiones que se adopten respecto de ellos y los territorios en los que habitan. Es importante precisar, a los efectos del presente caso, que no solo deben ser sometidas a su consulta las medidas dirigidas especialmente a los pueblos indígenas, como puede ocurrir, por ejemplo, con la adopción de alguna política de salud en relación con los integrantes de una comunidad, la adopción de una ley que articule las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la comunal, o, en general, sobre asuntos que de forma concreta les conciernen a ellas.

15. En efecto, estimo que también deben ser sometidas a una consulta previa, libre e informada todas aquellas medidas que, si bien pueden tener la apariencia de ser de carácter general -y ello en la medida en que son aplicables a todas las personas en un ámbito territorial específico-, puedan tener un considerable impacto en el ejercicio de sus derechos. La tendencia que existe en relación con este punto es que, en principio, las medidas legislativas generales que impactan por igual a toda la ciudadanía no deberían ser sometidas a consulta previa, salvo que se trate de disposiciones que terminen por afectar los derechos que se derivan del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que

Para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica sólo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar directamente los intereses de las comunidades. Por lo tanto, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están *prima facie* sujetas al deber de consulta, **excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses** [Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-175/2009].

16. Estas previsiones expresas no solo deben ser entendidas como aspectos que están contenidos en el Convenio, sino que también alude a aquellas medidas que pueden afectar los derechos que titularizan las comunidades en virtud del referido instrumento internacional. Al respecto, la Corte Interamericana ha hecho recordar que

[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional,

la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia [Corte IDH. Caso Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 135].

17. Es por ello que, aunque en principio se trata de una medida de alcance general, su particular y notorio impacto en los derechos de las comunidades debía generar que los decretos de urgencia impugnados sean sometidos a consulta. La Comisión Interamericana también ha hecho recordar que “[l]a adopción en el derecho doméstico de las medidas legislativas, administrativas u otras que sean necesarias para delimitar, demarcar y titular o de otra forma aclarar y proteger el territorio en el que el pueblo indígena tiene un derecho de propiedad comunal, también debe ser realizada mediante consultas plenamente informadas, de conformidad con sus prácticas consuetudinarias de uso de la tierra y sin perjuicio para otras comunidades” [CIDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Informe de 30 de diciembre de 2009, párr. 280].
18. De este modo, no reconocer este escenario en el que se debe activar el deber de realizar la consulta puede suponer que el Estado se cobije en la supuesta adopción de medidas de carácter general para que, de forma velada, se habiliten conductas que puedan suponer el desconocimiento de los derechos de las comunidades. Sobre esto, es importante recordar que precisamente uno de los factores de discriminación a los que históricamente se han visto expuestos los integrantes de las comunidades es el hecho que sus opiniones no sean tomadas en cuenta en la adopción de medidas que les afectan. Este aspecto será desarrollado con posterioridad en este voto.

III. LA APLICABILIDAD DE LOS ESTÁNDARES DEL CONVENIO A COMUNIDADES CAMPESINAS

19. En este caso, advierto del escrito de demanda que, de forma particular, se hace referencia a la presencia de comunidades campesinas en las zonas en las que se pretende implementar el Corredor Vial Apurímac-Cusco. Se señala que los decretos de urgencia cuestionados afectan “a las comunidades campesinas de Apurímac y Cusco, y por ello debió efectuarse un procedimiento de consulta”.

En ese sentido, han señalado que estas regulaciones violan derechos de pueblos indígenas y comunidades campesinas a ser consultados. Es por ello que resulta indispensable examinar en qué medida estos derechos también pueden ser extendidos a favor de las comunidades campesinas.

20. Ciertamente, en este voto me he referido, especialmente, al caso de los pueblos indígenas, y cómo es que ellos titularizan el derecho a la consulta previa, libre e informada. En efecto, en el caso particular de las comunidades indígenas, no existe duda que el principal factor que debe tomarse en cuenta para su reconocimiento es el de la autoidentificación, esto es, que el propio colectivo se reconozca como perteneciente a una comunidad indígena, hecho que precisamente permite resaltar su autonomía. Sin embargo, sería una quimera pensar en la posibilidad que este solo criterio baste para el reconocimiento de un pueblo como indígena. De hecho, otros elementos que pueden tomarse en cuenta son, entre otros, la existencia de un lenguaje, organización política, y creencias religiosas propias y que los permiten diferenciar de otros colectivos; el tiempo de permanencia en un territorio específico, y una experiencia de marginalización y subyugación [Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, documento de 30 de diciembre de 2009, párrafo 30].
21. Lo que en este caso debe precisarse es si las comunidades campesinas también son titulares de los derechos y beneficios del Convenio 169, esto es, si es que cumplen con los requisitos que ahí se contienen a fin de poder ser consultadas sobre las medidas que les afecten directamente. Para ello, se requiere en primer lugar delimitar qué es lo que debemos entender por “comunidades campesinas”, para, seguidamente, determinar si es que deben o no ser tuteladas por el referido instrumento internacional. Al respecto, la Ley 24656, General de Comunidades Campesinas, dispone en su artículo 2 que

[l]as Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el

trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.

22. Si bien la ley aporta una definición relevante de las comunidades campesinas, en el sentido que precisa que se trata de un grupo de familias ligadas por vínculos ancestrales o sociales, de ella no se deduce que, en todos los casos, las comunidades campesinas deban ser tratadas con los mismos beneficios y derechos que dispensa el Convenio 169 de la OIT, los cuales estarían solo reservados, de una interpretación literal de las disposiciones pertinentes, para las comunidades indígenas y tribales.
23. Sin embargo, considero que ello no es así. La protección que dispensa el convenio no puede fundamentarse en la lectura simple de las disposiciones legales y convencionales, sino que debe adecuarse a la realidad situacional e histórica de la comunidad involucrada. De ahí que sea un hecho que, en múltiples casos, las comunidades campesinas ostenten características y rasgos similares a las de los pueblos indígenas o tribales, lo que genera que, en dichas situaciones, también deban ser beneficiados de las cláusulas reconocidas en el Convenio 169 de la OIT. Este criterio también ha sido compartido, por cierto, por la Comisión de Expertos de la OIT, la cual ha precisado que

el concepto de pueblo es más amplio que el de comunidad y las engloba y que, cualquiera sea su denominación, no debe haber ninguna diferencia a efectos de la aplicación del Convenio, en la medida en que las comunidades denominadas nativas, campesinas u otras estén comprendidas en el artículo 1, párrafo 1, a) o b), del Convenio, en cuyo caso corresponde aplicarles por igual todas las disposiciones del Convenio [por lo que] insta al Gobierno a que tome las medidas necesarias para garantizar que todos quienes estén comprendidos en el artículo 1 del Convenio queden cubiertos por todas sus disposiciones y gocen de los derechos contenidos en el mismo en igualdad de condiciones, y a proporcionar informaciones sobre el particular” [Comisión de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo en aplicación de convenios y recomendaciones (CEACR). Observación individual dirigida al Perú, documento de febrero de 2009].

24. En consecuencia, el derecho a la consulta previa, libre e informada, es un derecho que gozan las comunidades campesinas en tanto cumplan con los requisitos que establece el artículo 1, párrafo 1, a) o b) del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, por lo que, independientemente de su denominación, deben verse beneficiadas por ella. En lo que respecta a la entidad ahora recurrente, noto que, de conformidad con la Resolución Directoral N° 189-90-AG-UAD-XI-C, los miembros de la Comunidad “[s]on campesinos del lugar y que vienen trabajando las tierras de la comunidad desde sus ancestros en donde tienen sus viviendas y viene explotando las tierras comunales [...]”.
25. Esto no solo ameritaba, como indiqué en la parte inicial de mi voto, que se adopten medidas reforzadas para evitar cualquier daño o perjuicio en relación con la Comunidad, sino que también supone que existe el deber de aplicar los estándares de este derecho para el presente caso.

IV. LA OBLIGACIÓN DE SOMETER A CONSULTA Y DE OBTENER EL CONSENTIMIENTO DE LAS COMUNIDADES MEDIDAS COMO LAS ADOPTADAS EN EL PRESENTE CASO

26. He precisado las razones por las que los estándares relativos al derecho a la consulta previa, libre e informada serían aplicables a favor de las comunidades campesinas. En este apartado me referiré a que este acto no solo debe ser una simple formalidad, en la que, una vez agotados los trámites pertinentes, se pueda ignorar la voluntad de las comunidades. Es también preciso que se obtenga su consentimiento. Esto me permitirá reforzar la argumentación en relación con el hecho de que la adopción de una normativa direccionada a implementar el Corredor Vial Apurímac-Cusco debía ser sometida a consideración de las comunidades afectadas.
27. Sobre esto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido 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]. Esto también, por las razones expuestas en este voto, debe ser extendido al caso de las comunidades campesinas.

28. Un adecuado goce y ejercicio del derecho a la propiedad de las comunidades requiere 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].
29. La estrecha conexión del derecho a la consulta con otras libertades reconocidas en la Constitución -y que son indispensables para la supervivencia de las comunidades indígenas- genera que su exigibilidad en el ordenamiento peruano no dependa del Convenio 169 de la OIT. Una primera razón que justifica la exigibilidad del derecho a la consulta -y el consecuente deber del Estado de evitar asimetrías en las negociaciones entre las comunidades y las empresas- es la relativa a que los pueblos indígenas, por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, pueden verse expuestos a situaciones en las que los acuerdos contengan cláusulas manifiestamente irrazonables, o que, como ocurre en este caso, no se haya efectuado el procedimiento considerando estándares culturales propios de las comunidades afectadas. Esto suele ocurrir, entre otras razones, por las dificultades en la comprensión respecto de los acuerdos realizados. En esa medida, estimo que el Estado debe asumir un rol de garante para velar porque las condiciones y los términos de las negociaciones contengan ventajas para ambas partes, y no solo para una de ellas.
30. Este especial impacto en los derechos de las comunidades ha generado que existan estándares internacionales es lo que se exija la

obtención del consentimiento. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que dependiendo del nivel de impacto que tendrá la actividad que se propone, el Estado podría ser requerido a obtener el consentimiento, lo cual puede ocurrir en el caso de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales [cfr. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 17].

31. De similar forma, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada mediante Resolución 61/295 reconoce en su artículo 10 que “[l]os pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso”. Evidentemente, de esta disposición también se puede inferir que no están permitidos los traslados de integrantes de comunidades o afectaciones directas en relación con el territorio en el que viven, salvo, claro está, que previamente se haya obtenido el respectivo consentimiento.
32. Por su parte, el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas ha señalado que

siempre que los derechos afectados sean esenciales para la supervivencia de los grupos indígenas como pueblos distintos y los efectos previstos en el ejercicio de los derechos sean importantes, **será necesario el consentimiento** de los indígenas ante dichos efectos, el cual deberá ir más allá de limitarse a ser un objetivo de las consultas . En general **se entiende que los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras y los recursos recogidos en las leyes consuetudinarias sobre la tenencia de la tierra son necesarios para su supervivencia**. En consecuencia, cabe suponer que el consentimiento de los indígenas **es un requisito para los aspectos de cualquier operación extractiva que tenga lugar dentro de zonas reconocidas oficialmente a los pueblos indígenas o en que estos utilicen**

la tierra según prácticas consuetudinarias, o que tenga una influencia directa en las zonas de importancia cultural, en particular los lugares sagrados, o en los recursos naturales que son utilizados tradicionalmente por los pueblos indígenas en formas que son importantes para su supervivencia (énfasis agregado) [Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. A/HRC/21/47, de 6 de julio de 2012, fundamento 65].

33. Advierto que no existe ninguna duda respecto del hecho que el respeto a la propiedad y los territorios de las comunidades resulta indispensable para garantizar su supervivencia, de ahí que se trata de medidas que, con mayor razón aun, requieren el consentimiento por parte de las personas afectadas. Esto obedece, como lo he explicado con anterioridad en este voto, por esa especial conexión que existe entre las comunidades y los territorios que ocupan.
34. Ahora bien, incluso en el escenario en que el Estado -como ha ocurrido en este caso- hubiera decidido continuar con la implementación del Corredor Vial Apurímac-Cusco, este se encontraba en el deber de dialogar con las comunidades para identificar alguna solución por los perjuicios ocasionados en su contra. La referida Declaración de las Naciones Unidas precisa, en el artículo 28, que
 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.
 2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.
35. Sin embargo, pese a la conocida existencia de estos estándares internacionales, resulta evidente que el Estado peruano no ha efectuado ninguna medida destinada a obtener el consentimiento de las comunidades afectadas por la implementación del corredor vial.

Sobre esto, el Estado podría argumentar dos cosas: i) que no debía realizarse ningún procedimiento de consulta, al ser una medida de alcance general; ii) los decretos impugnados contenían disposiciones que garantizan el derecho a la consulta de las comunidades.

36. En relación con el primer punto, ya he señalado en este voto que las medidas que adopte el Estado y que afecten a las comunidades, deben ser sometidas a la consulta y al consentimiento de las comunidades afectadas, y ello independientemente de si las disposiciones normativas tienen un alcance general dentro de un territorio determinado o no. En este caso resulta evidente que la implementación del Corredor Vial Apurímac-Cusco va a generar un severo impacto en los territorios de las comunidades ubicadas en las zonas en las que se pretende realizar el proyecto. Es por esto que, aunque no se trate de una regulación direccionada al caso específico de las comunidades, el impacto que esta normatividad puede tener en los derechos sobre sus territorios ya genera que se active el deber de obtener el consentimiento. Sobre este punto, es importante recordar que la consulta previa también evita la discriminación a la que históricamente se han visto expuestos los integrantes de las comunidades, ya que incentiva para que participen en la discusión de las medidas que los afecten directamente [*cfr.* STC 01717-2014-PA, fundamento 24]. De esta manera, la realización de la consulta en estos casos no solo tiene por finalidad proteger sus derechos fundamentales, sino también que ellas se sientan involucradas y que puedan participar en el diseño de medidas estatales, lo cual es un factor importante para comprender su cosmovisión del mundo.
37. Por otro lado, y este es el argumento central de la ponencia, se podría señalar que los decretos de urgencia impugnados ya contienen disposiciones relativas a proteger los derechos de las comunidades. En ese sentido, la ponencia suscrita por la mayoría de mis colegas señala que
74. Este Tribunal advierte que la norma bajo cuestionamiento puede ser interpretada en el sentido que los alcances de su articulado excluyen a la propiedad territorial de los pueblos indígenas, y de esta manera deben ser comprendidos o interpretados el DU 026-2019 y su modificatoria. Solo de esta manera la norma sería constitucional, puesto que la regulación no recae sobre la

propiedad de los pueblos indígenas. En suma, la norma bajo análisis es constitucional en tanto se excluya de su aplicación a los pueblos indígenas, de otra forma, la norma habría tenido que ser sometida a un proceso de consulta previa.

75. Esta interpretación es compatible, además, con lo establecido de manera general en la Cuarta Disposición Complementaria Final del DU 026-2019, que establece,

En la implementación de las disposiciones contenidas en el presente Decreto de Urgencia, las entidades competentes garantizan los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, conforme a la normativa vigente en la materia.

76. De otro lado, y en vista de lo considerado hasta ahora, la pretensión referida a la supuesta omisión del consentimiento de los pueblos indígenas debe ser desestimada, dado que el sentido interpretativo del DU 026-2019 y su modificatoria, no incluye a los pueblos indígenas.
38. De este modo, para la mayoría de mis colegas la Cuarta Disposición Complementaria Final del DU 026-2019 salva la constitucionalidad de los decretos de urgencia impugnados. Estos decretos, como se puede advertir, han sido impulsados por el Poder Ejecutivo y, pese al notorio impacto que tienen en relación con el derecho a la propiedad y la identidad cultural de las comunidades potencialmente afectadas, no han contado con algún mecanismo de consulta. Contrariamente a lo señalado en la ponencia, la Cuarta Disposición Complementaria Final, que señala que “[e]n la implementación de las disposiciones contenidas en el presente Decreto de Urgencia, las entidades competentes garantizan los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, conforme a la normativa vigente en la materia”, termina por demostrar que los parámetros fijados en los decretos de urgencia también pueden ser aplicables en el caso de comunidades campesinas o pueblos indígenas.
39. En todo caso, la inconstitucionalidad de esta regulación también se advierte en su escasa precisión y la ambigüedad respecto de cómo se podrían abordar los casos de los pueblos indígenas. Más allá de la genérica referencia a la Cuarta Disposición Complementaria y Final, no se menciona algún procedimiento específico que se empleará

en esta clase de casos, o qué mecanismos de reparación pueden ser implementados considerando la especial situación en la que se encuentran las personas que pertenecen a comunidades campesinas. Esta indeterminación también genera que se ocasione un elevado nivel de peligro respecto de sus derechos, ya que supone una carta libre para que las autoridades estatales puedan adoptar cualquier clase de medidas sin que existan procedimientos que fiscalicen que las autoridades públicas no están vulnerando sus derechos.

40. Finalmente, en relación con este punto, deseo manifestar que no comparto el desarrollo que hace la ponencia sobre la forma de la realización de las consultas. En ella se da a entender que el Estado no está obligado a tomar en consideración los puntos de vista de las comunidades. Yo considero que, como he expuesto en este voto, esta clase de consultas deben estar direccionadas a obtener el consentimiento, y más aun cuando se trata de medidas que afectan la propiedad y el territorio de las comunidades.

V. LA NECESIDAD QUE LA CONSULTA SEA REALIZADA A TRAVÉS DE PROCEDIMIENTOS CULTURALMENTE APROPIADOS PARA EL CASO DE LAS COMUNIDADES

41. En la parte final de este voto deseo enfatizar que las medidas generales adoptadas por el Estado no han respetado los estándares culturales propios de las comunidades.
42. En el escrito de demanda, la parte actora ha señalado que el artículo 5 del Decreto de Urgencia 026-2019 establece un procedimiento que no asegura una efectivaprotección del derecho de propiedad de los pueblos indígenas. Ha referido que la publicación de un aviso endiarios en español y de circulación solo en zonas urbanas, desconoce que las comunidadescampesinas son quechua hablantes y viven en zonas rurales donde no llegan los diarios. Por ello, alega que se trate de un procedimiento profundamente discriminator por no ser adecuado culturalmente, pues nogarantiza que los pueblos tomen conocimiento de esta norma y puedan defender su propiedad.
43. De similar forma, ha indicado que el plazo de 10 días establecido en el artículo 5 del Decreto de Urgencia 026-2019 para que las comunidadescampesinas acrediten su propiedad es arbitrario. Refiere que ello desconoce la realidad del campo y la forma comofuncionan

las comunidades campesinas, y no toma en cuenta que estos pueblos se encuentran lejos de las zonas urbanas. Así, para el demandante, las pruebas para acreditar la propiedad no se pueden obtener en 10 días. Refiere que por lo general esto se acredita a través de complejos peritajes antropológicos, en los que se demuestre que un pueblo indígena ha ocupado un territorio, y luego de un serio trabajo de campo, por lo que 10 días de plazo resulta arbitrario.

44. También expone que el plazo de 20 días para desocupar la posesión establecida en el artículo 6 del Decreto de Urgencia 026-2019 es abusivo, ya que desconoce absolutamente la protección reforzada que el ordenamiento constitucional. Además, el monto máximo establecido en el artículo 6.2 del Decreto de Urgencia 026-2019 como compensación por el territorio desconoce el valor del territorio para los pueblos indígenas. Enfatiza que, las normas cuestionadas, al disponer de los territorios de las comunidades campesinas y pueblos indígenas, viola su derecho a la identidad cultural, pues desconoce la estrecha y singular relación que estos tienen con la tierra, y las formas propias de su organización.
45. Sobre estos cuestionamientos, la ponencia esencialmente señala que no existe alguna vulneración de los derechos de las comunidades debido a que la Cuarta Disposición Complementaria Final del DU 026-2019 ya expresa la voluntad del Estado de tutelar los derechos de las comunidades que puedan verse potencialmente afectadas por la implementación del Corredor Apurímac-Cusco. Ahora bien, ya he advertido en este voto que el proceder de las autoridades públicas ha vulnerado el derecho a la consulta previa, libre e informada de las comunidades involucradas en este caso. Sin embargo, y sin perjuicio de ello, estimo que la implementación de medidas que pueda afectarles potencialmente también debe ser realizada a través de un sistema de acomodamientos o ajustes que tengan en cuenta sus prácticas y tradiciones culturales. Al respecto, el artículo 16 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada mediante Resolución 61/295, establece que
 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas y a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena. Los Estados, sin perjuicio de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, deberán alentar a los medios de información privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena.
46. De esta Declaración es posible advertir que los canales de comunicación que los Estados promuevan deben tener en consideración la diversidad cultural, y un asunto que, sin lugar a dudas, no puede ser ignorado es el aspecto del idioma. El Tribunal Constitucional ya ha tenido la oportunidad de referirse a su uso en los siguientes términos:
 8. Los derechos lingüísticos y su relación con el accionar del Estado son abordados por la Constitución, cuando menos, desde una doble perspectiva. De un lado, se encuentra el derecho de cada miembro de una comunidad lingüística a comunicarse en su propio idioma con cualquier autoridad en cualquier lugar de la República, sea directamente, sea a través de un intérprete proporcionado por el propio Estado. Este derecho deriva del artículo 2, inciso 19, de la Constitución, en cuanto dispone que toda persona de nacionalidad peruana “tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete”.
 9. De otro lado, la virtualidad máxima de la dimensión colectiva del derecho al uso de la propia lengua originaria, se alcanza cuando ella es predominante en una determinada zona geográfica del país (entendiéndose como zona de predomino el distrito, como unidad mínima, la provincia o la región, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7 de la ley de lenguas), pues en ese caso, dicha lengua, además del castellano, debe ser *oficial* en la referida zona. Ello se encuentra reconocido en el artículo 48 de la Constitución.
 10. En consecuencia, no solo resulta que cada persona tiene derecho a comunicarse en su propia lengua ante la autoridad, sino que si dicha lengua es predominante en una zona (una jurisdicción municipal provincial, por ejemplo), el Estado tiene la obligación de institucionalizar el uso de ese idioma en dicha zona, con los mismos alcances con los que ha institucionalizado el uso del idioma castellano [00889-2017-PA, fundamentos 8, 9 y 10].

47. Al criterio desarrollado por el Tribunal en aquella oportunidad podríamos agregarle que, cuando se trate de medidas que, aunque en apariencia tienen un alcance general, también resulta imperativo efectuar ajustes idiomáticos cuando la política a implementar genere un importante impacto en los derechos de las comunidades.
48. Esta noción de ajustes ha sido, por lo general, asociada con el término de “ajustes razonables”, el cual suele ser empleado para el caso de las personas con discapacidad. Sin embargo, debe destacarse que su uso no se refirió a este colectivo en particular. En efecto, esta noción proviene, en esencia, de la idea de *reasonable accommodations*, que es propia del derecho estadounidense y que se aplicó, en sus inicios, para los casos en los que el trabajador argumentara que, por sus creencias religiosas, debía desempeñarse en un modo diferenciado en la empresa. Por ello, su origen legal se dará, propiamente, con la Equal Employment Opportunity Act de 1972, en el ámbito de las relaciones laborales, y con especial énfasis en la cuestión religiosa. Será recién con la aprobación de la Americans with Disabilities Act de 1990 en que la noción es trasladada a otros contextos normativos [De Asís, Rafael (2013). Sobre discapacidad y derechos. Madrid: Dykinson, pág. 79.].
49. Por lo general, estos ajustes han sido concebidos como modificaciones o adaptaciones que son adecuadas y necesarias para garantizar que una persona ejerza, en igualdad de condiciones, sus derechos. Además, no debería generar su adopción una carga desproporcionada o indebida para la persona o autoridad responsable de ejecutarla. Por ello es que bien puede señalarse que esta obligación de diseñar o establecer ajustes razonables puede ser extendido al caso de las comunidades campesinas y los pueblos indígenas, y ello con la finalidad de garantizar que, aunque los Estados puedan ciertamente establecer políticas de alcance general, resulta indispensable que efectúen todos los acomodamientos que sean necesarios para garantizar que los estándares culturales de las comunidades no sean ignorados. Esto, además de suponer un notorio reconocimiento de su identidad cultural, también evita que se materialicen vulneraciones a sus derechos por el desconocimiento de las prácticas o procedimientos que puedan adoptar las autoridades estatales.

50. En este caso, advierto las siguientes vulneraciones: i) el Poder Ejecutivo tuvo, en todo momento, la oportunidad de consultar las medidas a implementar a las comunidades; ii) los procedimientos adoptados en los decretos de urgencia no respetaron usos idiomáticos de las comunidades afectadas y, iii) los procedimientos adoptados en los decretos de urgencia no tomaron en cuenta la especial titularidad de los territorios por parte de las comunidades.
51. En relación con el primer punto, deseo resaltar que, en todo momento, el Poder Ejecutivo ha tenido la oportunidad de efectuar las comunicaciones y coordinaciones pertinentes con los integrantes de las comunidades que puedan resultar afectadas por los decretos de urgencia 026-2019 y 027-2019, y ello en la medida en que ha sido el órgano encargado de impulsar la creación de este corredor vial. Sin embargo, pese a que, en esa condición bien podía efectuar las gestiones pertinentes a través del Ministerio de Cultura, simplemente decidió iniciar, sin ningún trámite previo con las comunidades, los procedimientos para el otorgamiento de las compensaciones. En anteriores oportunidades he destacado que resulta constitucionalmente viable que, en contextos de interregno parlamentario -como ocurrió en este caso, ya que los decretos fueron expedidos en el periodo en que el Congreso de la República estaba disuelto- el Poder Ejecutivo pueda expedir decretos de urgencia sobre materias ajenas a las económicas o financieras. Esto obedecía a que, durante ese margen de tiempo, es indispensable que se adopten disposiciones normativas para asuntos que así lo requieran, y también al hecho que los mismos pueden ser fiscalizados por el siguiente Pleno del Congreso.
52. Ahora bien, independientemente de este hecho, resulta evidente que cuando se trata de medidas que puedan tener un especial impacto en derechos de las comunidades, las propuestas o políticas que desee emprender el Poder Ejecutivo deben encontrarse prolijamente sustentadas. Sin embargo, advierto que, en la implementación del Corredor Vial Apurímac-Cusco, no se ha realizado un solo intento de examinar qué piensan las autoridades de las comunidades afectadas en relación con el diseño de esta propuesta, y esto ha obedecido a que no se han efectuado mecanismos de consulta previa, libre e informada. Esto es aun más notorio si se considera que los órganos que debían emprender la consulta y supervisar su

desarrollo pertenecen al propio Poder Ejecutivo. En efecto, entidades como el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el propio Ministerio de Cultura estaban en la posibilidad de establecer políticas de coordinación que tuvieran en consideración el especial impacto que el corredor vial podía tener en el estilo de vida de las comunidades. Pese a todo ello, no se adoptó ninguna providencia sobre este punto.

53. Por otro lado, también considero que los procedimientos adoptados en los decretos de urgencia no respetaron usos idiomáticos de las comunidades afectadas. En efecto, el procedimiento previsto en los decretos de urgencia para la “compensación” por la adquisición de territorios para construir el Corredor Vial Apurímac-Cusco no asegura una efectivaprotección del derecho de propiedad de los pueblos indígenas, y esto obedece a que la publicación de un aviso endiarios en castellano, y solo en zonas urbanas, desconoce que las comunidadescampesinas son quechua hablantes y viven en zonas rurales donde no llegan los diarios. El deber de realizar la consulta no se agota con la simple convocatoria o incluso con la realización de la misma, ya que, si se pretende que esta sea válida, resulta indispensable que la misma se efectúe mediante mecanismos y procedimientos que puedan ser cabalmente entendidos por parte de las comunidades afectadas.
54. Finalmente, estimo que los procedimientos adoptados en los decretos de urgencia no tomaron en cuenta la especial titularidad de los territorios por parte de las comunidades. Así, el artículo 5 del Decreto de Urgencia 026-2019 dispone que para que las comunidadescampesinas acrediten su propiedad cuentan con un plazo de 10 días, lo cual resulta notoriamente insuficiente para el caso de comunidades que, por lo general, tienen notorios problemas para acreditar la titularidad de sus propiedades, y ello por la conocida inacción estatal. Es pertinente recordar, como lo ha hecho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que “[n]o debe aspirarse a generar procesos estandarizados, ya sea basados en medidas legislativas o no, porque pueden tender a uniformizar a todos los pueblos sobre un patrón. Se trata, en cambio, de un diálogo intercultural constante entre los sistemas normativos y de derecho indígena y tribal, el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos” [Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derecho a

la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales. Informe de 28 de diciembre de 2021, párr. 180].

55. En este caso, la adopción de un procedimiento uniforme para la realización de los pagos por concepto de compensación no solo supuso la existencia de “discriminación por indiferencia”, sino que, además, puede generar irremediables perjuicios a las comunidades. La vulneración del principio de igualdad no solo se presenta cuando se trata de forma distinta a dos personas que se encuentran en una situación similar, sino también cuando se trata de la misma forma a dos personas que se encontraban en situaciones diferentes. El Estado tenía el deber de identificar los patrones culturales y las prácticas de las comunidades y promover, así, un diálogo que permita la adopción de una decisión de carácter consensuado. Al no hacerlo, las autoridades han vulnerado el derecho a la consulta previa, libre e informada y de conformidad con las prácticas culturales de las comunidades afectadas.

VI. CONSECUENCIAS DE LA POSICIÓN ASUMIDA EN ESTE VOTO

Por todas las consideraciones expuestas, emito mi voto en los siguientes términos:

1. **DECLARAR FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia, inconstitucionales los Decretos de Urgencia 026-2019 y 027-2019, por lo que deben ser expulsados del ordenamiento jurídico.
2. **EXHORTAR** a la expedición de una nueva normatividad dirigida a la implementación de un proyecto similar, el que deberá realizarse en estricta coordinación con las Comunidades que pudieran ser potencialmente afectadas, y tomando en consideración sus prácticas y tradiciones culturales.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

I. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y COMUNIDADES CAMPESINAS COMO DERECHO FUNDAMENTAL

1. Como bien se sabe, el denominado Congreso Constituyente Democrático, mediante Resolución Legislativa 26253, aprobó el Convenio 169, siendo ratificado el 17 de enero de 1994 por el Gobierno peruano, y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Entró en vigor 12 meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación, esto es, desde el 02 de febrero de 1995, de acuerdo al artículo 38.3 del mismo Convenio.
2. El rango constitucional de los tratados suscritos por el Perú y, en particular, del Convenio 169 de la OIT, no es algo nuevo en nuestro sistema jurídico. Ya en la sentencia recaída en el Expediente 03343-2007-AA/TC (Caso *Cordillera Escalera*), publicada el 20 de febrero de 2009, este Tribunal Constitucional destacó que:

“nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades” (STC N° 0047-2004-AI/TC, Fundamento 22). Asimismo, este Tribunal ha afirmado que los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional” (STC N° 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33). De tal manera que habiéndose aprobado el Convenio N° 169 mediante Resolución Legislativa N° 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las “entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del

Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar - normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes”.

3. Por tanto, dicho Convenio, que ostenta rango constitucional (fundamento 33 de la sentencia 0025-2005-PI/TC), forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que, como cualquier otra norma, debe ser acatado (f. j. 31 de la sentencia 03343- 2007-PA/TC). Es más, con ello, se revocó el criterio anterior que negaba la vigencia del Convenio en el ordenamiento jurídico nacional (STC 0033-2005-PI/TC Caso *Provincia Lauricocha*, publicada el 19 de setiembre de 2006 y su aclaración, publicada el 14 de marzo de 2007).
4. Así también, en la Sentencia recaída en el Expediente 00025-2009-PI/TC se ha resaltado el valor constitucional de la consulta previa establecida en el Convenio 169 de la OIT y su relación con otros derechos constitucionales:
 20. En diversas oportunidades, este Tribunal ha hecho referencia al valor constitucional del derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Ya sea como una concretización del derecho a la participación, reconocido en el artículo 2.17 de la Constitución [STC 3343- 2007-PA/TC], o ya en su condición de un derecho fundamental específico, derivado de su reconocimiento en un tratado con rango constitucional, como el Convenio 169 de la OIT [STC 6316-2008-PA/TC y STC 5427-2009-PC/TC].
5. En la misma línea, este Tribunal ha delimitado el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta en la sentencia recaída en el Expediente 00022-2009-PI/TC:
 - X. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta 37. El contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa; i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los

pueblos indígenas a realizar la consulta. 38. En lo que al primer supuesto importa, resulta evidente que, si se cumple la condición establecida en el convenio, esto es, si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho de consulta sería pasible de ser afectado. (...)”.

6. Mientras que en la sentencia 00005-2012-PI/TC, este Tribunal estableció que el único sujeto pasivo u obligado con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa es el Estado, quien no sólo tiene el deber de garantizar - promoviendo la organización y procedimientos adecuados- sino también el deber de respetarlo, es decir, de llevarlo adelante cada vez que se prevea la aprobación de “medidas legislativas o administrativas” que puedan amenazar o violar directamente los derechos colectivos, su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo de los pueblos indígenas u originarios.
7. Ahora bien, como se reseñó, es abundante la referencia jurisprudencial al derecho a la consulta. Esto es así porque el Tribunal Constitucional entiende la importancia de este derecho fundamental en un país en el que conviven muchos pueblos y culturas, como es el Perú.
8. En este sentido, y a fin de afianzar las relaciones en nuestro país se ha entendido que el derecho a la consulta configura también un dialogo intercultural (Sentencia del Expediente 0022-2009-PI/TC, f. j. 17). Este dialogo se debe activar cada vez que una medida administrativa o inclusive legislativa, es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. Se estableció también que, si bien de acuerdo al artículo 6 del Convenio la consulta debe ser llevada a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. Lo que explica tal artículo es que tal finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta.
9. Ahora bien, es cierto que el derecho de consulta es obligatorio y sus resultados son vinculantes y si los pueblos indígenas no dan su consentimiento a la medida, ello no implica que dicha medida no pueda

ser llevado a cabo. El Estado tendrá en todo caso que acreditar que hizo todo lo posible para poder acomodar las preocupaciones y sugerencias de los pueblos indígenas sobre la medida consultada. Ello en virtud del principio de la buena fe que rige el proceso de consulta. Esta es la regla general, lo que no implica que en algunos casos sí se requiera del consentimiento de los pueblos indígenas para poder implementar tal medida. Por ejemplo, el literal b) de la Séptima Disposición Complementaria Transitoria y Final del Reglamento de la Ley de Consulta (Decreto Supremo 001-20210-MC) establece que no “se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígena, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas [...]”.

10. Así, existe, en general, una tendencia jurisprudencial y sostenida en el tiempo, de parte de este Tribunal en considerar que el Convenio 169 de la OIT no solo forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, sino que tiene rango constitucional y como tal, la consulta previa se erige como un derecho fundamental, con lo cual, es plenamente exigible en su protección y ejercicio efectivo, de ahí que no es posible señalar tal y como se ha pretendido hacer que el “derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido por la Constitución ya sea en forma expresa o tácita” o “que el derecho a la consulta previa que emana del Convenio 169, no le otorga el carácter de derecho fundamental, por lo que no puede inferirse que se trate de un derecho de tal dimensión y menos que tenga rango constitucional”.
11. Así, resulta evidente que dicho criterio jurídico no se encuentra conforme con la jurisprudencia antes referida ni con los pronunciamientos de la Corte Interamericana en materia de derechos de los pueblos indígenas, generándose de este modo una grave regresión de la construcción jurídica aceptada y reconocida en nuestro país.
12. Es más, la Comisión Americana de Derechos Humanos ya ha expresado su preocupación por la sentencia del Tribunal recaída en el Expediente 0366-2019-PA/TC al haberse declarado que la consulta previa no es un derecho fundamental. Dicho órgano supranacional ha sostenido que aquella decisión no consideró que la Constitución Política del Estado dispone que los tratados ratificados por

el Estado peruano forman parte del derecho nacional, así como, la obligación del Estado de Perú de cumplir las obligaciones internacionales contraídas voluntariamente, que las y los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia a nivel interno y en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana de derechos humanos y a instado a este Tribunal a adoptar las medidas necesarias para asegurar que sus disposiciones sean compatibles con las obligaciones internacionales a las que el Estado de Perú se ha obligado internacionalmente, como aquellas que se encuentran desarrolladas en el Informe sobre Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales (comunicado de prensa del 6 de abril de 2022).

13. En la misma línea de seguimiento, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que:

[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramaka, sino debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones (fundamento 134).

14. Así, cuando se esté frente a un plan de desarrollo o una inversión dentro de un territorio indígena que pueda tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de sus miembros, además de la consulta se requiere obtener también el consentimiento libre, previo e informado del pueblo indígenas. Es cierto que, tal y como se expone en la ponencia, la Corte Interamericana no estableció un contenido de qué implicaba el término “impacto profundo”; no obstante, este hecho no implica que este concepto no pueda ser definido jurisprudencialmente, caso a caso.
15. En consecuencia, la regla general es que se consulte a los pueblos indígenas con el objetivo de alcanzar el consentimiento, aunque no se requerirá contar con el consentimiento del pueblo indígena para proseguir con la medida. Ello también resulta aplicable a las medidas legislativas en su concepción amplia (medidas normativas en general) y siempre que se afecte a dichos pueblos y comunidades.

II. UNA NECESARIA PONDERACIÓN ENTRE EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y LA ATENCIÓN DE PROYECTOS PARA EL DESARROLLO DEL ESTADO

16. En la misma línea de lo antes expuesto, este Tribunal Constitucional no solo reconoció la existencia de un derecho a la consulta previa en la STC 0024-2009-AUTC y se pronunció sobre ello (STC 1717-2014-PC/TC, entre otros), sino además, la situación previa a dichos pronunciamientos recaía en situaciones en las que se había puesto en evidencia los conflictos surgidos entre los proyectos o megaproyectos de inversión en minería, hidrocarburos, etc. por un lado, y de otro, el derecho a la identidad cultural, la posesión ancestral y la consulta previa de los pueblos indígenas y comunidades en nuestro país.
17. Así también, ya en anteriores oportunidades me he referido al rol de los jueces y juezas constitucionales como agentes de integración social, en tanto y en cuanto cumplen un papel de promotores de la cohesión social, la inclusión social, la reconciliación social o la prevención social. También he hecho mención a la “función moderadora” de los Tribunales Constitucionales, constatando que cumplen una función de mediación, buscando evitar la generación de conflictos y promoviendo consensos sobre cuestiones de relevancia constitucional. En ese mismo tenor, se verifica que las cortes constitucionales coadyuvan a la pacificación de las relaciones sociales, propiciando la ausencia de nuevos conflictos o promoviendo la solución rápida y eficaz de los ya existentes.
18. Es importante entonces que la judicatura constitucional se avoque cabalmente a la resolución de este tipo de controversias. Aquello no solamente se encuentra encaminado a brindar una respuesta oportuna y adecuada para quienes alegan que sus derechos han sido vulnerados (lo cual de suyo tiene innegable relevancia), sino que ayudaría inclusive a moderar o pacificar los conflictos, a aliviar el daño a la zozobra en la que viven muchas comunidades, y a eliminar la incertidumbre respecto a grandes y seguramente productivos proyectos de inversión, aplicable también a proyectos de desarrollo del Estado.
19. Señalado esto, debe también tenerse en cuenta que nuestra Constitución, así como la demás normativa del ordenamiento jurídico

peruano, hoy se encuentran “convencionalizadas”, lo cual implica que esta normativa debe ser leída, comprendida y aplicada conforme a lo previsto en los tratados sobre Derechos Humanos, apostándose por la configuración de un Derecho común, inspirado en lo señalado por los tratados vigentes, su jurisprudencia vinculante y aquellas pautas que ya se nos imponen como normas de *ius cogens*.

20. En ese marco aparece el derecho fundamental a la consulta previa, libre e informada como un mecanismo mediante el cual se puede evitar la conflictividad social; lograr que una población conozca o acepte libremente los efectos de un proyecto sobre la base de los acuerdos arribados; y distribuir los beneficios de los proyectos. Es por ello que en los casos donde se alega la inexistencia de una consulta previa se plantean muchas importantes cuestiones, las cuales deberán ser absueltas en su momento.
21. Y es que, de una parte, la consulta previa parece ser un requisito de validez *sine qua non*, constitutivo de la viabilidad y conformidad constitucional de los proyectos que impactan en las comunidades. Asimismo, debe constatarse que en muchos casos declarar la nulidad de un proyecto minero o cesar un proyecto que recae en el desarrollo local podría traer consecuencias nefastas que se suman a las que eventualmente ya podrían existir.
22. En este escenario, conviene tomar en cuenta ciertas variables, como la del posible impacto o efecto que acarrearía la decisión del Tribunal si se cierra o revierte un proyecto, o la del deber especial de reparar y o superar los daños que se hubieran generado en la comunidad o comunidades involucradas.
23. Con respecto a lo primero, y tal como lo he venido aduciendo en mis votos en casos anteriores a este, respecto de los efectos de cesar proyectos, considero que pueden tomarse en cuenta, a modo de propuesta inicial, cuatro dimensiones: la dimensión económica (vinculada a la rentabilidad económica del proyecto para el país y a la posible redistribución de los beneficios); la dimensión estratégica (referida a la utilidad de los recursos a partir de una mirada estratégica de la supervivencia o el desarrollo del país, recursos hídricos, recursos energéticos, biodiversidad, etcétera); la dimensión política prospectiva (que implica tomar en cuenta los planes oficiales que encaminan el futuro del país), y la dimensión legal (la cual alude a

tomar en cuenta los efectos jurídicos y las cargas generadas con la posibilidad de cerrar o revertir proyectos).

24. Ahora bien, y por el lado de las comunidades y pueblos indígenas, tal vez son más evidentes estas dos dimensiones: la dimensión cultural-espiritual (que alude a los daños que puede generar en la idiosincrasia, forma de vida, cultura, etcétera, de las comunidades) y la dimensión del daño directo (referido al impacto en la vida, salud, alimentación, etcétera, para quienes viven en las comunidades).
25. Por ende, y teniendo en cuenta estos posibles efectos, considero que se debe resolver con responsabilidad, en el marco de funciones básicas como la función moderadora y pacificadora, tomando para ello en serio las consecuencias o los efectos de su decisión.
26. Finalmente, y en relación de lo que pueda entenderse por afectación “directa” establecida en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, en anteriores ocasiones el Tribunal Constitucional ha precisado que el artículo 2 de la Ley del Derecho a la Consulta Previa hace referencia a que la consulta se hará ante vulneraciones o amenazas de vulneración directas a sus derechos colectivos. Como ha advertido este Tribunal, esta referencia a las medidas “susceptibles de afectarles directamente” deben ser entendidas como “cambios relevantes y directos en la situación jurídica de los pueblos indígenas” (Sentencia 0022-2009-PI/TC, fundamento 19). Se trata, ciertamente, de una perspectiva algo más amplia o genérica de lo que podría ser sometido a consulta.
27. Asimismo, el mismo Tribunal ha precisado que, con respecto a la trascendencia de los cambios, esta debe ser no solo alegada, sino que deber ser “explicada por los pueblos indígenas que la invoquen, porque no siempre será advertida por la cultura mayoritaria” (Sentencia 02196-2014-PA, fundamento 17).
28. Sin embargo, como lo he indicado en otra oportunidad (fundamento de voto de la Sentencia 00012-2020-PI), debe verse en la consulta la consecución de un *verdadero diálogo intercultural*, conforme al cual, “dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto”, ello, no solo para “obtener acuerdos

que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados” (Sentencia 00022-2009-PI, f. j. 33).

III. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS DE URGENCIA CUESTIONADOS

29. Una vez asumido que el Convenio 169 ostenta rango constitucional por las razones antes expuestas y que el derecho a la consulta es de carácter ius fundamental, corresponde verificar qué es lo que establece la normativa acerca de dicho derecho y en qué condiciones se aplica. Así, el artículo 6, a) del citado convenio establece que, al aplicar sus disposiciones, los gobiernos deberán “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se **prevean medidas legislativas** o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (cursivas y negritas agregadas).
30. La Ley de la Consulta Previa, en claro desarrollo de dicho Convenio, establece en su artículo 2 que el derecho a la consulta es: “el derecho de los pueblos Indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre **las medidas legislativas** o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado” (cursivas y negritas agregadas).
31. Como se aprecia, en ambos casos se hace referencia a una afectación directa. En la Sentencia 0022-2009-PI/TC, el Tribunal Constitucional indicó que este tipo de medidas implican que se produzcan “cambios relevantes y directos en la situación jurídica” de los pueblos indígenas (f.j. 13). También se ha indicado que la

afectación directa implica “una modificación inmediata y significativa de la situación jurídica de los pueblos indígenas y sus integrantes (f. j. 55).

32. Ahora bien, los decretos de urgencia impugnados han sido expedidos en clara violación del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades asentadas en las áreas sobre la que se construye y construirá el corredor vial Apurímac-Cusco.
33. La parte demandante ha alegado que al no haberse observado el procedimiento de consulta previa como parte del íter procedimental para emitir una norma jurídica que afectará a las comunidades campesinas, se ha producido una infracción a la Constitución por la forma. Considero que más allá de ello, esto es, más allá de una simple evaluación formal, la exigencia establecida tanto en el Convenio 169 de la OIT y de lo dispuesto en la Ley de Consulta Previa en el sentido de que las medidas legislativas que afectarán directamente los derechos de los pueblos deben ser consultados a éstos, sean evaluados como infracción de la Constitución por el fondo. Ello en la medida en que un aspecto sustancial, al que ya me he referido de manera reiterada, es que la consulta previa constituye un verdadero derecho fundamental de los pueblos indígenas y comunidades campesinas en nuestro país.
34. Ahora bien, el análisis de la violación al contenido material de la Constitución sobre el derecho a la consulta previa, pasa por si se acredita, como me parece ha ocurrido en el presente caso, por la evaluación de tres situaciones muy concretas: i) la existencia de comunidades asentadas en las áreas de la ruta vial materia de autos, ii) que el proyecto de desarrollo declarado como de interés nacional y el instrumento en el que se plasma: una norma jurídica, afectará directamente a dichas comunidades; y, iii) que no se haya llevado a cabo la consulta a las comunidades asentadas en las áreas por donde pasará el corredor vial pese a que es una obligación del Estado.
35. En relación a lo primero, conforme se advierte del contenido del Informe 3075-2019-MTC/08, que señaló en su punto 3.2 que a través del trato directo “únicamente se han liberado 20 km de carretera (Comunidad Campesina Choquecca Antio, Pumamarca y Allahui). Es decir, el Ministerio de Transportes tenía conocimiento de la

existencia de comunidades campesinas en el área, una de ellas, con registro oficial en la Base de datos oficial de los Pueblos Indígenas Originarios del Ministerio de Cultura, a través de la Resolución de Reconocimiento 277-76-OAJAF-ORAMS-VII (Comunidad Campesina Pumamarca).

36. Con ello se acredita que indefectiblemente, existen comunidades campesinas asentadas en las áreas del corredor vial al que se alude en los Decretos de Urgencia 026-2019 y 027-2019.
37. En relación a lo segundo, primero habría que determinar el objeto de los referidos decretos de urgencia y luego en qué medida el contenido de éstos afectará a las comunidades. Ahora bien, estamos frente a normas especiales que tratando de cumplir con las exigencias establecidas en el artículo 70 de la Constitución para la expropiación de tierras cuales son: atender a razones de seguridad nacional o necesidad pública, constar en una ley y previo pago de la indemnización justipreciada, tratan de darle un mayor dinamismo y agilidad a los trámites que podrían surgir en aplicación de la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles (trato directo y expropiación). Ello en la medida en que el decreto de urgencia y su modificatorio establecen un proyecto y un procedimiento específico para el contexto del Corredor Vial Apurímac-Cusco. Es más, plantean excepciones al régimen general de la *Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles*, al régimen de la Ley 30225, *Ley del Contrataciones del Estado* (ver artículo 14 del DU 026-2019 y su modificatoria) y a la Ley 30879, *Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2019* (art. 16 del DU 026-2019).
38. En la exposición de motivos del Decreto de Urgencia 27-2019 se señala que su contenido se orienta a establecer “medidas para agilizar la adquisición de las áreas necesarias para la ejecución de la infraestructura que permiten el acceso a la población que se encuentra en el ámbito de la obra para la obtención oportuna de los servicios públicos básicos, tales como el de salud, educación y transporte”, razón por la cual se establece “el otorgamiento de una compensación económica dirigida a los propietarios, poseedores u ocupantes cuyos inmuebles se encuentren dentro del Derecho de Vía del Corredor Vial Apurímac-Cusco”.

39. En el mismo sentido, el artículo 2 del DU 026-2019, modificado por el 027-2019, declaró de “interés nacional la ejecución de la obra de infraestructura denominada “Corredor Vial Apurímac-Cusco”. Asimismo, se ha indicado que la norma tiene por objeto:

aprobar medidas extraordinarias para la adquisición de áreas y la implementación de las intervenciones viales a realizarse en el Corredor Vial Apurímac - Cusco, a fin de permitir el acceso a los servicios públicos (artículo 1 del DU 026-2019, modificado por el DU 027-2019).

40. Por ello, se advierte que la normativa, ahora cuestionada, es planteada como un mecanismo que simplifica el procedimiento de adquisición establecido en la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles, Transferencia de Inmuebles de Propiedad del Estado, Liberación de Interferencias y Dicta otras Medidas para la Ejecución de Obras de Infraestructura, aprobado por el Decreto Legislativo 1192; no obstante, ni en la exposición de motivos ni en los considerandos de las normas impugnadas se justifica adecuadamente “el interés nacional” señalada ahí, pues solo se limita a hacer referencia a que con ello se hará posible el acceso de la población que se encuentra en el ámbito de la obra para la obtención oportuna de los servicios públicos básicos, tales como salud, educación y transporte. Situación que no resulta razonable y por tanto, no justificatorio, pues para acceder a dichos servicios sería suficiente y necesario que el Estado diseñe e implemente tales servicios que también en algunos casos, se erigen como derechos sociales (educación y salud por ejemplo) y tenerlos, por tanto, presentes en las áreas que involucran a las comunidades.
41. Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, es conocido por todos y todas que en las áreas en las que se pretende el proyecto de tal envergadura, se encuentra un corredor minero, esto es, existen empresas mineras asentadas en dichas áreas y que requieren de mejores rutas viales para poder extraer los minerales, con lo cual, hubiese sido más claro y verídico que en el sustento de los decretos se haga la referencia a estos hechos y que el objeto principal de tal proyecto sea la necesidad de un corredor vial que logre mejorar el sistema de transporte de minerales en las regiones de Apurímac y Cusco. En tal sentido, en el presente caso, no queda claro si existe

- una necesidad pública, o solo la necesidad de empresas mineras parasacar sus concentrados mineros. Y que una cosa es la necesidad pública entendida como el interés público, no solo del Estado sino de todos los sectores, y otra el interés de una empresa minera.
42. Ello no significa que deba negarse la posibilidad de que dichas empresas cuenten con un sistema vial que logre superar sus expectativas económicas y por tanto, genere también un mayor desarrollo de las áreas afectadas; no obstante, esta situación debe hacerse ponderando sus intereses frente a los de las comunidades y pueblos en nuestro país.
 43. A ello se debe sumar el hecho también por todos conocidos que las zonas en las que se situaría el corredor vial se encuentran en constante y permanente situación de conflicto social que coincide precisamente con la llegada de empresas mineras que desde hace algunos años se encuentran realizando labores de exploración y explotación de minerales.
 44. Entonces, la determinación del objeto “en atención a la necesidad pública” o de “interés nacional” para justificar una especial atención a los procesos de expropiación de las áreas afectadas, a través de los decretos de urgencia impugnados, no se satisfacen adecuadamente, razón por la cual, dichos decretos no cumplirían con el marco normativo constitucional para llevar adelante procesos expropiatorios, sobre todo, si no se ha considerado los derechos fundamentales de las comunidades asentadas en las áreas en las que se construirá tal corredor vial.
 45. Además, no existe seguridad o certeza alguna de que quienes son poseedores o propietarios de territorios comunales en las áreas afectadas acepten la figura del trato directo. Frente a dicha situación, serán pasibles y sujetos a procesos expropiatorios, los que resultarán en clara violación de los derechos de las comunidades, ya que estos, tienen una distinta cosmovisión acerca del uso de la tierra al que se tiene bajo el pensamiento occidental. En tal sentido, es claro que los decretos de urgencia cuestionados afectarán los derechos de las comunidades asentadas en las áreas materia de autos.
 46. Así, y en relación al tercer punto, no habiéndose acreditado que se haya iniciado consulta alguna a dichas comunidades y en atención a

que es evidente que se afectaría las áreas que ocupan dichas comunidades, además de los diversos problemas de contaminación que genera no solo la construcción de un proyecto de tal envergadura, sino y posteriormente a ello, el continuo tránsito de vehículos pesados trasladando minerales hará pues que la contaminación no solo repercuta en el medio ambiente, sino además genere contaminación acústica.

47. En mérito a lo expuesto, reitero mi discrepancia con quienes han declarado infundada la demanda en un extremo y han expedido una sentencia interpretativa, la cual en mi opinión es **FUNDADA**.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



Pleno. Sentencia 300/2022

Pleno Jurisdiccional

Expediente 00020-2021-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

15 de setiembre de 2022

**Caso de la Ley que autoriza
el retiro de fondos de las AFP**

**Colegio de Abogados de Lima Sur c.
Congreso de la República**

Asunto

**Demanda de inconstitucionalidad contra
los artículos 1 y 3 de la Ley 31192, Ley que
faculta a los afiliados al Sistema Privado de
Administración de Fondo de Pensiones el
retiro de sus fondos**

Magistrados firmantes:

SS.

MORALES SARAVIDA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

OCHOA CARDICH

TABLA DE CONTENIDOS

Norma impugnada	Parámetro de control
Ley 31192	Constitución Política del Perú • Art. 7 • Art. 9 • Art. 10 • Art. 11 • Art. 12 • Primera Disposición Final y Transitoria (penúltimo párrafo)

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio Constitucional

B. Debate Constitucional

B-1. Demanda

B-2. Contestación de Demanda

II. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación de la controversia

§2. Sobre la competencia de este Tribunal para emitir un pronunciamiento respecto del fondo de la controversia

§3. Sobre EL CONTEXTO DE EXCEPCIONALIDAD Y las medidas económicas de carácter extraordinario dispuestas para enfrentar los efectos económicos de la pandemia COVID-19 en el Perú

§4. Sobre las diferencias entre el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) y el Sistema Privado de Pensiones (SPP)

§5. Sobre el carácter intangible de los fondos de la seguridad social

§6. aplicación del test de proporcionalidad respecto del artículo 1 de la ley 31192

§7. La necesidad de una reforma integral del sistema privado de pensiones

§8. exhortación

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de setiembre del 2022, reunido el Tribunal Constitucional en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Morales Saravia (presidente); Pacheco Zerga (vicepresidente), Ferrero Costa, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Pacheco Zerga, Ferrero Costa y Monteagudo Valdez, que se agregan. Asimismo, se agrega el fundamento de voto del magistrado Morales Saravia.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 8 de junio de 2021, el Colegio de Abogados de Lima Sur interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 3 de la Ley 31192, “Ley que faculta a los afiliados al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones el retiro de sus fondos”, publicada el 7 de mayo de 2021 en el diario oficial *El Peruano*. Alega que las disposiciones impugnadas contravienen los artículos 7, 9, 10, 11, 12 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1993.

Por su parte, con fecha 9 de setiembre de 2021, el apoderado especial del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que esta sea declarada improcedente.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

B-1. DEMANDA

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- El Colegio de Abogados de Lima Sur sostiene que los artículos 1 y 3 (último párrafo) de la Ley 31192 incurren en vicios de inconstitucionalidad por el fondo, en la medida que contravienen el derecho

a la seguridad social (artículos 10 y 11), la intangibilidad de los fondos de pensiones (artículo 12), la sostenibilidad del sistema de pensiones (penúltimo párrafo de la Primera Disposición Final y Transitoria) y el derecho a la salud (artículos 7 y 9).

- Indica que las disposiciones impugnadas permiten, una vez más, el retiro de los fondos de las cuentas contributivas que los afiliados han aportado al SPP, conforme a su artículo 1. Acota que se añade la posibilidad de la entrega de hasta el 30 por ciento de los fondos a los acreedores de obligaciones alimentarias, de acuerdo con el artículo 3 de la ley impugnada.
- El demandante alega que los objetivos de la seguridad social afectados por las medidas incluidas en la Ley 31192 son: (i) proteger a la persona contra las contingencias que pueden darse en su vida y que están previstas en la ley; y, (ii) elevar la calidad de vida.
- Advierte que una modificación legislativa sobre tal materia debe tener en cuenta los límites constitucionalmente impuestos a la seguridad social en general y, particularmente, al derecho que derive de esta, como es el caso del acceso a una pensión.
- Afirma que tanto Sistema Nacional de Pensiones (SNP) como el Sistema Privado de Pensiones (SPP) tienen como objetivo común posibilitar el acceso a una pensión digna, de modo que se trata de sistemas que se complementan.
- Por ello, a su criterio, el tratamiento estatal que se brinde a ambos sistemas de pensiones debe ser similar, puesto que ambos persiguen el mismo fin constitucional.
- Agrega que dicha obligación estatal siempre debe ejercerse teniendo en cuenta las implicancias de los sistemas pensionarios que dirige o supervisa. Por ello, enfatiza que el Estado debe observar las condiciones de funcionamiento de los esquemas de administración de pensiones, a fin de garantizar la viabilidad de que cada aportante reciba, en su momento, una pensión digna.
- En esta línea, el colegio demandante concluye que la ley impugnada vacía de contenido de la garantía institucional de la seguridad social, en general, y del derecho a la pensión en particular, reconocidos y recogidos en los artículos 10 y 11 de la Constitución Política del Perú.

- Asimismo, afirma que la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones (SBS) emitió una opinión formal sobre la autógrafa que ahora se ha convertido en ley, en la que destaca que el monto de la pensión, en el sistema de capitalización individual propio de las AFP, depende de una serie de variables, como la tasa de aporte, la rentabilidad acumulada, la regularidad en el pago de aportes, el tiempo de permanencia y la edad de jubilación.
- Asevera que estos retiros prematuros tienen efectos negativos tanto para los afiliados individualmente como para la sociedad en su conjunto. Por ende, sostiene que lo regulado en la Ley 31192 supone una descapitalización del sistema privado de pensiones (SPP) y de las cuentas individuales, al permitir que los afiliados dispongan de esos fondos para fines extrapensionarios.
- Advierte que según los estudios realizados por los órganos técnicos como la SBS, el efecto de la norma cuestionada se extiende a los afiliados que no han efectuado retiros, lo que provocará un impacto en la “gestión de las carteras administradas, así como en el mercado de capitales local y en la economía en general”.
- Acota que el retiro autorizado por las disposiciones cuestionadas impediría que en el futuro los afiliados mantengan en sus cuentas recursos suficientes para lograr el fin constitucional que persigue la pensión.
- En suma, aduce que la medida que prevé destinar los recursos de una futura pensión (los aportes depositados en el fondo individual), para fines distintos a los del soporte económico durante la vejez del pensionista, terminan por comprometer seriamente el acceso a una pensión digna, no ya de un pensionista en particular, sino de todos ellos, afectando, incluso, al conjunto del sistema pensionario.
- Por otro lado, menciona que la disposición de las sumas depositadas en la Cuenta Individual de Capitalización (CIC) contraviene la intangibilidad de los fondos de pensiones (artículo 12 de la Constitución). Argumenta que dicha intangibilidad consiste en que el administrador de los fondos no tiene el poder de destinarlos a un fin distinto al de posibilitar, en el plano material, la percepción de una pensión digna para quien tiene derecho a esta.

- Manifiesta que la ley impugnada crea otro sujeto denominado “el afiliado”, quien puede acceder y disponer libremente de los aportes con fines distintos al previsional. En tal sentido, afirma que el Estado debe evitar que sus decisiones degraden la existencia de los ciudadanos, pues ello afecta sus propios logros y avances progresivos respecto de su derecho a la pensión.
- El Colegio de Abogados de Lima Sur también señala que la disposición de fondos de la cuenta individual de capitalización atenta contra la sostenibilidad del sistema de pensiones. Refiere que las modificaciones a los sistemas pensionarios existentes o la creación de nuevos sistemas deben fundarse en el principio de sostenibilidad financiera y de no nivelación.
- Indica que el retiro que autoriza la Ley 31192 traerá como consecuencia la afectación de la rentabilidad en los fondos de pensiones que administran las AFP’s, puesto que la reducción de la cantidad de aportes administrados comprometerá la realización de inversiones sustanciales, lo que pondría en riesgo también la supervivencia de estas entidades como órganos reconocidos constitucionalmente para administrar los fondos de pensiones.
- Añade que no solo se pauperiza el fondo y su rentabilidad, y se afecta a los afiliados que permanezcan sin retirarlos, sino que además 5 millones de afiliados quedarían sin saldo, lo que generará una mayor carga fiscal para atender las necesidades de aquellos que llegan sin cobertura o con una muy magra, al momento de la jubilación.
- Alega que la ley impugnada pone en riesgo el derecho a la salud de los afiliados, regulado en los artículos 7 y 9 de la Constitución, y en el artículo I del Título Preliminar de la Ley 26842. Agrega que el desarrollo del concepto específico del derecho a la salud se ve reflejado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- En efecto, menciona que parte del derecho a la salud comprende una dimensión dinámica y positiva, la cual supone el mandato constitucional que reviste al Estado como principal promotor de las políticas públicas y actuaciones conducentes a garantizar una vida saludable y digna de los ciudadanos, a través de la aplicación de herramientas legales, técnicas y económicas de manera directa y efectiva.

- El colegio profesional demandante aduce que la Ley 31192 permitiría que el afiliado llegue a retirar hasta el 100% del monto disponible en la cuenta individual de capitalización, sin destinar porcentaje alguno a favor de EsSalud para que el afiliado pueda acceder a sus prestaciones, lo que contraviene los artículos 7 y 9 de la Constitución.
- Expone que el Congreso de la República, en el año 2020, aprobó cuatro normas en el marco de la pandemia de la Covid-19 que habilitaron a los afiliados de las AFP a retirar una gran parte de sus aportes mediante un determinado procedimiento, y que a la vez ha generado un supuesto de vaciamiento de la Constitución.
- En consecuencia, el colegio demandante solicita que se dejen sin efecto los artículos 1 y 3 de la Ley 31192, por vulnerar lo establecido en los artículos 7, 9, 10, 11 y 12 de la Constitución, respecto al derecho a la seguridad social, a la intangibilidad de los fondos de pensiones, a la sostenibilidad del sistema de pensiones y el derecho a la salud.
- Asimismo, pide que, a través de la sentencia que emita este Tribunal, se determine la imposibilidad de expedir nuevas normas que incurran en dichas vulneraciones, de modo que se exija al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo que no se continúe con el vaciamiento de la Constitución.
- Finalmente, solicita que, en caso de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 3 de la ley impugnada, la decisión sea extendida, por conexidad, al artículo 2 y a la Única Disposición Complementaria Final de dicha ley, así como a la Resolución SBS 01484-202.

B-2 CONTESTACIÓN DE DEMANDA

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

- El apoderado del Congreso de la República alega que en el presente caso no resulta procedente emitir pronunciamiento sobre el fondo, debido a que se ha producido la sustracción de la materia y, por ende, solicita que la demanda interpuesta sea declarada improcedente.

- Señala que el demandante no realizó una interpretación sistemática de todas las disposiciones de la referida ley, entre ellas, la contenida en el artículo 2, que especifica la caducidad de la ley impugnada.
- Precisa que la ley impugnada delimita claramente dos requisitos o condiciones esenciales para su aplicación: uno subjetivo y otro temporal.
- Con respecto al primero, el artículo 1 de la ley cuestionada establece de forma expresa y específica que el retiro extraordinario de hasta cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) está permitido solamente, o de forma exclusiva, a los afiliados al SPP que no califiquen para acceder al Régimen de Jubilación Anticipada por Desempleo.
- Con relación a lo segundo, el literal “a” del artículo 2 de la ley sometida a control dispone que los afiliados al SPP, destinatarios de la norma, pueden presentar su solicitud, por única vez, dentro de los 90 días calendario, posteriores a la vigencia del reglamento de la ley.
- Añade que la Única Disposición Complementaria de la ley cuestionada estableció un plazo de 15 días calendario para que la SBS reglamente el procedimiento operativo para el cumplimiento de la norma.
- Dicho Reglamento, según la parte demandada, fue publicado el 19 de mayo de 2021, a través de la Resolución SBS 01484-2021, relativo al procedimiento operativo para el retiro facultativo de fondos en el SPP, establecido en la Ley 31192.
- Así, según refiere el apoderado especial del Congreso, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 31192 y el artículo quinto de la Resolución SBS 01484-2021, el plazo de 90 días calendario para acogerse al supuesto de hecho de la ley impugnada inició el 27 de mayo de 2021 y terminó el 24 de agosto de 2021.
- Concluye entonces que la ley objeto de control es una ley temporal y que la cesación de su vigencia no se debe a que haya sido derogada, sino a la conclusión del ámbito de su validez temporal y al acaecimiento del hecho o de las circunstancias materiales, (supuesto) a los que estuvo condicionada.

- Asimismo, indica que en el presente caso no se ha configurado ninguno de los supuestos en los que el Tribunal Constitucional, según su jurisprudencia, tiene habilitada la competencia para realizar el control de constitucionalidad de normas derogadas o que han perdido vigencia.
- Al respecto, refiere que todas las solicitudes de los afiliados al SPP presentadas a las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones en el plazo antes mencionado ya han sido resueltas.
- Aduce también que la Ley 31192 no versa sobre materia penal ni tributaria y que sus disposiciones ya no son susceptibles de ser aplicadas a hechos, situaciones y relaciones jurídicas ocurridas durante el tiempo en que estuvieron vigentes.
- En ese sentido, afirma que los afiliados al SPP que estuvieron en condición de activos, a la fecha de hoy, aunque permanezcan como afiliados al SPP con la misma condición, ya no pueden acogerse a la Ley 31192.
- En consecuencia, concluye que carece de objeto el control de constitucionalidad, al haberse producido la sustracción de la materia, por lo que la demanda debe ser declarada improcedente.

II. FUNDAMENTOS

§1. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA

1. En el presente caso, el Colegio de Abogados de Lima Sur cuestiona por razones de fondo la constitucionalidad de los artículos 1 y 3 (segundo párrafo) de la Ley 31192, “Ley que faculta a los afiliados al sistema privado de administración de fondos de pensiones el retiro de sus fondos”, por contravenir, a su criterio, los artículos 7, 9, 10, 11, 12 y la Primera Disposición Final y Transitoria (penúltimo párrafo) de la Constitución.
2. Este Tribunal aprecia que los extremos impugnados de la Ley 31192 son los siguientes:

Ley 31192	
Nº	Extremos impugnados
1)	Artículo 1. Objeto de la Ley Autorízase de manera extraordinaria a todos los afiliados al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, a retirar de manera facultativa hasta cuatro (4) unidades impositivas tributarias (UIT) del total de sus fondos acumulados en su cuenta individual de capitalización (CIC), a fin de aliviar la economía familiar afectada, por las consecuencias de la pandemia del COVID-19. La Ley no es aplicable a quienes califiquen para acceder al Régimen de Jubilación Anticipada por Desempleo.
2)	Artículo 3. Intangibilidad (segundo párrafo): (...) Lo señalado en la presente disposición no se aplica a las retenciones judiciales o convencionales derivadas de deudas alimentarias, hasta un máximo de 30% de lo retirado.

3. Al respecto, en relación con el artículo 1, referido previamente, este Tribunal aprecia que este tiene como objeto:
 - i) autorizar *extraordinariamente* a los afiliados al SPP el retiro *facultativo* de parte de sus aportes;
 - ii) que este retiro sea hasta por un monto máximo de 4 UIT.
4. Dicho retiro se encuentra autorizado para todos los afiliados del SPP, a excepción de aquellos que cumplan los requisitos para acceder al Régimen de Jubilación Anticipada por Desempleo (REJA).
5. La disposición cuestionada establece que dicha autorización extraordinaria tiene como finalidad el alivio de las economías familiares afectadas por las consecuencias de la pandemia del Covid-19.
6. Por otra parte, conviene precisar que el primer párrafo del artículo 3 de la Ley 31192 (no impugnado en el presente caso), establece que:

El retiro de los fondos a que se refiere la presente ley mantiene la condición de intangible, no pudiendo ser objeto de descuento, compensación legal o contractual, embargo, retención, cualquier forma de afectación, sea por orden judicial y/o administrativa, sin distingo de la cuenta en la que hayan sido depositados.

7. En tal sentido, se aprecia que el legislador ha explicitado que el retiro de fondos tiene el carácter de intangible, con los alcances allí establecidos.
8. Ahora bien, el segundo párrafo de dicho artículo 3, impugnado en la demanda, establece una excepción a dicho carácter intangible. Se trata del caso de las retenciones judiciales o convencionales por deudas alimentarias.
9. Así, el legislador, en el extremo impugnado del mencionado artículo 3, ha establecido que este carácter no aplica ante las referidas retenciones por deudas alimentarias, hasta un máximo de 30% del monto retirado.
10. En síntesis, las dos materias que de la Ley 31192 básicamente se cuestionan son:
 - i) la autorización extraordinaria del retiro facultativo, hasta por un máximo de 4 UIT, del total de los fondos acumulados en el CIC de cada afiliado al SPP (artículo 1); y,
 - ii) la retención, por mandato judicial o convencional, a causa de deudas alimentarias, hasta el 30% del monto de lo retirado.
11. Ahora bien, el apoderado especial del Congreso de la República sostiene que, en el presente caso, se ha producido la sustracción de la materia, por cuanto la ley impugnada ya no se encuentra vigente. Al respecto, precisa que el artículo 2 de dicha ley establece un plazo límite para presentar la solicitud de retiro, el mismo que ya habría transcurrido a la fecha.
12. En atención a tales consideraciones, corresponde entonces determinar si este Tribunal puede emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, o no.

§2. SOBRE LA COMPETENCIA DE ESTE TRIBUNAL PARA EMITIR UN PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DEL FONDO DE LA CONTROVERSIA

13. Como se ha indicado, este Tribunal debe dilucidar si en el presente caso se habría producido, o no, la sustracción de la materia, lo que comportaría la imposibilidad de emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

14. Corresponde advertir que las disposiciones cuestionadas autorizan el retiro de fondos de las CIC y a la fecha, efectivamente, ha vencido el plazo de noventa días calendario posteriores a la vigencia del reglamento de la ley para presentar las solicitudes.
15. Sin embargo, lo anterior no implica que no se continúen desplegando efectos presuntamente inconstitucionales derivados de la aplicación de las disposiciones cuestionadas en el presente caso.
16. Asimismo, la parte demandante ha solicitado expresamente al Tribunal Constitucional, con posterioridad a la audiencia pública de 14 de julio 2022, que este Colegiado se pronuncie sobre la Ley 31478, Ley que faculta el retiro extraordinario de los fondos de pensiones en el contexto de la pandemia del Covid 19, publicada el 21 de mayo de 2022.
17. Ley 31478 en su artículo 2 autoriza de manera extraordinaria a los afiliados del Sistema Privado de Pensiones a retirar, facultativamente, hasta 4 (cuatro) unidades impositivas tributarias del total de los fondos acumulados en sus cuentas individuales de capitalización.
18. Asimismo, el numeral 3.1 de su artículo 3 de esta ley establece que los afiliados podrían presentar sus solicitudes remota, virtual o presencialmente, por una única vez, dentro de los noventa (90) días calendario posteriores a la vigencia del Reglamento de la ley.
19. Con fecha 31 de mayo de 2022, a través de la Resolución SBS 01767-2022, se publicó el Reglamento Operativo para el retiro extraordinario y facultativo de fondos en el Sistema Privado de Pensiones establecido por la Ley 31478, emitido por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Conforme a su artículo cuarto, el mencionado reglamento entró en vigor el 13 de junio de 2022.
20. Así considerados, en aplicación de lo previsto por la propia Ley 31478, los efectos concretos de la regulación cuestionada —es decir, la posibilidad de solicitar retiro de aportes— se agotaron el 13 de septiembre de 2022.
21. Como fue indicado, la parte demandante ha solicitado expresamente al Tribunal Constitucional, con posterioridad a la audiencia

pública, que se emita pronunciamiento también sobre la Ley 31478. Ha alegado, asimismo, que la Ley 31192 continúa surtiendo efectos respecto de los hechos, situaciones y relaciones jurídicas efectuadas durante el lapso en que fue posible realizar el retiro.

22. El artículo 106 del Nuevo Código Procesal Constitucional prevé que:

Si, durante la tramitación del proceso de inconstitucionalidad, las normas impugnadas *fueran derogadas*, el Tribunal Constitucional *continuará con la tramitación del proceso en la medida en que estas continúen siendo aplicables a los hechos, situaciones o relaciones producidas durante su vigencia*.

El pronunciamiento que emita el Tribunal *no puede extenderse a las normas que sustituyeron a las cuestionadas en la demanda salvo que sean sustancialmente idénticas a aquellas*. (Resaltado agregado).

23. Al respecto, este Tribunal Constitucional considera que le corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia planteada. Si bien las leyes cuestionadas no han sido derogadas, sino que habrían agotado sus efectos por el transcurso del tiempo (en la medida en que no se pueden presentar nuevas solicitudes de retiro), también es cierto que siguen siendo aplicables a algunos hechos o situaciones jurídicas ocurridas con ocasión de su vigencia. Asimismo, es claro que ambas regulaciones tienen un contenido directamente relacionado con lo que es objeto de la presente demanda.
24. En efecto, conforme ha sido aducido por el colegio demandante, los efectos perniciosos de la regulación cuestionada, tanto de la Ley 31192 como de la Ley 31478, continúan surtiendo efectos, pues los aportantes han realizado retiros dentro del plazo indicado, y es con base en dichos retiros que se habría trasgredido o puesto en riesgo los bienes constitucionales invocados.
25. Asimismo, si bien conforme a la Ley 31478 ya no se pueden ingresar nuevas solicitudes de retiro, los efectos de dicha regulación alcanzan a las solicitudes que han sido presentadas dentro del plazo antes mencionado y que se encuentran pendientes de tramitación; así como a los retiros que se encuentran pendientes de desembolso

(dentro del límite de las 4 UIT), incluyendo aquellos casos en los que han existido desembolsos parciales.

26. En todos estos casos (de retiros totalmente efectuados, de retiros parciales pendientes de desembolso y de retiros ya solicitados), conforme a la tesis de la parte demandante, se seguiría generando efectos negativos tanto en el sistema previsional como en los derechos fundamentales que se invocan, contenidos en los artículos 7, 9, 10, 11, 12, y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.
27. Con base en los antes indicado, le corresponde a este Tribunal Constitucional emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

§3. SOBRE EL CONTEXTO DE EXCEPCIONALIDAD Y LAS MEDIDAS ECONÓMICAS DE CARÁCTER EXTRAORDINARIO DISPUESTAS PARA ENFRENTAR LOS EFECTOS ECONÓMICOS DE LA PANDEMIA COVID-19 EN EL PERÚ

28. En primer lugar, debe destacarse la existencia de un contexto de excepcionalidad que antecedió a la expedición de la Ley 31192. En todo caso, dicha excepcionalidad determinó que las medidas dispuestas en la ley sometida a control fueran de carácter temporal y de alcance limitado. En nuestro ordenamiento, el marco jurídico se encuentra en el numeral 1 del artículo 137 de la Constitución peruana de 1993, que prevé el estado de emergencia: “en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o *de graves circunstancias que afecten a la vida de la Nación*”.
29. Cabe señalar que una de las grandes lagunas de la Constitución vigente es no haber regulado las emergencias socio-económicas, como sí lo hizo expresamente la Constitución de 1979, en su artículo 132, que disponía que: “En situaciones de crisis grave o emergencia el Estado puede intervenir la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario”.
30. Sin perjuicio de ello, la emergencia está prevista y regulada por el derecho internacional de los derechos humanos. Así, el numeral 2 del artículo 29 de la Declaración Universal de 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.

31. El artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su párrafo 1 preceptúa lo siguiente:

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.

32. En términos similares, el numeral 1 del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos declara:

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.

33. En comentarios sobre el tema en el derecho argentino, en términos que pueden ser aplicables en nuestro ordenamiento, Rodolfo Barra afirma que la emergencia exige: (i) una situación de gravedad extraordinaria; (ii) con peligrosidad sobre la independencia, la seguridad y, en general, “la vida de la Nación”, es decir, de extrema

gravedad; (iii) la limitación de las disposiciones destinadas a enfrentar la situación de emergencia, según el tiempo y contenido; no podrán suspender el ejercicio de los derechos humanos ‘duros’, no deberán ser discriminatorias, y tampoco contradictorias con otras obligaciones impuestas por el derecho internacional (por ej., las propias del derecho de gentes)⁴².

34. En esa misma dirección, cabe citar que en el sistema de arbitraje internacional CIADI-BIT, el laudo pronunciado por el tribunal ad hoc en el Caso “LG&E Energy Corp.; LG&E Internacional Inc. v. República Argentina”⁴³ discutió los alcances del artículo XI del BIT celebrado entre la Argentina y los Estados Unidos de América, con relación al “estado de emergencia” o “estado de necesidad”, y se expuso que:

Concluir que una profunda crisis económica no constituye un interés esencial de seguridad sería minimizar el caos que la economía puede causar en las vidas de una población entera y en la capacidad de dirección del Gobierno. *Cuando las bases económicas de un Estado se encuentran sitiadas, la severidad del problema puede compararse con la de una invasión militar* (cursiva agregada).

35. La pandemia del Covid-19 no sólo desató una crisis sanitaria por el déficit de camas de Unidades de Cuidados Intensivos (UCI) y de personal médico y hospitalario, sino que también tuvo un devastador impacto en el empleo. Un informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en septiembre de 2020, reveló que el Perú fue el país más golpeado en pérdidas de empleo en Latinoamérica, durante la pandemia⁴⁴.

42 BARRA, Rodolfo, “Ley y Emergencia, Principio y contingencia”. En: Rodolfo Barra y Martín Plaza, (dirs.), José Gabriel Chibán (coord.), *Emergencia sanitaria global: su impacto en las instituciones jurídicas*, Rap, Buenos Aires, 2020, p. 54

43 Caso “ARB/02/1”, <http://www.worldbank.org/icsid>.

44 DURAND, Francisco, Julián Cárdenas y Emilio Salcedo, *La crisis de las AFP. Poder y malestar previsional*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2022, p. 173.

36. Como es de público conocimiento, para hacer frente a los efectos económicos de la pandemia del Covid-19, en el país se adoptaron medidas extraordinarias, como subsidios y entregas económicas de bonos a diversos sectores vulnerables de la población; la habilitación, en favor de los trabajadores, del retiro de la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) hasta en un 100%; y la oferta de crédito hasta por 10 millones de soles para las pequeñas, medianas y grandes empresas, en las entidades del sistema financiero que tuviesen contrato con la Corporación Financiera de Desarrollo (Cofide) (Reactiva-Perú), a fin de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones económicas, entre varias otras.
37. Tales medidas fueron dispuestas por las autoridades del gobierno nacional durante el estado de emergencia declarado a través del Decreto Supremo 044-2020-PCM, publicado el 15 de marzo de 2020, a fin de prevenir y evitar la propagación del Covid-19 en el país, y cuya vigencia ha sido prorrogada en los últimos años.
38. Al respecto, dadas las necesarias restricciones al libre desplazamiento y reunión de personas y, en concreto, a las medidas de confinamiento dispuestas desde el inicio de la declaratoria del estado de emergencia para detener el aumento de contagios por Covid-19, la ciudadanía estuvo prácticamente impedida, salvo excepciones, de continuar con el normal desarrollo de sus actividades laborales y profesionales.
39. En efecto, tal como se expresó en el dictamen de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, de fecha 19 marzo de 2021, las medidas como aislamiento social obligatorio, toque de queda, aforos limitados en establecimientos comerciales, restricciones al uso de vehículos particulares, entre otras, estuvieron destinadas a contener la propagación del Covid-19. Estas, sin embargo, afectaron significativamente no solo la economía del país, sino la de millones de personas (dictamen obrante a fojas 109 de la demanda).
40. Tal situación de excepcionalidad justifica que las autoridades tomen medidas céleres, oportunas e idóneas para aliviar la situación económica de los hogares y las empresas, en defensa de sus derechos y libertades económicas y, en general, en resguardo de la economía

del país, dentro del marco de posibilidades que establecen la Constitución y las leyes.

41. Ahora bien, dichas medidas fueron parte de un plan de atención de la salud pública y recuperación de la economía de los hogares y las empresas, iniciado en el año 2020⁴⁵, conforme se refleja a continuación:

Plan económico del Perú frente a la COVID-19
Primera etapa de contención
(i) Atención de emergencia:
• Fortalecimiento de los servicios de salud;
• Limpieza en colegios, transporte y otros lugares públicos;
• Orden público y traslado de bienes y personas.
(ii) Soporte a los hogares:
• Atención económica para hogares vulnerables
• Subsidio por incapacidad temporal, por suspensión perfecta y entrega de canastas
• Otras medidas para atención a personas en situación vulnerable
• Alivio tributario a familias
• Liberación de CTS
• Exoneración de retención y retiro extraordinario de AFP (énfasis añadido)
• Continuidad de operatividad de entidades públicas
• Subsidio económico para la continuidad del servicio de transporte
(iii) Soporte a las empresas:
• Subsidio a planilla y aplazamiento de depósito de CTS.
• Medidas de alivio tributario.
• Liberación de detracciones y otras facilidades a deudores.

⁴⁵ Disponible en el sitio web del Ministerio de Economía y Finanzas. Recuperado de: <https://www.mef.gob.pe/planeconomicocovid19/>. Consulta realizada el 13 de junio de 2022.

Segunda etapa de reactivación
(i) Soporte a la cadena de pagos:
• Fondo de Apoyo Empresarial para Pymes (FAE-Mype)
• Fondo de Apoyo Empresarial para el sector turismo (FAE-Turismo)
• Fondo de Apoyo Empresarial para pequeños productores agrarios (FAE-Agro)
• Programa de Garantía a la cartera de créditos
• Fondo Crecer
• Reactiva Perú
(ii) Medidas de apoyo y soporte a la economía.
• Arranca Perú
• Arranca Perú II
• Medidas de alivio tributario
• Medidas tributarias de promoción a la inversión
• Compras a micro y pequeñas empresas
• Apoyo a agricultura, cultura y otros
• Medidas para impulsar la inversión pública
• Medidas para impulsar la inversión privadas
• Otras medidas de apoyo y soporte a la economía

42. Como puede apreciarse, dicho plan constó de una etapa de contención y otra, propiamente, de reactivación, dentro de las cuales se encontraban diversas medidas dirigidas a los ciudadanos y a sus respectivas familias, como también a las pequeñas, medianas y grandes empresas.
43. La primera tenía como finalidad brindar soporte a las economías familiares y a las empresas para resistir los embates económicos de la pandemia; de modo que la significativa reducción de ingresos pudiese ser mitigada.
44. La segunda, en cambio, buscaba estimular la economía nacional a través de concretas y focalizadas medidas, en favor de las familias y empresas, y también de acuerdo con las necesidades y condiciones de diversos sectores productivos y financieros, que conllevarsen a poner en marcha, nuevamente, el crecimiento económico en el país.

45. Lo referido *supra* permite comprender en qué contexto fue expedida la Ley 31192. Pero ello no significa que este Tribunal evalúe la conveniencia de las medidas adoptadas o se pronuncie sobre su idoneidad. Antes bien, este Tribunal solo se ha limitado a describir en qué consistieron las medidas adoptadas por las autoridades para enfrentar la pandemia del Covid-19.
46. En lo que aquí interesa, respecto del sistema pensionario, el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República aprobaron ciertas normas en el marco de la pandemia del Covid-19, habilitando a los afiliados al SPP a retirar parte de sus aportes.
47. Tales normas, inicialmente, fueron parte de la etapa de contención para el soporte a los hogares y consistieron, entre otras, en la no retención de aportes y en el retiro extraordinario de los fondos de las CIC.
48. A fin de abordar la problemática descrita, se emitieron diversas normas legales que antecedieron a la expedición de la Ley 31192 y que incidieron en los fondos destinados a la seguridad social. Estas fueron:
 - i) **Decreto de Urgencia 033-2020**, publicado el 27 de marzo de 2020. Dispuso que para el mes abril de ese año se suspenda excepcionalmente la obligación de retención y pago de los componentes del aporte obligatorio del 10% de la remuneración asegurable destinado a la CIC y la comisión sobre el flujo descontada mensualmente a los trabajadores afiliados al SPP;
 - ii) **Decreto de Urgencia 034-2020**, publicado el 2 de abril de 2020. Autorizó al aportante a retirar S/. 2000.00 del total de fondos acumulados en su CIC, a condición de no haber registrado aportes previsionales obligatorios en los últimos seis meses;
 - iii) **Decreto de Urgencia 038-2020**, publicado el 14 de abril de 2020. Autorizó al aportante en situación de suspensión perfecta de labores al retiro de S/. 2000.00 de su CIC, en caso cumplierse con los requisitos del Decreto de Urgencia 034-2020, mencionado *supra*;
 - iv) **Ley 31017**, publicada el 1 de mayo de 2020. Autorizó que los afiliados al SPP, de forma voluntaria y extraordinaria, puedan

retirar hasta el 25% del total de sus fondos acumulados en su CIC, y se estableció como montos mínimo y máximo de retiro, los equivalentes a una UIT y 3 UIT, respectivamente;

- v) **Ley 31068**, publicada el 18 de noviembre de 2020. Autorizó al aportante retirar hasta 4 UIT de su CIC, a condición de encontrarse en situación de desempleo y no registrar aportes previsionales obligatorios en los últimos doce meses.
49. En efecto, la situación económica del país indujo a los órganos y poderes del Estado a proceder de un modo especialmente cauteloso y prudente en el manejo de los recursos públicos, ya que se requería enfrentar la crisis sanitaria y el impacto que esta viene produciendo en la economía nacional.
50. Desde esa perspectiva, en el presente caso, este Tribunal aprecia la existencia de un contexto de excepcionalidad que antecedió a la expedición de la Ley 31192; contexto que, con matices, puede afirmarse que continúa hasta la fecha, pues la pandemia no ha sido superada y aún debe lograrse la reactivación económica. De este modo, las medidas contempladas en la impugnada Ley 31192 se encuentran en la línea de lo que ya había sido previamente dispuesto por el Poder Ejecutivo y por el Poder Legislativo desde el año 2020.
51. Cabe anotar como referencia relevante que la legislación que autoriza el retiro de fondos de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ha sido replicada en Chile, país modélico del sistema implementado en el Perú, con tres leyes de retiro. El primer retiro rigió desde el 30 de julio de 2020, día en que se publicó la Ley N° 21.248, el segundo comenzó a regir el 10 de diciembre de 2020 (Ley N° 21.295; y el tercero desde el 28 de abril de 2021 (Ley N° 21.330), con retiros del 10% de los fondos y con el plazo de un año⁴⁶.
52. En todo caso, dicha excepcionalidad determinó que las medidas dispuestas en la ley sometida a control fueran de carácter temporal y de alcance limitado.

46 Enlace: <https://www.chileatiende.gob.cl>.

53. En efecto, resulta importante destacar que la habilitación dispuesta en la ley impugnada no pretendía afectar la totalidad de los fondos acumulados en las CIC, sino solamente hasta un máximo de 4 UIT y durante un plazo de tiempo perentorio y sujeto a condiciones, como no cumplir los requisitos para recibir una jubilación anticipada por desempleo.
54. Cabe precisar que, como fluye del cuadro indicado *supra*, con anterioridad, tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo habían expedido normas con vocación similar, de carácter excepcional, temporal, de alcance limitado en cuanto al monto del fondo que podía ser retirado y, además, sujetas a condiciones o requisitos.
55. Corresponde advertir que en ningún caso se habilitó un retiro de la totalidad de los fondos de los aportantes, sino que la medida establecida fue solo de alcance temporal y parcial, y se adoptó un criterio similar al empleado cuando se expidieron las normas que precedieron a la Ley 31192 y que no fueron cuestionadas en la demanda.
56. Habiendo quedado esclarecido el especial contexto en el que ha sido expedida dicha ley (y *mutatis mutandis* también la Ley 31478), corresponde detenerse ahora en el retiro facultativo de fondos autorizado a los afiliados del SPP.
57. Para ello, resulta necesario considerar las particularidades del SPP y, en concreto, las diferencias que presenta en comparación con el SNP.

§4. SOBRE LAS DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES (SNP) Y EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES (SPP)

58. En primer término, el artículo 10 de la Constitución dispone que “El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”.
59. En segundo lugar, el artículo 11 de la Constitución establece que: “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”.

60. De esto último se desprende que, según el constituyente, las personas pueden acceder a los servicios que, en el ámbito sanitario y previsional, ofrezcan entidades: i) públicas, ii) privadas o iii) mixtas.
61. Asimismo, por mandato constitucional, el Estado tiene el deber, en todos los casos, de supervisar su funcionamiento y la prestación adecuada de tales servicios. Se trata de un deber que es correlato de la garantía de los derechos fundamentales a la salud y a la pensión, razón por la cual se trata de un deber al que el Estado en ningún caso puede renunciar o soslayar.
62. Por su parte, este Tribunal en anteriores ocasiones se ha pronunciado respecto del contenido y alcances de los precitados artículos constitucionales. De este modo, este Tribunal ha establecido que, por mandato del artículo 10 de la Constitución, la vinculación de la seguridad social con el principio de dignidad se expresa en un sistema institucionalizado, imprescindible para la defensa de diversos principios constitucionales, lo que permite reconocerla como una garantía institucional (*cfr.* Sentencia 00050-2004-AI/TC y acumulados, fundamento 54).
63. A su vez, este órgano de control de la constitucionalidad ha precisado que del mandato constitucional recogido en el artículo 11 se desprende la coexistencia del Sistema Nacional de Pensiones (SNP) junto con el Sistema Privado de Pensiones (SPP).
64. El Texto Constitucional de 1993 –al establecer *el libre acceso a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas*, encargándose al Estado la función de *supervisar su eficaz funcionamiento* (artículo 11 de la Constitución de 1993)– consagra y, por consiguiente, permite, autoriza y supervisa la existencia de un Sistema Privado de Pensiones (SPP).
65. Ahora bien, este Tribunal también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las características básicas y diferencias de los sistemas público y privado de pensiones.
66. En concreto, el SNP es un sistema de reparto en el que ingresan los aportes de todos los afiliados, que coadyuvan al pago actual de las pensiones de los jubilados (*cfr.* Sentencia 00016-2020-PI/TC, fundamento 7). Por consiguiente, el SNP se estructura sobre la base de un fondo común, en el que ingresan los aportes de los afiliados y

que recibe además el financiamiento de los recursos públicos, todo ello con la finalidad de proveer el pago oportuno de las pensiones de sus afiliados.

67. Por su parte, el SPP fue creado a través del Decreto Ley 25897, en el año 1992, como una opción o alternativa a los regímenes de pensiones administrados por el Estado⁴⁷, como son los regímenes aprobados por los decretos leyes 19990 y 20530. Este sistema ha sido estructurado de forma diferente al SNP, pues establece, en principio, que el monto de las pensiones dependa de los aportes realizados por sus afiliados.
68. En efecto, una de las principales diferencias entre ambos sistemas es que el SPP cuenta con un *régimen de capitalización individual*, en el que los aportes realizados por el trabajador son depositados en la denominada Cuenta Individual de Capitalización (CIC). Dicha CIC es una cuenta personal que se incrementa mensualmente con los nuevos aportes depositados y con la rentabilidad que generan las inversiones de dicho fondo acumulado⁴⁸.
69. El aporte de cada afiliado o el descuento que se le realiza al trabajador está conformado por un monto de 10% de su remuneración bruta, a lo que debe añadirse los descuentos por la correspondiente prima de seguros y por la comisión que cobra la AFP elegida para administrar su fondo. Se entiende que una AFP realiza inversiones con el dinero del afiliado a fin de generar rentabilidad y, de esta manera, aumentar el valor de las prestaciones que dicho afiliado reciba en su oportunidad.
70. Cabe advertir que, además de los aportes con fines previsionales, que tienen como finalidad incrementar la cuenta individual de capitalización y aumentar el monto de su CIC, el afiliado puede realizar aportes sin fines previsionales con el objeto de acceder a los beneficios de la rentabilidad que por ello ofrezca la AFP.

47 Cfr. Ministerio de Economía y Finanzas. Los sistemas de pensiones en Perú (2004). Recuperado de: https://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/documentos/sistemas_pensiones.pdf, p. 29. Consulta realizada el 13 de junio de 2022.

48 Íd., p. 29

71. En síntesis, en el SPP, el monto de la pensión depende de la magnitud del fondo del afiliado; en cambio, en el SNP, la pensión se calcula según las últimas remuneraciones del afiliado a dicho sistema y, en todo caso, se ha previsto un monto determinado correspondiente a la pensión máxima que otorga dicho sistema.
72. Entre los derechos con que cuenta el afiliado a un SPP se encuentran realizar aportes voluntarios, trasladar sus aportes a cualquier otra AFP, cambiar el tipo de fondo de pensiones, recibir por parte de la AFP un estado de cuenta y recibir las prestaciones de sus correspondientes pensiones, entre otros.
73. Queda claro, entonces, que el SPP se basa en los aportes individuales del que resultará beneficiario, que son depositados en una cuenta individual y que, en este caso, no recibe financiamiento proveniente del tesoro público.
74. Si bien en el marco jurídico de nuestro régimen económico de *economía social de mercado*, concurren entidades públicas y privadas con la finalidad de satisfacer ciertos requerimientos, algunos vinculados a la prestación de servicios públicos; con base en lo anterior no deben confundirse los regímenes previsionales mencionados por la Constitución con lo que implica la seguridad social, conforme ya fue explicado.
75. En especial, en el caso del SPP, debe precisarse que constituye un mecanismo de gestión administrativa de un servicio público encargado al sector privado, a modo de régimen jurídico especial, en el que, en la práctica, se ofrece un instrumento financiero especial basado en el ahorro privado y en la capitalización obligatoria de aportes individuales. En este sistema, cada afiliado –que es un trabajador formal, en planilla y que aporta al SPP– debe hacer aportaciones mensuales en una cuenta particular, y será con base en dichas aportaciones y a su rentabilidad –la cual, en gran medida, depende de las inversiones realizadas por las administradoras de fondos de pensiones– que se generará un fondo que, con sujeción a los requisitos previstos legalmente, financiará la pensión que recibirá el aportante al jubilarse, entre otras formas de prestación, conforme a ley.
76. Como puede apreciarse, si bien con algunas particularidades, se trata de un tipo de instrumento financiero (entre otros que concurren

en el mercado) basado en el ahorro forzoso –obligatorio por mandato de la ley– y que tiene como propósito *prima facie* que el aportante pueda acceder a una pensión digna cuando alcance la edad de jubilación, finalidad que no siempre se alcanza, como consecuencia de sus aportes individuales. Al tratarse de un sistema cuya gestión administrativa está a cargo del sector privado, el Estado debe cumplir un rol regulador, a través de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondo de Pensiones, incluyendo el monto de las comisiones que cobran a los afiliados.

77. Así las cosas, es claro que el SPP es un sistema que, en esencia, se basa en la lógica contractual privada, que hace depender la pensión de los aportes individuales a cargo de los propios asegurados. Esta nota característica del SPP ha llevado a un amplio sector de la doctrina a sostener que no estamos ante un régimen que es parte de la seguridad social, por carecer del principio de solidaridad, que resulta esencial fundamental en dicha noción.
78. Así, Monereo sostiene que los derechos sociales colisionan con la lógica del libre mercado porque son derechos de desmercantilización, ya que se orientan, en lo principal, a la igualdad, mientras que el mercado produce desigualdad, atendiendo a su propia lógica interna⁴⁹. Por su parte, Plá Rodríguez es categórico cuando señala que, siendo la solidaridad el valor esencial para la seguridad social, nos encontramos no ante un ingrediente opcional o contingente que puede existir o no, sino que se trata de un elemento indispensable para que la seguridad social sea lo que debe ser⁵⁰.
79. En la doctrina nacional, González Hunt llega a afirmar que el Sistema Privado de Pensiones no es ni pretende constituirse en uno de seguridad social, por cuanto su concepción y desarrollo se ubica

49 MONEREO PÉREZ, José Luis, “El derecho a la seguridad social”. En José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Molina Vida (dirs.) *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, p. 1427.

50 Citado por GONZÁLEZ HUNT, CÉSAR, “La interpretación constitucional del derecho a la pensión y el futuro del sistema de seguridad social en pensiones”. En: *Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2006, p. 889.

en las antípodas que lo sustentan, precisión que es fundamental al analizar nuestro sistema pensionario⁵¹.

80. En esa misma línea, con una conformación anterior, este Tribunal Constitucional precisó que el Sistema Privado de Pensiones carece de los elementos distintivos de la seguridad social; que en esta oportunidad reitera, pues

Debe tenerse en cuenta que la seguridad social dista en grado sumo de la concepción contractualista del seguro privado, conforme a la cual las aportaciones realizadas son el acto determinante que permite proyectar la retribución compensatoria luego de un periodo de tiempo. En la seguridad social, por el contrario, el principio de solidaridad cumple un rol vital, de manera tal que las prestaciones que brinda dicho sistema no se pueden medir sobre la base individualista del cálculo de los aportes realizados por cada pensionista, sino, de un lado, sobre una base redistributiva que permita elevar la calidad de vida del pensionista, y de otro, sobre pautas objetivas reveladoras de un estado de necesidad (Sentencia 00050-2004-PI/TC y acumulados, fundamento 140; criterio reiterado recientemente en la Sentencia 00009-2015-PI, fundamento 33) (resaltado agregado).

81. A diferencia del Sistema Nacional de Pensiones, que tradicionalmente ha sido caracterizado por su *universalidad, solidaridad, integralidad y progresividad*, el SPP implica fomentar la capitalización individual y se basa en el ahorro personal forzoso regulado; se trata de un mecanismo que procura contemporizar la preocupación por el acceso a la pensión, aunque basado en el mecanismo de mercado, establecido a nivel constitucional, cuya gestión se encarga a entidades privadas (o mixtas) que son responsables de administrar el fondo individual resultado de los aportes de la forma más eficiente posible, para así obtener la mejor rentabilidad.
82. Se trata, pues, de un sistema permitido por el diseño constitucional de pensiones previsto en la Constitución de 1993, que se implementa por medio de diversos instrumentos financieros, regulados y

51 GONZÁLEZ HUNT, CÉSAR, *El sistema privado de pensiones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ARA, Lima, 2013, pp. 15-16.

supervisados por el Estado, dentro del marco previsto en los artículos 2, incisos 14, y 103 de la Constitución que establecen, por una parte, el derecho a contratar con base en los límites legalmente establecidos y, por otra, la teoría de los hechos cumplidos en materia de aplicación del derecho, ya que en nuestro ordenamiento jurídico la ley, desde que entra en vigor, se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

§5. SOBRE EL CARÁCTER INTANGIBLE DE LOS FONDOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

83. En la presente controversia se discute también si los extremos impugnados de la Ley 31192 han vulnerado lo dispuesto en el artículo 12 de la Constitución. Dicho artículo prescribe que: “Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley”.
84. En línea con lo sostenido hasta aquí, si bien el SPP tiene un propósito plausible, es claro que, en esencia, se trata de un sistema de ahorro forzoso privado y de administración de fondos personales, los cuales son siempre *patrimonio* del aportante. Siendo así, es necesario esclarecer si la “intangibilidad de los *fondos y las reservas*” de seguridad social, a la que alude el artículo 12 de la Constitución, implica que el dinero contenido en las cuentas individuales de capitalización, en ningún caso –aun de excepción constitucional como es el estado de emergencia, por catástrofe o graves circunstancias que afecten la vida de la Nación– podría ser retirado por los propios aportantes, tal cual lo habilita la ley cuestionada, y que precisamente es materia de controversia en este proceso.
85. Así, la cláusula de intangibilidad de los fondos destinados a la seguridad social se explica en el contexto del mal uso que se hizo de los fondos previsionales del sistema público por parte del Estado en gobiernos pasados, para fines muy distintos a los que estaban destinados, lo que hizo quebrar el sistema. Sin embargo, con base en lo indicado, y tomando en cuenta que la noción de seguridad social es bastante más amplia y no se refiere solo a las pensiones, es necesario interpretar dicha cláusula –que en resumidas cuentas establece el uso de los fondos de la seguridad social solo para dicho fin– en un sentido más pertinente y garantista; por ejemplo, encaminado a

asegurar el uso de los recursos hasta su máximo disponible, sin que quepa utilizarlos en otros propósitos, o usarlos de manera indebida o ineficiente. Incluso cabe establecer recaudos y previsiones específicas frente a la recurrente inejecución presupuestal en materia de gasto público social, que tiene importantes consecuencias para los derechos fundamentales más básicos.

86. Ahora bien, sobre el contenido y alcances de la regla de intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social, en lo que se refiere al derecho a la pensión, este Tribunal ha especificado que se trata de una garantía institucional que cuenta con eficacia reforzada, a fin de dejar a salvo su núcleo indisponible ante el legislador, evitando que este sea anulado o vaciado de contenido (cfr. Sentencia 00050-2004-PI/TC y acumulados, fundamento 54).
87. Sin perjuicio de ello, una segunda característica de dicha intangibilidad es que requiere su configuración legal, indispensable para la delimitación de su contenido protegido (cfr. Sentencia 00050-2004-PI/TC, fundamento 55).
88. Posteriormente, en la Sentencia 00014-2007-PI/TC, este Tribunal sostuvo que la intangibilidad tiene como fin asegurar que “los fondos y las reservas de la seguridad social no sean destinados a fines distintos del aseguramiento y la garantía del pago de una pensión (...), acorde con el principio-derecho de dignidad, reconocido por el artículo 1 de la Norma Fundamental” (fundamento 31).
89. Sin embargo, también es cierto que, en aquella sentencia, este Tribunal hizo hincapié en que “el artículo 12 de la Constitución no pretende prefijar de una vez y para siempre el destino de los recursos de un concreto fondo creado por el legislador, ni menos aún supone que no puedan existir aportes solidarios entre los recursos de cada uno de los sistemas pensionarios a favor de los pensionistas” (Sentencia 00014-2007-PI/TC, fundamento 31).
90. En ese entendido, en la Sentencia 00013-2012-PI/TC, este Tribunal dejó sentado que dicha garantía no puede ser entendida como la intangibilidad del destino prefijado por el legislador ordinario, respecto de los recursos de un fondo particular legalmente constituido, y que esta se afecta “cuando el fondo público sirve para cubrir la pensión mínima del sistema privado” (fundamento 82).

91. En todo caso, la comprensión de la intangibilidad de los fondos previsionales como una garantía institucional *posibilita* que su fin último sea el de “proteger el derecho a la pensión de quienes se jubilen, en tanto y en cuanto se persiga el aseguramiento y la garantía del pago” (fundamento 84).
92. Este Tribunal entiende que, conforme lo expuesto *supra*, la naturaleza jurídica del SPP no corresponde a la seguridad social. En consecuencia, la medida prevista en el artículo 1 de la ley impugnada no incide en el contenido del mandato constitucional de intangibilidad de los fondos de la seguridad social, de modo que es constitucionalmente lícito que los aportantes puedan destinar sus fondos a una aplicación distinta de aquellas que justificaron su creación.
93. Sin perjuicio de ello, los fondos del Sistema Privado de Pensiones son intangibles frente a intervenciones arbitrarias del Estado, por constituir patrimonio de los afiliados protegido por la garantía de inviolabilidad del derecho de propiedad, consagrada en el artículo 70 de la Norma Suprema y en la garantía del ahorro declarada en el artículo 87 de ella misma.
94. Por otro lado, en cuanto a la medida establecida en el segundo párrafo del artículo 3 de la Ley 31192, sometida a control, este Tribunal advierte que esta no incide negativamente en la intangibilidad de los fondos de la seguridad social, ordenada por el artículo 12 de la Constitución, pues tan solo constituye una excepción que opera en el ámbito de la intangibilidad de las sumas retiradas, pero que no se refiere a la intangibilidad de los fondos de la seguridad social.
95. Efectivamente, la previsión de que la intangibilidad no se aplica a las retenciones judiciales o convencionales derivadas de deudas alimentarias limita su efecto al ámbito de las sumas ya retiradas de las CIC, y no incide en la disposición constitucional invocada por la parte demandante.
96. Estando a lo expuesto, corresponde desestimar la demanda en este último extremo.

§6. APLICACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 31192

97. Corresponde ahora evaluar la medida establecida en el artículo 1 de la ley impugnada a la luz del *test* de proporcionalidad, a fin de determinar si aquella es conforme a la Constitución o, por el contrario, vulnera sus principios, reglas y valores, expresados en los artículos 7,9, 11, 12 y en la Primera Disposición Final y Transitoria (penúltimo párrafo) de dicho texto constitucional, relacionados con el libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones, con la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social y con el principio de sostenibilidad financiera de los regímenes pensionarios, respectivamente.
98. En diversas ocasiones este Tribunal ha detallado que el *test* de proporcionalidad constituye una técnica constitucionalmente adecuada para determinar si una medida impugnada resulta conforme, o no, con la Constitución.
99. Evidentemente, ello presupone que, en un determinado caso, la medida sometida a control comporte el surgimiento de una colisión entre principios constitucionales o la rivalidad, *prima facie*, entre sus correspondientes exigencias, las cuales no podrían ser satisfechas a la vez.
100. A fin de resolver las controversias de ese tipo, que presuponen conflictos entre principios incorporados en la norma fundamental, el Tribunal Constitucional ha recurrido en diversas ocasiones al *test* de proporcionalidad, que se desarrolla a partir de tres exámenes o subprincipios, con sus propias lógicas subyacentes: i) el subprincipio de idoneidad, ii) el subprincipio de necesidad y iii) el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.
101. Como se sabe, el *test* de proporcionalidad presupone la existencia de un conflicto entre bienes jurídicos de rango constitucional, que entran en conflicto entre sí. Como se pone de relieve en la doctrina, debe determinarse el fin inmediato del legislador (es decir, el estado de cosas fáctico o jurídico que se desea alcanzar)⁵².

52 BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003, p. 713.

102. En ese sentido, es pertinente citar a Barak, quien afirma que en el *test* de proporcionalidad es un requisito mínimo:

El componente del fin adecuado examina si una medida (sea ésta una ley o una decisión judicial) que restringe un derecho fundamental está dirigida a un fin que justifica tal restricción⁵³.

103. En el presente caso, se trata de la autorización para solicitar la devolución de parte de los aportes, para que sus destinatarios tengan acceso inmediato a dichos recursos y puedan atender circunstancias extraordinarias como las desencadenadas por la pandemia del Covid-19.
104. Asimismo, el fin constitucionalmente relevante o fin mediato de la medida es promover el bienestar general (artículo 44 de la Constitución), así como favorecer el derecho de toda persona al libre desarrollo y bienestar, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución.
105. De otra parte, los bienes que podrían verse afectados por la regulación cuestionada estarían relacionados con el libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones, con la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social y con el principio de sostenibilidad financiera de los regímenes pensionarios, relacionados con lo dispuesto en los artículos 7, 9, 11, 12 y en la Primera Disposición Final y Transitoria (penúltimo párrafo) de la Constitución.
106. Así entonces, corresponde en primer lugar precisar si, en efecto, existe un eventual conflicto con los bienes constitucionales enunciados. En primer lugar, en lo que concierne al libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones, es necesario destacar que esta libertad no tiene relación con la medida que se cuestiona en este proceso. Las prestaciones de salud y previsionales continúan siendo libres, ciertamente dentro de las limitaciones normativas y fácticas que son conocidas y, en cualquier caso, debe señalarse que subsiste el deber estatal, de carácter prestacional, relacionado con el derecho a tener un sistema de salud universal y con el acceso a

53 BARAK, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Palestra Editores S.A.C, Lima, 2021, p. 278

una pensión digna, que se desprende del derecho fundamental a la seguridad social.

107. Sobre el particular, es relevante precisar que la creación del Sistema Privado de Pensiones, carente de un contenido solidario, al mismo tiempo que generó un desfinanciamiento del Sistema Nacional de Pensiones –pues muchos fondos de este migraron al SPP, para a su vez limitar el ingreso de nuevos aportantes–, ha planteado un enorme reto para el sistema de seguridad social universal y, previsiblemente, va a generar dificultades futuras en el derecho a acceder a una pensión digna; más si se toma en cuenta que en nuestro país la mayoría de trabajadores se encuentran en situación de informalidad y precariedad laboral, y que existen altas tasas de desempleo y subempleo, las que han aumentado con ocasión de la pandemia del Covid-19.
108. En segundo lugar, atendiendo a la característica del SPP advertida líneas arriba, según la cual el fondo previsional se genera e incrementa gracias a aportes individuales, que son resultado de un ahorro personal forzoso, asumimos que la autorización para retirar un tope máximo de la totalidad del fondo previsional (hasta 4 UIT) resulta constitucionalmente válida, en la medida que dicho fondo y cada uno de los aportes realizados para incrementarlo, constituye la materialización del derecho fundamental de propiedad privada garantizado por nuestro régimen económico, debiendo entenderse que dicho fondo *nunca ha dejado de formar parte de la esfera patrimonial* de cada afiliado, estando encargada su administración a un privado (AFP) y siendo, además, objeto de una relación comercial que se encuentra regulada por la ley.
109. Cabe subrayar –una vez más– que la propiedad, *en sentido constitucional*, es más amplia que la propiedad civilista. No se agota en el poder jurídico de usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien en el ámbito de los derechos reales (como contempla el artículo 923 Código Civil). El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 00008-2003-PI/TC, Caso Roberto Nesta Brero, ha acotado sus límites en los siguientes términos:

Así mientras que en este último el objeto de la propiedad son cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no se queda enclaustrada

en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad *in totum* de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica.

110. En consecuencia, si bien la Constitución garantiza el libre acceso a prestaciones de pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas (artículo 11 de la Constitución), ello no implica que el afiliado pierda los atributos de la propiedad en su calidad de titular de los fondos acumulados en su Cuenta Individual de Capitalización. El libre acceso a la pensión en el SPP no implica que el afiliado queda encadenado —en toda circunstancia— a este sistema de ahorro forzoso como el titular de una propiedad nominal, aun en situaciones extraordinarias de emergencia socioeconómica y sanitaria.
111. En tercer lugar, en lo que corresponde al principio de *sostenibilidad financiera de los regímenes pensionarios*, corresponde reiterar que la sostenibilidad debe entenderse en el marco del deber del Estado Social y Democrático de Derecho y de la comunidad de contar con un sistema de seguridad social universal, solidario, integral y progresivo que, desde luego, requiere un tratamiento distinto a la *concepción contractualista del seguro privado*, como ya tuvo ocasión de precisar este Tribunal Constitucional. En este orden de ideas, la sostenibilidad del sistema previsional, si se concibe como parte de la seguridad social, no puede recaer única o principalmente en los ahorros personales.
112. En esta dirección, este Tribunal considera que los bienes constitucionales que la parte demandante consideran como intervenidos por el legislador (libre acceso, intangibilidad y sostenibilidad), no lo son realmente, pues no han sido objeto de restricción; o porque solo podrían invocarse incardinados con un verdadero sistema de seguridad social, que no corresponde a la naturaleza jurídica del Sistema Privado de Pensiones.
113. Sin embargo, en aras de ampliar la justificación de esta decisión, y a modo de mayor abundamiento, este Tribunal considera conveniente realizar el *test* de proporcionalidad tomando en cuenta los bienes constitucionales que las partes han alegado que se encuentran en conflicto.

114. Cabe subrayar que el propósito de la medida era que los aportantes al SPP tengan acceso inmediato a recursos atendiendo a circunstancias extraordinarias, como las desencadenadas por la pandemia del Covid-19, y que buscó promover el bienestar general y favorecer el derecho al libre desarrollo y bienestar de las familias. Hecha esta precisión, se someterá al *test* de proporcionalidad la medida que autoriza, de forma extraordinaria, el retiro facultativo, hasta por un máximo de 4 UIT, del total de los fondos acumulados en las cuentas individuales de capitalización de cada afiliado al Sistema Privado de Pensiones, establecida en el artículo 1 de la Ley.
115. En primer término, como ya sostuviera este Tribunal, cualquier intervención en el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental o mandato establecido en la Constitución debe encontrarse sustentada en la satisfacción de una finalidad constitucionalmente legítima, pues de lo contrario resultaría una medida arbitraria y, por lo tanto, inconstitucional.
116. Así, el legislador ha adoptado la medida prevista en el artículo 1 de la ley impugnada, con la finalidad de que sus destinatarios tengan acceso inmediato a recursos gracias a la autorización del retiro de parte de sus aportes, atendiendo a circunstancias extraordinarias como las desencadenadas por la pandemia del Covid-19 y sus consecuencias, que se prolongan hasta la actualidad.
117. Como ya se pusiera de relieve, el Estado peruano adoptó una serie de medidas orientadas a limitar la propagación del Covid-19, entre las que se encontraba la inmovilización social obligatoria por un extenso período de tiempo, entre otras que, en mayor o menor medida, continúan vigentes, a fin de hacer frente a la emergencia sanitaria.
118. Esta situación afectó el trabajo, la actividad comercial y, en general, el desarrollo de la economía nacional, y supuso un duro obstáculo para la generación de ingresos para los ciudadanos y sus familias.
119. El retiro de fondos de las AFP, entre otras medidas de las que ya se dio cuenta, se orienta a una finalidad clara, que es la de promover el bienestar general (artículo 44 de la Constitución) y la de favorecer el derecho de toda persona al libre desarrollo y *bienestar*, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución.

120. En tal sentido, es claro que la medida adoptada en el artículo 1 de la ley impugnada tiene una finalidad constitucionalmente legítima, por lo que corresponde determinar seguidamente si es idónea para alcanzarla.

121. Con relación al análisis de idoneidad, Bernal Pulido destaca que:

Una medida adoptada por una intervención legislativa en un derecho fundamental no es idónea, cuando no contribuye de ningún modo a la obtención de su fin inmediato⁵⁴.

122. En este entendido, se analizará la idoneidad de la medida adoptada por el legislador, que debe satisfacer, de alguna forma y en alguna proporción, la finalidad legítima identificada; al respecto, bastará con que favorezca las condiciones para la realización del fin, aunque no lo alcance directa o completamente. En consecuencia, solo podrían ser declarados inconstitucionales por no satisfacer el subprincipio de idoneidad aquellos medios que no permiten alcanzar o promover en modo alguno la finalidad constitucionalmente legítima que identificó el legislador. En suma, en el examen de idoneidad se evaluará si el objetivo de la medida enjuiciada tiene una relación de causalidad con un fin amparado por la Constitución.

123. Se asume que el estado de cosas que apareja la medida enjuiciada tiene una vinculación directa con la realización de los mandatos constitucionales recogidos en el artículo 2.1 y 44 del texto constitucional.

124. Así, en una situación de carencia de ingresos, disponer de recursos propios como los depositados en las cuentas individuales de capitalización, supone que las familias de los afiliados puedan acceder a determinado nivel de bienestar, y así tratar de aliviar las consecuencias derivadas de la crisis sanitaria.

125. La habilitación del retiro de fondos de las AFP supuso un mecanismo que, efectivamente, favorece la posibilidad de que las personas puedan procurarse recursos propios para su bienestar y el de sus familias. Si bien no todos los aportantes del SPP se encontraron en

54 *Ibidem*, p. 718.

un grave estado de necesidad, la autorización del retiro prevista por la ley constituye un complemento para enfrentar los complejos y negativos efectos de la pandemia.

126. Siendo ello así, se aprecia que la medida ha contribuido a la realización de lo establecido en los artículos 2.1 y 44 de la Constitución, al habilitar un mecanismo de alivio económico en favor de los afiliados del SPP, que les permitiese, dadas las excepcionales circunstancias, hacer frente a las consecuencias perjudiciales de la pandemia; impacto que se ha visibilizado en diversos ámbitos de la vida de los ciudadanos, entre los que se encuentra, qué duda cabe, la esfera socioeconómica y, en concreto, la obtención de ingresos.
127. En consecuencia, la medida analizada ha superado el examen de idoneidad.
128. Habiéndose determinado la idoneidad de la medida, corresponderá analizar si cumple también con la exigencia de necesidad. Este subprincipio establece que una injerencia en un mandato constitucional será necesaria siempre que no exista ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, el mismo nivel de efectividad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el principio afectado.
129. En consecuencia, se requiere analizar si la medida, en comparación con otras posibles alternativas, permite alcanzar la misma finalidad con la misma intensidad y si, a la vez, comporta un menor o nulo grado de afectación en el derecho fundamental intervenido.
130. Así, mientras que el subprincipio de idoneidad supuso un examen de la relación medio-fin, el análisis de la necesidad exige un control de medios; una comparación entre el medio adoptado por el legislador en la norma objeto de control y otros medios alternos que permitan alcanzar la misma finalidad. Si existe un medio tan o más idóneo que el adoptado por el legislador, pero menos gravoso para él o los principios que sobrellevan la intervención, entonces la norma sometida a control resulta innecesariamente limitadora y, por lo tanto, inconstitucional.
131. De lo expuesto se desprende que para sostener que una medida no resulta necesaria: (i) debe existir más de un medio de alcanzar la

finalidad propuesta por el legislador; (ii) el medio adoptado por el legislador debe permitir alcanzar la finalidad constitucional en menor medida que los medios alternos que pudieran identificarse; y, (iii) el medio adoptado debe restringir los principios intervenidos en mayor medida que los medios alternos identificados. En sentido inverso, la medida evaluada será considerada necesaria si permite alcanzar la finalidad constitucional en mayor o, como mínimo, en igual medida que los medios alternos que pudieran identificarse; y si no restringe los principios intervenidos o los hace en menor medida que los medios alternos que pudieran identificarse.

132. En el presente caso, corresponde tomar en cuenta que, en el contexto de la pandemia del Covid-19, las posibilidades de satisfacer derechos básicos de los afiliados al SPP son objetivamente menores, dadas las restricciones para la circulación y desarrollo ordinario de actividades de las personas y empresas; y, sobre todo, a causa de los riesgos para la vida y la salud que una emergencia sanitaria supone.
133. A ello debe añadirse que la atención que el Estado puede brindar efectivamente a sus ciudadanos en el mencionado contexto de la pandemia es de alcance limitado. Más allá de los esfuerzos que puedan llevarse a cabo y de las medidas que se emprendieron dentro de los límites asociados al manejo de los fondos públicos, como fueron las entregas de bonos, creados por los mencionados Decretos de Urgencia 033-2020, 044-2020, y 052-2020; lo cierto es que la crisis generada por la pandemia del Covid-19 ha puesto en evidencia la insuficiencia de recursos e infraestructura que se destinan a la atención adecuada de derechos fundamentales como a la salud, a la educación, al trabajo, a una pensión digna, entre otros.
134. Siendo ello así, para el caso de los afiliados al SPP, tomando en cuenta las limitaciones a las que se hecho referencia dadas las circunstancias excepcionales, no se aprecia una alternativa razonable, distinta al acceso a los recursos propios depositados en las cuentas de capitalización individual, que permita, en igual o mayor medida, conseguir el fin propuesto por el legislador.
135. Estando a lo expuesto, corresponde concluir que la medida impugnada ha superado el examen de necesidad, razón por la cual corresponde continuar con el examen del artículo 1 de la Ley 31192 a la luz del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

136. En efecto, como ya se sostuvo en anteriores ocasiones, si la medida es idónea para alcanzar la finalidad que se propuso el legislador y, a la vez, resulta necesaria, en el sentido de que no existe una opción alterna que permita alcanzar la misma finalidad en idéntica medida; entonces, corresponde examinar la proporcionalidad en sentido estricto de la disposición cuestionada.
137. Este último paso del test de proporcionalidad ha sido definido en la jurisprudencia de este Tribunal como una relación según la cual cuanto mayor es la intensidad de la intervención en uno de los principios, tanto mayor debe ser el grado de realización u optimización del fin constitucional. En tal sentido, si dicha relación se cumple, entonces, la intervención habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; si, por el contrario, la intensidad de la afectación en los principios intervenidos es mayor que el grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en dicha libertad no estará justificada y será inconstitucional.
138. Así, es necesario identificar cuáles serían los mandatos constitucionales sobre los que interviene la medida sometida a control. Dichos mandatos son, como ya se mencionó previamente, los artículos 7, 9, 11, 12, así como la Primera Disposición Final y Transitoria (penúltimo párrafo) de la Constitución, vinculados con el libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones, con la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social y con el principio de sostenibilidad financiera de los regímenes pensionarios, respectivamente.
139. Se trata de disposiciones constitucionales que reconocen derechos fundamentales y garantías institucionales de corte social y que, además, prevén mandatos de actuación hacia los poderes públicos a fin de resguardar su contenido constitucionalmente protegido, en cada caso.
140. Ahora bien, el argumento central del cuestionamiento a la medida impugnada consiste en las probables consecuencias perjudiciales de un retiro prematuro de los aportes para el afiliado al SPP, así como la supuesta descapitalización que generaría la implementación de dicha medida y que, según la parte demandante, podría ocasionar básicamente, a: (i) la dificultad en alcanzar una pensión adecuada a futuro y de acceder a prestaciones de salud; (ii) la distorsión de

la finalidad de largo plazo de los fondos de pensiones; y, (iii) la generación de una mayor carga financiera a la sociedad, dado que se deberá proveer los recursos para financiar la protección a aquellos afiliados que decidieron retirar anticipadamente sus fondos.

141. Sin embargo, se aprecia que la configuración de dichos escenarios, en el caso de cada afiliado al SPP que se haya acogido al retiro autorizado, está condicionada a la ocurrencia de diversas situaciones futuras, fácticamente inciertas, que pueden producirse, o no. Asimismo, en caso efectivamente sucedan, no corresponde que sean valoradas en el presente proceso de control abstracto, sino que solo podrán ser planteadas en su momento.
142. Así pues, la dificultad para alcanzar una pensión adecuada a futuro dependerá de cómo se desenvuelva la vida laboral de cada afiliado, con posterioridad al retiro excepcional autorizado por la ley.
143. Asimismo, en cuanto a la alegada distorsión del objetivo de largo plazo de los fondos de pensiones, debe tenerse en consideración que en el ámbito del SPP se ha llevado a cabo modificaciones normativas que han permitido que, en determinados supuestos, los afiliados cuenten con distintas posibilidades respecto de la administración del saldo de sus cuentas individuales de capitalización. En todo caso, no cabe descartar la posibilidad de que el afiliado, si así lo decide, pueda restituir los fondos retirados.
144. Igualmente, los efectos que la medida impugnada genere a futuro, así como la eventual necesidad de proveer recursos para quienes no logren alcanzar una pensión adecuada, dependerá, en su conjunto, tanto de la recuperación de la vida laboral del trabajador, como también de las medidas que los poderes públicos dispongan para los afiliados al SPP.
145. Por ello, mal haría este Tribunal en asumir como criterios relevantes para juzgar la constitucionalidad de la medida dispuesta en el artículo 1 de la Ley 31192, las posibles consecuencias que se desencadenen en el futuro, y que podrían, o no, llegar a materializarse en los hechos.
146. A esto último debe añadirse que se trata de una medida extraordinaria, de naturaleza facultativa, pero no obligatoria, y a esta

posibilidad excepcional no se han acogido todos sus destinatarios, sino solo aquellos que así lo decidieron, los cuales han cumplido con lo exigido por la ley y han respetado el tope máximo de retiro (4 UIT).

147. Así las cosas, este Tribunal entiende que la intervención en los mandatos constitucionales relacionados con el acceso futuro a una pensión digna, a las correspondientes prestaciones de salud y a la sostenibilidad financiera, es de intensidad leve, tomando en cuenta la falta de certeza sobre el riesgo presunto y toda vez que no necesariamente todos los afiliados al Sistema Privado de Pensiones han hecho efectivo el retiro habilitado.
148. Además, dicho retiro ha debido respetar el tope previsto por la norma y, eventualmente, puede ser compensando con posterioridad, en la medida en que se recupere la vida laboral de los afiliados, se acreciente su nivel de ingresos y disminuyan los gastos inherentes a la necesidad de atención de la salud.
149. Por otra parte, la incidencia en los montos de las futuras pensiones es de grado intermedio, toda vez que si la afectación podría ser en ciertos casos significativa, no por ese solo hecho resulta, necesariamente, inconstitucional.
150. Al respecto, debe tenerse en cuenta que dependerá de la elección del afiliado llevar a cabo el retiro habilitado por la ley impugnada, o no hacerlo. En todo caso, la medida, en sí misma, no supone un retiro de la totalidad de los fondos acumulados en las cuentas individuales de capitalización, en todos los casos, dado que la propia norma ha previsto una limitación en cuanto al alcance de las sumas que podrían ser eventualmente retiradas.
151. Habiendo determinado la magnitud de la restricción que sufren los principios intervenidos deberá analizarse, por otra parte, el nivel de satisfacción que obtienen los principios intervinientes, es decir, aquellos que se pretende favorecer con la medida contenida en el artículo 1 de la ley 31192 (o también con lo regulado en la Ley 31478), que son la promoción del bienestar general (artículo 44 de la Constitución) y el favorecimiento del derecho de toda persona al libre desarrollo y bienestar, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución.

152. Al respecto, es claro que, como consecuencia de la emergencia sanitaria, el Perú ha padecido no solo de la escasez de recursos económicos en la mayoría de las familias, sino que también se ha puesto en evidencia el encarecimiento del acceso a bienes y servicios básicos que garantizan la supervivencia de las personas, como alimentos, medicinas y prestaciones de salud.
153. En ese entendido, este Tribunal no pierde de vista que se trata de una habilitación de recursos de patrimonio del afiliado en un contexto en el que resulta imperioso dar pleno cumplimiento al mandato constitucional según el cual, la persona humana y su dignidad son el fin supremo del Estado y de la sociedad, lo que debe respetarse en todos los ámbitos y contextos posibles.
154. Por ello, la habilitación a los afiliados al SPP, establecida por la ley impugnada, con miras al acceso directo a parte de sus recursos propios, en caso opten por el retiro de parte sus fondos acumulados en sus correspondientes cuentas individuales de capitalización, importa una satisfacción intensa de lo establecido en los artículos 2.1 y 44 de la Constitución, mandatos materializados por el legislador con ocasión de la expedición de la impugnada Ley 31192 y de la posterior Ley 31478.
155. Conviene recordar que se trataba no solo de restricciones en los ingresos, sino que, además, muchas familias peruanas debieron afrontar la necesidad de comprar medicinas, oxígeno y, en muchos casos, afrontar el internamiento de los afectados por la pandemia y la atención de quienes, por otra parte, padecieron las consecuencias del aislamiento social.
156. Así, se concluye que la medida relacionada con la autorización extraordinaria del retiro facultativo de aportes del fondo acumulado en las cuentas individuales de capitalización de los afiliados del Sistema Privado de Pensiones es estrictamente proporcional, por cuanto satisface de modo elevado los principios intervinientes y restringe en menor intensidad los principios intervenidos, resultando, en consecuencia, conforme con la Constitución.
157. Ahora bien, aun cuando se sostenga que la regulación cuestionada es abiertamente antitécnica, o incluso contraproducente, en la medida que la finalidad del SPP es el de generar un producto financiero diseñado

para que los afiliados puedan recibir una pensión, sustentada en sus propios aportes, y que dicho propósito se ve distorsionado, cuando no menoscabado, por este tipo de medidas; el deber de la judicatura constitucional no es calificar la pertinencia o conveniencia técnica de una ley, *sino evaluar si esta es compatible, o no, con la Constitución*. Como fue indicado, en la medida en que la ley permite al mismo propietario de los fondos acumulados en las cuentas individuales de capitalización retirar una parte de ellos, en un contexto de emergencia sanitaria y socioeconómica, la medida no es inconstitucional.

158. Por consiguiente, por lo expuesto en los fundamentos precedentes, corresponde declarar infundada la demanda.

§7. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA INTEGRAL DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

159. Para este Tribunal, el problema de fondo reside en que -en nuestro país-todavía no se haya podido generar un verdadero sistema de seguridad social, tomando en cuenta que, como prescribe el artículo 10 de la Constitución, se trata de un derecho fundamental universal, integral y progresivo y que, por ende, no debe depender sustancialmente del ahorro particular. Mientras no se resuelva ello, seguramente continuarán apareciendo otras regulaciones similares a la aquí cuestionada y problemas como los que en este proceso han sido ventilados. Cabe señalar que el Congreso de la República conformó en junio de 2020 la Comisión Especial Multipartidaria Encargada de Evaluar, Diseñar y Proponer el Proyecto para la Reforma Integral del Sistema Previsional Peruano. La mencionada Comisión aprobó un anteproyecto de ley de reforma previsional. Así, propuso la creación de un Sistema Integrado Universal de Pensiones(SIUP), que estaría integrado por el Sistema Nacional de Pensiones, el Programa Nacional de Asistencia Solidaria “Pensión 65” y el Programa “Contigo”, así como la adopción de un sistema estructurado en tres pilares: universal (administración y financiamiento público), contributivo obligatorio (se financia principalmente con las aportaciones de los asegurados) y voluntario (sustentado en aportes voluntarios de los asegurados)⁵⁵.

55 DURAND, Francisco, Julián Cárdenas y Emilio Salcedo, op. cit., p. 226

160. En este orden de ideas, en aras de alcanzar un sistema pensionario realmente universal, que concrete el derecho a una pensión digna, en el marco jurídico de una verdadera seguridad social, debería plantearse la reforma integral del sistema previsional, para garantizar una renta mínima vital. Así, en la doctrina nacional, González Hunt ha propuesto:

A nuestro entender, lo que el actual estadio de la llamada cuestión pensionaria demanda es estudiar la conveniencia de revisar, proponer e implementar un nuevo esquema pensionario en el que todos los trabajadores estén afiliados a ambos Sistemas, cotizando al Sistema Público bajo el esquema tradicional de reparto, el cual garantizaría una pensión digna y homogénea; y al Sistema Privado bajo la modalidad de capitalización individual, en la que se otorgaría una pensión complementaria, siguiendo así las líneas matrices de la propuesta formulada por la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N° 99 “El futuro de los sistemas de pensiones. Hacia una nueva relación entre el Sistema Público y el Privado”⁵⁶.

§8. EXHORTACIÓN

161. En consecuencia, este Tribunal considera que es pertinente exhortar al Congreso de la República y al Poder Ejecutivo –frente a la crisis del Sistema Privado de Pensiones y las necesidades extremas de sus afiliados de disponer de los fondos acumulados en las cuentas individuales de capitalización– para que, en virtud de los principios de colaboración y balance entre los poderes, articulen esfuerzos, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas, para legislar en tiempo razonable, una reforma integral del sistema de pensiones, público y privado, con la finalidad de que se constituya en un auténtico sistema de seguridad social, que cumpla con los fines del Estado Social y Democrático de Derecho, declarados en el norte de nuestra constitución histórica, por el artículo 10 de la Constitución de 1993.

56 *Ibidem*, p. 903.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima Sur contra la Ley 31192.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MORALES SARAVIA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

OCHOA CARDICH

PONENTE OCHOA CARDICH

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MORALES SARAVIA

Si bien estoy de acuerdo con lo resuelto en la sentencia expedida en autos, considero necesario hacer las siguientes precisiones.

Sobre el Sistema Privado de Pensiones (SPP) como parte del modelo de Seguridad Social diseñado por la Constitución Política de 1993

1. La capitalización individual y el ahorro personal forzoso regulado sobre los que se sustenta al Sistema Privado de Pensiones (SPP), ha llevado a un amplio sector de la doctrina a sostener que no estamos ante un régimen que es parte de la seguridad social, por carecer del *principio de solidaridad* como elemento esencial de la clásica concepción de seguridad social; posición que asume y afirma la Sentencia en los fundamentos 77, 78, 79, 80 y 92.
2. A nuestro parecer, a diferencia del Sistema Nacional de Pensiones (SNP) –tradicionalmente caracterizado por su **universalidad, solidaridad, integralidad y progresividad**–, el SPP apuesta por la capitalización individual y una rentabilidad sostenida basada en el ahorro personal forzoso regulado por el Estado; se trata, pues, de un sistema que procura el acceso a la pensión, pero basado en el mecanismo de mercado consagrado a nivel constitucional, cuya gestión se encarga a entidades privadas (o mixtas) que son responsables de administrar, de la forma más eficiente posible, el fondo individual resultado de los aportes que realizan los afiliados, a fin de obtener la mejor rentabilidad.
3. El SPP ha sido estructurado de forma diferente al SNP, pues establece -en principio- que el monto de las pensiones dependa de los aportes individuales realizados por sus afiliados; siendo una modalidad de sistema previsional permitida por el diseño constitucional de seguridad social establecido por el constituyente peruano de 1993, y que se caracteriza por su **facultatividad, progresividad individualizada y finalidad previsional basada en la rentabilidad**. Este SPP se implementa a través de diferentes mecanismos e

instrumentos financieros que son regulados y supervisados por el Estado, dentro del marco general previsto en los artículos 2 (incisos 14) y 103 de la Constitución Política de 1993, que establecen, por una parte, el derecho a contratar con base en los límites legalmente establecidos y, por otra, la teoría de los hechos cumplidos en materia de aplicación del derecho, ya que en nuestro ordenamiento jurídico las normas, desde que entran en vigor, se aplican a las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

4. Así las cosas, se puede colegir que el diseño del modelo de sistema de seguridad social asumido por el constituyente de 1993 supone la coexistencia de dos sistemas pensionarios con características disímiles, pero orientados a la misma finalidad: *la seguridad social por la vía previsional*.
5. Así, mientras en el SNP la pensión se calcula según las últimas remuneraciones del afiliado a dicho sistema y, en todo caso, se ha previsto un monto determinado correspondientes a la pensión máxima que otorga dicho sistema; en el SPP el monto de la pensión depende única y exclusivamente de la magnitud del fondo del afiliado (cuenta individual), ya que no recibe financiamiento alguno proveniente del tesoro público.

Sobre el carácter intangible de los fondos de la seguridad social

6. En la presente controversia, se discute también si los extremos impugnados de la Ley 31192 han vulnerado lo dispuesto en el artículo 12 de la Constitución, que establece: “Los fondos y las reservas de la *seguridad social* son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley” (el énfasis es nuestro).
7. Ello impone analizar si la aludida “intangibilidad de los *fondos y las reservas*” de seguridad social, a la que se refiere el artículo 12 de la Constitución, implica que el dinero de las cuentas individuales de capitalización, en ningún caso –aun de excepción constitucional como es el estado de emergencia, por catástrofe o graves circunstancias que afecten la vida de la Nación– podría ser retirado por los propios aportantes, tal cual lo habilita la ley cuestionada, y que precisamente es materia de controversia en este proceso.

8. Siendo el SPP un sistema privado de ahorro forzoso que se capitaliza en forma individual, como un fondo conformado por aportes previsionales que realiza cada afiliado y cuya administración está confiada a instituciones privadas (o mixtas); es claro que -tanto los aportes como el fondo que aquellos originan- son siempre *patrimonio* del aportante.
9. Así las cosas, si los fondos del SPP son parte del modelo de seguridad social consagrado a nivel constitucional, debe entenderse que la intangibilidad aludida constituye una limitación institucional establecida para hacer frente a las intervenciones arbitrarias del Estado, por constituir patrimonio de los afiliados protegido por la garantía de inviolabilidad del derecho de propiedad consagrada en el artículo 70 de la Norma Suprema y en la garantía del ahorro declarada en el artículo 87 de la misma. Por extensión, dicha intangibilidad podrá también ser proclamada para el caso de los encargados de la gestión de los fondos del SPP, a fin de recordar que tal gestión, además de realizarse dentro del cauce legal establecido, tiene por finalidad la obtención de la mayor rentabilidad posible en beneficio del aportante, pues las empresas administradoras de los fondos previsionales deben cautelar la propiedad de los aportantes.
10. En tal sentido, atendiendo a la característica de *progresividad individualizada* del SPP advertida en el fundamento 79 de esta Sentencia -según la cual el fondo previsional se genera e incrementa gracias a aportes individuales, que son resultado de un ahorro personal forzoso-; es fácil colegir que la autorización para retirar un tope máximo de la totalidad del fondo previsional (hasta 4 UIT) resulta constitucionalmente válida, en la medida en que dicho fondo y cada uno de los aportes realizados para incrementarlo constituye la materialización del derecho fundamental de propiedad privada garantizado por nuestro modelo económico. Debe, pues, quedar claro, que dicho fondo *nunca ha dejado de formar parte de la esfera patrimonial* de cada afiliado, y su administración ha sido encargada a un privado (AFP), mediante una relación contractual que se encuentra regulada por la ley.

S.

MORALES SARAVIA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA PACHECO ZERGA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, emito el presente voto adhiriéndome al voto singular del magistrado Ferrero Costa, pues considero que la demanda debe ser declarada **FUNDADA** por las razones que allí se indican.

Asimismo, me adhiero también al voto singular del magistrado Monteagudo Valdez en la parte que expresa su objeción a otras normas de similar contenido que la ley objeto del presente proceso y pone de manifiesto la responsabilidad estatal en esta materia, al concluir lo siguiente (fundamento 38):

No cabe duda, entonces, que al ordenar la libre disposición de los fondos previsionales administrados en el SPPrP [Sistema Privado de Pensiones], tanto el legislador como el gobierno han partido de la premisa errada de haber asimilado, sin más, a la pensión con la propiedad privada, poniendo en serio riesgo a sus afiliados de empobrecimiento durante la vejez por tratarse de una población cuya pensión solo depende del ahorro forzoso. Pero, además, han sentado un precedente negativo en el sentido de que frente a situaciones de emergencia el Estado podrá autorizar la disposición de los fondos previsionales, en lugar de aplicar mecanismos de apoyo económico que provengan del propio gobierno en cumplimiento de su deber constitucional de promover el bienestar general (artículo 44 de la Constitución).

**S.
PACHECO ZERGA**

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

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

I. DELIMITACIÓN DEL PETITORIO

1. En el presente caso, el Colegio de Abogados de Lima Sur cuestiona por razones de fondo la constitucionalidad de los artículos 1 y 3 (segundo párrafo) de la Ley 31192, “Ley que faculta a los afiliados al Sistema Privado de Administración de fondos de pensiones el retiro de sus fondos”, por contravenir, a su criterio, los artículos 7, 9, 10, 11, 12, y la Primera Disposición Final y Transitoria (penúltimo párrafo) de la Constitución.
2. Apreciamos que los extremos impugnados de la Ley 31192 son los siguientes:

Ley 31192	
N.º	Extremos impugnados
1)	Artículo 1. Objeto de la Ley Autorízase de manera extraordinaria a todos los afiliados al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, a retirar de manera facultativa hasta cuatro (4) unidades impositivas tributarias (UIT) del total de sus fondos acumulados en su cuenta individual de capitalización (CIC), a fin de aliviar la economía familiar afectada, por las consecuencias de la pandemia del COVID-19. La Ley no es aplicable a quienes califiquen para acceder al Régimen de Jubilación Anticipada por Desempleo.
2)	Artículo 3. Intangibilidad (segundo párrafo): [...] Lo señalado en la presente disposición no se aplica a las retenciones judiciales o convencionales derivadas de deudas alimentarias, hasta un máximo de 30% de lo retirado.

3. Al respecto, en relación con el artículo 1, referido previamente, apreciamos que este tiene como objeto:

- i) autorizar extraordinariamente a los afiliados al SPP el retiro facultativo de parte de sus aportes;
 - ii) que este retiro sea hasta por un monto máximo de 4 UIT.
4. Dicho retiro se encuentra autorizado para todos los afiliados del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP), a excepción de aquellos que cumplan los requisitos para acceder al Régimen de Jubilación Anticipada por Desempleo (REJA).
 5. La disposición cuestionada establece que esta autorización extraordinaria tiene como finalidad el alivio de las economías familiares afectadas por las consecuencias de la pandemia de Covid-19.
 6. Por otra parte, conviene precisar que el primer párrafo del artículo 3 de la Ley 31192 (no impugnado en el presente caso) establece que:

El retiro de los fondos a que se refiere la presente ley mantiene la condición de intangible, no pudiendo ser objeto de descuento, compensación legal o contractual, embargo, retención, cualquier forma de afectación, sea por orden judicial y/o administrativa, sin distinción de la cuenta en la que hayan sido depositados.
 7. En tal sentido, se aprecia que el legislador ha explicitado que el retiro de fondos aludido, tiene el carácter de intangible, con los alcances allí establecidos.
 8. Ahora bien, el segundo párrafo de dicho artículo 3, impugnado en la demanda, establece una excepción a dicho carácter intangible. Se trata del caso de las retenciones judiciales o convencionales por deudas alimentarias.
 9. Así, el legislador, en el extremo impugnado del mencionado artículo 3, ha establecido que este carácter no aplica ante las referidas retenciones por deudas alimentarias, hasta un máximo de 30% del monto retirado.
 10. En síntesis, las dos materias que básicamente se cuestionan de la Ley 31192 son:
 - i) la autorización extraordinaria del retiro facultativo, hasta por un máximo de 4 UIT, del total de los fondos acumulados en el CIC de cada afiliado al SPP (artículo 1); y,

- ii) la retención, por mandato judicial o convencional, a causa de deudas alimentarias, hasta el 30% del monto de lo retirado.
- 11. Ahora bien, el apoderado especial del Congreso de la República sostiene que, en el presente caso, se ha producido la sustracción de la materia, por cuanto la ley impugnada ya no se encuentra vigente. Al respecto, precisa que el artículo 2 de dicha ley establece un plazo límite para presentar la solicitud de retiro, el mismo que ya habría transcurrido a la fecha.
- 12. En atención a tales consideraciones, corresponde determinar si se puede o no emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

II. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA

2.1 Sobre la competencia para emitir un pronunciamiento respecto del fondo de la controversia

- 13. Como se ha indicado, se debe dilucidar si en el presente caso se habría producido la sustracción de la materia, lo que comportaría la imposibilidad de emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.
- 14. Corresponde advertir que las disposiciones cuestionadas autorizan el retiro de fondos de las CIC y a la fecha, efectivamente, ha vencido el plazo de noventa días calendario posteriores a la vigencia del reglamento de la ley para presentar las solicitudes.
- 15. Sin embargo, lo anterior no implica que no se continúen desplegando efectos presuntamente inconstitucionales derivados de la aplicación de las disposiciones cuestionadas en el presente caso.
- 16. Al respecto, consideramos que la Ley 31192 continúa surtiendo efectos respecto de los hechos, situaciones y relaciones jurídicas ocurridos durante el lapso en que fue posible realizar el retiro y, especialmente, en el ámbito de la esfera jurídica de los afiliados que cumplían con los requisitos de dicha ley y que retiraron sus aportes, conforme a lo dispuesto en su artículo 1.
- 17. Como es evidente, las disposiciones que presuntamente afectan los principios invocados por la parte demandante siguen surtiendo efectos por cuanto se han efectuado retiros dentro del plazo indicado.

18. Al respecto, el artículo 106 del Código Procesal Constitucional establece que:

“Si, durante la tramitación del proceso de inconstitucionalidad, las normas impugnadas fueran derogadas, el Tribunal Constitucional continuará con la tramitación del proceso en la medida en que estas continúen siendo aplicables a los hechos, situaciones o relaciones producidas durante su vigencia”.

19. Corresponde advertir que, en el presente caso, la disposición no ha sido propiamente derogada, pero efectivamente ha dejado de resultar aplicable, porque ya no se pueden realizar retiros a tenor de sus disposiciones y, en consecuencia, se produce una situación análoga a la que corresponde extender la regla glosada.
20. Efectivamente, ya no se pueden realizar nuevos retiros, pero consideramos que se debe controlar si los que fueron realizados en aplicación de la ley impugnada contravienen los artículos 7, 9, 10, 11, 12, y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.
21. Siendo ello así, descartamos que en el presente caso se haya producido la sustracción de la materia. En consecuencia, corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

2.2 Sobre las medidas económicas dispuestas para enfrentar los efectos económicos de la pandemia COVID-19 en el Perú

22. Como es de público conocimiento, para hacer frente a los efectos económicos de la pandemia de Covid-19 en el país, se adoptaron medidas extraordinarias, como subsidios y entregas económicas a diversos sectores vulnerables de la población; la habilitación, en favor de los trabajadores, del retiro de la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) hasta en un 100%; la oferta de crédito hasta por 10 millones de soles para las pequeñas, medianas y grandes empresas, en las entidades del sistema financiero que tuviesen contrato con la Corporación Financiera de Desarrollo (Cofide) (Reactiva-Perú), a fin de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones económicas; entre otras.
23. Tales medidas fueron dispuestas por las autoridades del gobierno central durante el estado de emergencia declarado a través del

Decreto Supremo 044-2020-PCM, publicado el 15 de marzo de 2020, a fin de prevenir y evitar la propagación de Covid-19 en el país.

24. Al respecto, dadas las necesarias restricciones al libre desplazamiento y reunión de personas y, en concreto, a las medidas de confinamiento dispuestas desde el inicio de la declaratoria del estado de emergencia para detener el aumento de contagios por Covid-19, la ciudadanía estuvo prácticamente impedida, salvo excepciones, de continuar con el normal desarrollo de sus actividades laborales y profesionales.
25. En efecto, tal como se expresara en el dictamen de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, de fecha 17 de marzo de 2021, medidas como aislamiento social obligatorio, toque de queda, aforos limitados en establecimientos comerciales, restricciones al uso de vehículos particulares, entre otras, son medidas destinadas a contener la propagación del Covid-19; que, sin embargo, afectan significativamente no solo la economía del país, sino la economía de millones de personas (obrante a fojas 109 de la demanda).
26. Tal situación de excepcionalidad justifica que las autoridades tomen medidas céleres, oportunas e idóneas para aliviar la situación económica de los hogares y las empresas, en defensa de sus derechos y libertades económicas y, en general, en resguardo de la economía del país, dentro del marco de posibilidades que establecen la Constitución y las leyes.
27. Ahora bien, dichas medidas fueron parte de un plan de atención de la salud pública y recuperación de la economía de los hogares y las empresas, iniciado en el año 2020⁵⁷, conforme se refleja a continuación:

57 Disponible en el sitio web del Ministerio de Economía y Finanzas. Recuperado de: <https://www.mef.gob.pe/planeeconomicocovid19/>. Consulta realizada el 13 de junio de 2022.

Plan económico del Perú frente a la COVID-19
Primera etapa de contención
(i) Atención de emergencia:
• Fortalecimiento de los servicios de salud
• Limpieza en colegios, transporte y otros lugares públicos
• Orden público y traslado de bienes y personas
(ii) Soporte a los hogares:
• Atención económica para hogares vulnerables
• Subsidio por incapacidad temporal, por suspensión perfecta y entrega de canastas
• Otras medidas para atención a personas en situación vulnerable
• Alivio tributario a familias
• Liberación de CTS
• Exoneración de retención y retiro extraordinario de AFP
• Continuidad de operatividad de entidades públicas
• Subsidio económico para la continuidad del servicio de transporte
(iii) Soporte a las empresas:
• Subsidio a planilla y aplazamiento de depósito de CTS.
• Medidas de alivio tributario.
• Liberación de detracciones y otras facilidades a deudores.
Segunda etapa de reactivación
(i) Soporte a la cadena de pagos:
• Fondo de Apoyo Empresarial para Pymes (FAE-Mype)
• Fondo de Apoyo Empresarial para el sector turismo (FAE-Turismo)
• Fondo de Apoyo Empresarial para pequeños productores agrarios (FAE-Agro)
• Programa de Garantía a la cartera de créditos
• Fondo Crecer
• Reactiva Perú
(ii) Medidas de apoyo y soporte a la economía.
• Arranca Perú
• Arranca Perú II
• Medidas de alivio tributario
• Medidas tributarias de promoción a la inversión
• Compras a micro y pequeñas empresas
• Apoyo a agricultura, cultura y otros
• Medidas para impulsar la inversión pública
• Medidas para impulsar la inversión privadas
• Otras medidas de apoyo y soporte a la economía

28. Como puede apreciarse, dicho plan constó de una etapa de contención y otra, propiamente, de reactivación, dentro de las cuales se encontraban diversas medidas dirigidas a los ciudadanos y a sus respectivas familias, como también a las pequeñas, medianas y grandes empresas.
29. Lo referido *supra* permite comprender en qué contexto fue expedida la Ley 31192. Pero ello no significa que se evalúe la conveniencia de las medidas adoptadas o se pronuncie sobre su idoneidad. Antes bien, solo nos hemos limitado a describir en qué consistieron las medidas adoptadas por las autoridades para enfrentar la pandemia de Covid-19.
30. En lo que aquí interesa, respecto del sistema pensionario, el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República aprobaron ciertas normas, en el marco de la pandemia de Covid-19, que habilitaron a los afiliados al SPP a retirar parte de sus aportes.
31. Tales normas fueron parte de la primera etapa o etapa de contención para el soporte a los hogares y consistieron, entre otros, en la no retención de aportes y en el retiro extraordinario de los fondos de las cuentas individuales de capitalización (CIC).
32. A fin de abordar la problemática descrita se emitieron diversas normas legales que antecedieron a la expedición de la Ley 31192, y que incidieron en los fondos destinados a la seguridad social. Estas fueron:
 - i) **Decreto de Urgencia 034-2020**, publicado el 2 de abril de 2020. Autorizó al aportante a retirar S/. 2000.00 del total de fondos acumulados en su CIC, a condición de no haber registrado aportes previsionales obligatorios en los últimos seis meses;
 - ii) **Decreto de Urgencia 038-2020**, publicado el 14 de abril de 2020. Autorizó al aportante en situación de suspensión perfecta de labores al retiro de S/. 2000.00 de su CIC, en caso cumplierse con los requisitos del Decreto de Urgencia 034-2020, mencionado *supra*;
 - iii) **Ley 31017**, publicada el 1 de mayo de 2020. Autorizó que los afiliados al SPP, de forma voluntaria y extraordinaria, puedan retirar hasta el 25% del total de sus fondos acumulados en su

CIC, y se estableció como montos mínimo y máximo de retiro, los equivalentes a 1. UIT y 3 UIT, respectivamente;

- iv) **Ley 31068**, publicada el 18 de noviembre de 2020. Autorizó al aportante a retirar hasta 4 UIT de su CIC, a condición de encontrarse en situación de desempleo y no registrar aportes previsionales obligatorios en los últimos doce meses.

2.3 Sobre el carácter intangible de los fondos de la seguridad social

- 33. El artículo 10 de la Constitución dispone: “El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”.
- 34. El Tribunal Constitucional ha señalado que, por mandato del artículo 10 de la Constitución, la vinculación de la seguridad social con el principio de dignidad se expresa en un sistema institucionalizado, imprescindible para la defensa de diversos principios constitucionales, lo que permite reconocerla como una garantía institucional. En consecuencia, “la seguridad social está blindada contra una reforma legislativa –incluso constitucional– que la anule o la vacíe de contenido” (Sentencia 00050-2004-AI/TC y acumulados, fundamento 54).
- 35. Por ello, para el Tribunal, «la seguridad social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado –por imperio del artículo 10 de la Constitución– al amparo de la “doctrina de la contingencia” y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en “la elevación de la calidad de vida”» (Sentencia 00050-2004-AI/TC y acumulados, fundamento 54).
- 36. Por su parte, el artículo 11 de la Constitución establece: “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”.

37. El órgano de control de la Constitución también ha indicado que el precitado artículo 11 implementa en el país “un sistema de pensiones mixto en el que coexiste un sistema público con uno privado” (Sentencia 01776-2004-AA/TC, fundamento 18).
38. Asimismo, por mandato constitucional, el Estado tiene el deber, en todos los casos, de supervisar su funcionamiento y la prestación adecuada de tales servicios. Se trata de un deber que es correlato de la garantía de los derechos fundamentales a la salud y a la pensión, razón por la cual se trata de un deber al que el Estado en ningún caso puede renunciar o soslayar.
39. La jurisprudencia del Tribunal ha establecido que el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones es uno de seguridad social, como puede apreciarse en la Sentencia 00014-2007-PI/TC; o en la Sentencia 00013-2012-PI/TC, donde se indica lo siguiente:

“La pensión tiene su fundamento en la seguridad social, reconocido en el artículo 10 de la Constitución como una forma de protección de la persona “(...) frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”. El artículo 9.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador) proclama el derecho de toda persona a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física y mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. La seguridad social es entendida como un instituto constitucionalmente garantizado, que comprende un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos (STC 0011-2002-AI/TC), cuyo propósito es coadyuvar a la calidad y el proyecto de vida de la comunidad, bajo el signo de la doctrina de la contingencia, expresando por excelencia la función social del Estado tras la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (STC 0050-2004-AI/TC y otros; STC 1417-2005-PA/TC). *El sistema privado también está catalogado como una forma de seguridad social*” (fundamento 38; la cursiva es nuestra).

40. Puede citarse también lo dicho por el Tribunal en la Sentencia 00011-2002-AI/TC, donde señaló que, a la luz del artículo 11 de la Constitución, “es perfectamente posible la intervención de entes privados en el otorgamiento de servicios de salud y seguridad social” (fundamento 11; la cursiva es nuestra).
41. Cabe mencionar también la Sentencia 01776-2004-AA/TC, donde el supremo intérprete de la Constitución ha establecido lo siguiente:

“La administración y ejecución de prestaciones de pensiones a través de agentes privados no subvierte la condición de prestaciones que forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión” (fundamento 20).

“Frente a la existencia del rol asignado al Estado, se reconoce la existencia de un SPP, el mismo que incluye a las AFP como destinatario novedoso del derecho a la pensión, en tanto observación explícita de la *drittwirkung* –eficacia frente a terceros– de los derechos. Las AFP son los nuevos responsables de la prestación exigida constitucionalmente (...) *el sistema pensionario no cambia de naturaleza jurídica por el hecho de que sea administrado por el Estado o por agentes privados o mixtos*. Sigue siendo el mismo tipo de prestación, de manera que el Estado, con relación al SPP, no sólo debe promocionarlo, sino también ha de establecer las características y condiciones mínimas que no lo desvirtúe” (fundamento 21; la cursiva es nuestra).
42. En la presente controversia, se discute si los extremos impugnados de la Ley 31192 han vulnerado lo dispuesto en el artículo 12 de la Constitución. Dicho artículo establece: “Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley”.
43. Sobre el contenido y alcances de la regla de intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social, el Tribunal ha especificado que se trata de una garantía institucional del derecho fundamental a la pensión que cuenta con eficacia reforzada, a fin de dejar a salvo su núcleo indisponible ante el legislador, evitando que este sea anulado o vaciado de contenido (Sentencia 00050-2004-PI/TC y acumulados, fundamento 54).

44. Posteriormente, en la Sentencia 00014-2007-PI/TC, el Tribunal sostuvo que la intangibilidad a la que se refiere el artículo 12 de la Constitución, “tiene por propósito asegurar que los fondos y las reservas de la seguridad social no sean destinados a fines distintos del aseguramiento y la garantía del pago de una pensión (artículo 11 de la Constitución), acorde con el principio-derecho de dignidad, reconocido por el artículo 1 de la Norma Fundamental” (fundamento 31).
45. En la Sentencia 00013-2012-PI/TC el supremo intérprete de la Constitución señaló que la comprensión de la intangibilidad de los fondos previsionales como garantía institucional posibilita que su fin último sea “proteger el derecho a la pensión de quienes se jubilen, en tanto y en cuanto se persiga el aseguramiento y la garantía del pago” (fundamento 84).
46. En dicha sentencia, el Tribunal concluyó que se encuentra también protegida por la intangibilidad de los fondos previsionales, consagrada en el artículo 12 de la Constitución, la retribución a la AFP como pago por la administración de los fondos, pues “una correcta administración de los fondos previsionales redundará de manera directa en el otorgamiento de una pensión digna cuando el afiliado concluya su vida laboral, tal como lo exige el artículo 11 de la Constitución y la STC 0050-2004-AI/TC y otros” (fundamento 84).
47. Asimismo, debe mencionarse la Sentencia 00013-2012-PI/TC, donde el Tribunal dejó claramente establecido que los fondos previsionales del SPP gozan de la garantía institucional de la intangibilidad de los fondos pensionarios (artículo 12 de la Constitución), al señalar lo siguiente:

Lo que sí ha establecido este Tribunal es que la pensión es parte del patrimonio de la persona, pero no es una forma de propiedad (STC 0050-2004-AI/TC y otros). Ahora bien, se ha establecido normativamente que existe “(...) la propiedad sobre los fondos acumulados en su Cuenta Individual de Capitalización (...)” (artículo 45 del Decreto Supremo 054-97-EF). El fondo manejado por las AFP definitivamente es parte del patrimonio del afiliado, pero no goza de los atributos de la propiedad como derecho, sino por el contrario es salvaguardado por el derecho a la pensión (artículo 11 de la Constitución), y por lo tanto, su

posible vulneración debe ser examinada *a partir de la garantía institucional de la intangibilidad de los fondos pensionarios (artículo 12 de la Constitución)*” (fundamento 91; la cursiva es nuestra).

48. Partiendo de la jurisprudencia citada precedentemente, concluimos que la intangibilidad de los fondos y las reservas de la seguridad social, consagrada en el artículo 12 de la Constitución, alcanza tanto a los fondos administrados por el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) como por el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP).
49. En efecto, según hemos visto, la Constitución consagra un sistema de pensiones mixto, en el que coexiste un sistema público con uno privado. Y la jurisprudencia del Tribunal ha establecido que el SPP es uno de seguridad social, pues “es perfectamente posible la intervención de entes privados en el otorgamiento de servicios de salud y seguridad social” (Sentencia 011-2002-AI/TC, fundamento 11).
50. Siendo el SPP uno de seguridad social, le alcanza el carácter de garantía institucional que el Tribunal ha reconocido a la seguridad social, lo cual la blindo contra una reforma legislativa que la anule o la vacíe de contenido (Sentencia 00050-2004-AI/TC y acumulados, fundamento 54).
51. Igualmente, por ser el SPP uno de seguridad social, los fondos que administra están cubiertos por la garantía de intangibilidad consagrada en el artículo 12 de la Constitución. Como hemos apreciado en la jurisprudencia constitucional aquí citada, esta intangibilidad es una garantía institucional del derecho fundamental a la pensión, que tiene por propósito asegurar que los fondos y las reservas de la seguridad social no sean destinados a fines distintos del aseguramiento y la garantía del pago de una pensión, pues su fin último es proteger el derecho a la pensión de quienes se jubilen (Sentencia 00013-2012-PI/TC, fundamento 84). Es decir, por su intangibilidad, los fondos del SPP solo pueden ser empleados para pagar las pensiones de los jubilados (Sentencia 00016-2020-PI/TC, fundamento 9).
52. Por estas consideraciones, concluimos que son inconstitucionales los artículos de la Ley 31192 impugnados en la presente demanda,

pues, al autorizar el retiro de hasta cuatro unidades impositivas tributarias (UIT) de la cuenta individual de capitalización del afiliado al SPP, han vulnerado la garantía de intangibilidad de estos fondos (artículo 12 de la Constitución), al permitir que sean destinados a un fin distinto al pago de pensiones.

53. Asimismo, por ser el SPP uno de seguridad social (artículo 11 de la Constitución), la ley aquí cuestionada desconoce la garantía institucional de la seguridad social, que la blindo contra una reforma legislativa que la anule o la vacíe de contenido, como ocurre en el presente caso, pues la ley impugnada permite que dichos fondos se destinen a un objetivo distinto del pago de pensiones, bajo el argumento de “aliviar la economía familiar afectada, por las consecuencias del COVID-19” (artículo 1 de la ley objeto de la presente demanda).
54. Aun cuando pueden ser muy loables y necesarias medidas económicas que busquen aliviar la economía familiar perjudicada por la pandemia, el medio empleado por la Ley 31192 para ese noble fin es inconstitucional, pues permite el empleo de los fondos previsionales para un objetivo distinto al pago de pensiones, afectando así su intangibilidad en los términos del artículo 12 de la Constitución.
55. Por tanto, corresponde estimar la demanda, pero no sólo respecto de los artículos impugnados por esta. En efecto, apreciamos que no sólo estos artículos sino la Ley 31192 en su totalidad persigue el mismo fin que colisiona con la intangibilidad de los fondos y las reservas de la seguridad social. Por tal motivo, de conformidad con el artículo 77 del Código Procesal Constitucional, por conexidad, deben declararse inconstitucionales los tres artículos y la Disposición Complementaria Final de la Ley 31192.

2.4 Sobre los efectos no retroactivos de la presente decisión

56. De conformidad con el segundo párrafo del artículo 204 de la Constitución y con el artículo 80 del Código Procesal Constitucional, no tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.
57. Por este motivo, no se afectan los retiros de fondos realizados por los afiliados del SPP al amparo de la Ley 31192.

III. FALLO

Por estos fundamentos, votamos por:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima Sur, en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** la Ley 31192.
2. Declarar que, debido al carácter no retroactivo de la presente decisión, no se ven afectados los retiros de fondos realizados por los afiliados del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP) al amparo de la Ley 31192.

S.

FERRERO COSTA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MONTEAGUDO VALDEZ

Emito el presente voto porque no comparto lo resuelto por la mayoría de mis colegas en el presente caso. En tal sentido, expresaré a continuación las razones por las cuales considero que la demanda debió ser declarada FUNDADA.

§1. Delimitación de la controversia

1. Como ha quedado establecido, el Colegio de Abogados de Lima Sur cuestiona la constitucionalidad del artículo 1 (autorización a los afiliados al Sistema Privado de Pensiones – SPPrP para el retiro voluntario hasta por un máximo de 4 U.I.T. del total de los fondos acumulados en su Cuenta Individual de Capitalización – CIC) y del segundo párrafo del artículo 3 (retención, por mandato judicial o convencional, a causa de deudas alimentarias, hasta el 30% del monto retirado) de la Ley 31192, “Ley que faculta a los afiliados al sistema privado de administración de fondos de pensiones el retiro de sus fondos”, por contravenir los artículos 7, 9, 10, 11, 12 y la Primera Disposición Final y Transitoria (penúltimo párrafo) de la Constitución.
2. Por su parte, el Congreso de la República al contestar la demanda alega que debe ser desestimada por haberse producido la sustracción de la materia, toda vez que la Ley 31192 ha dejado de surtir efectos por razón del tiempo ya que establecía un límite temporal para presentar la solicitud del retiro.
3. Al respecto, corresponde precisar que la Ley 31192 fue publicada el 7 de mayo de 2021 en el diario oficial *El Peruano*, en tanto que la Resolución SBS N° 01484-2021, que aprueba el procedimiento operativo para el retiro facultativo de fondos en el SPPrP fue publicada el 19 de mayo de 2021. En tal sentido, si bien a la fecha de la contestación de la demanda de inconstitucionalidad, esto es, el 9 de setiembre de 2021, ya habían transcurrido los noventa días calendario para que, conforme a lo establecido en el inciso a) del

artículo 2 de la Ley 31192, los afiliados al SPPrP pudieran presentar su solicitud de retiro de aportes; lo cierto es que a pesar que la citada Ley 31192 parcialmente ya no resultaba aplicable porque había vencido el plazo para presentar nuevas solicitudes, sí continuaba surtiendo efectos respecto de los hechos, situaciones y relaciones jurídicas derivadas de la tramitación de las peticiones presentadas por los afiliados. Por tanto, no lleva razón el Congreso de la República con el alegato presentado sobre la sustracción de la materia, más aún, porque el artículo 106 del Nuevo Código Procesal Constitucional establece que si “durante la tramitación del proceso de inconstitucionalidad, las normas impugnadas fueran derogadas, el Tribunal Constitucional continuará con la tramitación del proceso en la medida en que estas continúen siendo aplicables a los hechos, situaciones o relaciones producidas durante su vigencia”. En consecuencia, sí corresponde que en el presente caso se emita un pronunciamiento sobre la validez constitucional de la Ley 31192.

4. Ahora bien, como se conoce, el pasado 21 de mayo del presente año se ha publicado en el diario oficial *El Peruano* la Ley 31478, que “faculta el retiro extraordinario de los fondos privados de pensiones en el contexto de la pandemia Covid-19, en el año 2022”. Su contenido dispositivo guarda plena identidad con el recogido por la cuestionada Ley 31192. Por lo que, atendiendo a que el segundo párrafo del artículo 106 del Nuevo Código Procesal Constitucional dispone que “El pronunciamiento que emita el Tribunal no puede extenderse a las normas que sustituyeron a las cuestionadas en la demanda salvo que sean sustancialmente idénticas a aquellas”, considero que las razones constitucionales en las que sustentaré mi voto también alcanzan a la citada Ley 31478.
5. Si bien es cierto la Ley 31192 no ha sido propiamente derogada, ni tampoco se puede afirmar que la Ley 31478 formalmente la sustituya, no cabe duda que su objeto regulado y el procedimiento establecido para concretizarlo son exactamente los mismos e, incluso, han sido enunciados de manera idéntica a lo dispuesto en aquella. En consecuencia, nos encontramos frente al supuesto normativo contemplado en el segundo párrafo del artículo 106 del Nuevo Código Procesal Constitucional, por lo que mi análisis de constitucionalidad en torno a la Ley 31192 se extenderá a la Ley

31478. Al respecto, me queda recordar que, al igual que en anteriores ocasiones, dada la relación de identidad entre el acto reclamado como inconstitucional que motivó inicialmente la presentación de la demanda y el nuevo acto realizado, el Tribunal Constitucional emitió pronunciamiento de fondo evaluando la constitucionalidad de ambos actos [cfr. sentencia recaída en el Expediente 0045-2004-AI/TC, fundamentos 78-80; sentencia recaída en los Expedientes 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC (acumulados), fundamento 97; sentencia recaída en el Expediente 0003-2012-PI/TC, fundamentos 6 y 7; sentencia recaída en el Expediente 0005-2013-PI/TC, fundamentos 6-8; entre otras].

§2. La garantía de la seguridad social en la Constitución Política de 1993

6. Conforme a lo establecido en el artículo 43 de la Constitución, y tal como lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, el Estado peruano adopta las características esenciales de un Estado social y democrático de Derecho (cfr. sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC, fundamento 10). Ello, en buena cuenta, supone que la creación de las condiciones materiales para lograr sus presupuestos, esto es, garantizar la igual dignidad e igual libertad a todos los integrantes de la sociedad, está sujeta a su responsabilidad; y, asimismo, exige del Estado la identificación con objetivos sociales a fin de poder alcanzar el bien común. De ahí que nuestro ordenamiento constitucional haya reconocido un conjunto de derechos económicos, sociales y culturales cuyo contenido *iusfundamental* contribuyen al bienestar personal.

7. Es bajo este contexto que el artículo 10 de la Constitución Política de 1993 establece que:

“El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”.

8. Desde una dimensión objetiva, tal como señala la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la seguridad social es concebida como la protección que una sociedad otorga a sus integrantes asegurando su acceso a la asistencia médica y garantizando la seguridad

de ingresos en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes de trabajo, maternidad o pérdida del sostén de la familia.

9. La seguridad social, ha afirmado el Tribunal Constitucional, es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado al amparo de la “doctrina de la contingencia” y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otros) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no solo del mantenimiento, sino en “la elevación de la calidad de vida” (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00050-2004-AI/TC acumulados, fundamento 54 y sentencia recaída en el Expediente 01417-2005-PA/TC, fundamento 29).
10. En tanto que desde una dimensión subjetiva, la seguridad social es el derecho fundamental que le asiste a toda persona a recibir protección estatal ante contingencias o sucesos que pueden ocurrir durante el transcurso de la vida, ajenos a la voluntad, que no le permiten obtener ingresos y perjudican, por tanto, su calidad de vida y de la familia. Por ello, el artículo 11 de la Constitución dispone que el Estado garantice a todas las personas el libre acceso a las prestaciones de salud y a las pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas, supervisando su eficaz funcionamiento.
11. Actualmente en nuestro país las distintas prestaciones otorgadas por la seguridad social, en términos generales, se expresan bajo el siguiente esquema:
 - Prestaciones en salud: preventiva; curativa y de recuperación; hospitalización, medicinas, exámenes, traslado de emergencia; y, cobertura de salud por desempleo.
 - Prestaciones económicas: subsidios por incapacidad temporal, maternidad, lactancia y sepelio.
 - Prestaciones para trabajo de riesgo: prestaciones de salud por accidentes de trabajo y/o enfermedades profesionales, y pensiones de invalidez y/o sobrevivencia producto de accidentes de trabajo y/o enfermedades profesionales.

- Prestaciones previsionales: pensiones de jubilación, invalidez y sobrevivencia.
12. En el ámbito internacional, la seguridad social ha sido reconocida en distintos tratados de protección de derechos humanos suscritos por el Perú.
 13. Así se tiene que el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”; en tanto que en el artículo 25 precisa que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”. Por su parte, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.
 14. A nivel regional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su artículo XVI que “toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”. En tanto que el artículo 9.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) señala que la persona tiene derecho “a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa”.

15. Y el Convenio 102 de la OIT, identificado como Norma Mínima de Seguridad Social, dispone en sus artículos 25 y 26 el compromiso de los estados de garantizar prestaciones de vejez a las personas, cubriendo la supervivencia más allá de una edad prescrita.
16. Todas estas normas, las que en virtud a lo establecido en el artículo 55 y en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, forman parte de nuestro derecho interno, coinciden en el reconocimiento del carácter universal del derecho a la seguridad social y en el deber estatal de procurar niveles adecuados de protección para las personas que se traduce en la garantía de su bienestar y calidad de vida.
17. Sin embargo, como expondré más adelante, el Estado ha venido adoptando distintas medidas normativas, entre las que se encuentra la cuestionada Ley 31192, que autorizan a los afiliados de las Administradoras de Fondo de Pensiones (AFPs) a que retiren parte de sus fondos individuales, poniendo así en riesgo su acceso futuro a una pensión. Esta conclusión se corrobora en parte con las estadísticas y proyecciones realizadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), quien refiere, a modo de ejemplo, que producto de la aprobación de la Ley 31192:

“[...] el número de afiliados sin saldo CIC se incrementaría de 2 millones a cerca de 6 millones; es decir, se estima que el 71% de los afiliados activos se volverá vulnerable, aumentando el riesgo de caer en una situación de pobreza en la etapa de la vejez y, por ende, la posibilidad de un mayor gasto público en pensiones en mediano y largo plazo.”⁵⁸ (subrayado agregado)
18. Tales consecuencias resultan contrarias a la teleología que se propone la normatividad internacional y constitucional en materia de seguridad social, que no es otra que garantizar el bienestar y la calidad de vida de las personas, así como asegurar la *mejora progresiva* en el disfrute efectivo de su derecho a la pensión. Por tanto,

58 Cfr. Informe Conjunto N° 00012-2021-SBS. Disponible en el sitio web de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Recuperado de: https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/opinion_proy_leg/2021/INFORME-CONJUN-TO-012-2021-SBS.pdf Consulta realizada el 15 de setiembre de 2022.

medidas normativas que promueven el retiro prematuro de los fondos previsionales o autorizan la libre disponibilidad de los mismos, como lo han dispuesto varias leyes aprobadas en los últimos años por el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo, no solo ponen en riesgo la subsistencia futura de los afiliados sino que además representan una clara regresión en la garantía de la seguridad social y contravienen el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que establece que “los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

§3. Los modelos de gestión de la seguridad social que rigen en el Perú

19. Desde el año 1992 en el Perú coexisten dos modelos de gestión de la seguridad social, estos son, el sistema de reparto y el de capitalización individual.
20. El sistema de reparto, como lo es el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), es un fondo común solidario al que ingresan los aportes de todos sus afiliados con los cuales se realiza el pago de las pensiones a aquellas personas que en la actualidad tienen la condición de jubilado, en tanto que, en el futuro, los aportantes de hoy ya jubilados se beneficiarán del aporte efectuado por las personas que sean laboralmente activas en ese momento. El sistema de reparto es, pues, un sistema basado en el principio de solidaridad intergeneracional.
21. Nuestro SNP⁵⁹, el mismo que fuera creado en el año 1973 a través del Decreto Ley 19990 y que es administrado por la Oficina de

59 Junto al SNP coexiste el régimen de ellos militares y policías, de los servidores públicos y de los servidores diplomáticos, los que conjuntamente integran el Sistema Público de Pensiones. Cabe precisar que en el año 2011 se creó el programa Asistencial “Pensión 65” (no contributivo) para mayores de 65 años en estado de pobreza extrema, y en el año 2015 se creó el programa “Contigo” para mayores de 18 años con discapacidad permanente y absoluta en estado de pobreza extrema.

Normalización Previsional (ONP) desde el año 1994, presenta las siguientes características (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00016-2020-PI/TC, fundamento 7):

- a. Otorga una prestación económica mensual a quienes han cumplido con los requisitos exigidos legalmente, pudiendo ser por derecho propio (pensión por jubilación, cesantía o invalidez) o derivado (pensión por viudez, orfandad o ascendientes).
 - b. Se fundamenta en el principio de solidaridad intergeneracional. Los aportes realizados mensualmente por sus afiliados financian las pensiones de quienes ya se jubilaron. La totalidad de los aportes mensuales se destinan al pago de las pensiones que se deben abonar en la actualidad.
 - c. Las personas que aportan más al sistema favorecen las pensiones de quienes aportaron menos en su momento.
 - d. Los aportes aludidos no se acumulan en una cuenta de capitalización individual para el pago futuro a quienes los realizan, sino que se utilizan para financiar el pago de las pensiones actuales. Sin embargo, generan el derecho a recibir pensiones que, a su vez, serán financiadas por quienes sean los aportantes en el momento en que se jubilen.
 - e. Los aportes que se recaudan no se acumulan en un fondo colectivo permanente ni mucho menos en uno individual a partir del cual sea posible identificar el monto entregado por cada trabajador. Es un sistema de reparto que se utiliza para asumir los gastos y cargas económicas de las generaciones previas. Y esto es independiente de la existencia de un registro de los montos aportados a lo largo del tiempo. Y,
 - f. El ahorro previsional que se realiza en el SNP es colectivo. Las personas ahorran realizando aportes al SNP, para poder luego disfrutar de una pensión durante su vejez.
22. Por su parte, el sistema de capitalización individual, que en el Perú fue acogido en el año 1992 mediante Decreto Ley 25897 con la creación de las AFPs, promueve la creación de cuentas personales en las que cada afiliado realiza el depósito de sus aportes, ya sean estos obligatorios o voluntarios, generando así un fondo individualizado

de capital. Hay que tener presente además que el artículo 87 de la Constitución se refiere expresamente a la intervención del poder público en las actividades de las AFPs, cuando señala que la SBS “ejerce el control” de estas empresas.

23. Bajo el esquema de capitalización individual, el monto de la pensión que percibirá un afiliado tiene relación directa con la trayectoria de los ingresos percibidos durante su vida laboral, y, a su vez, como precisa la SBS⁶⁰, dependerá fundamentalmente de cinco factores: a) la tasa de aporte, b) la rentabilidad acumulada desde la afiliación, c) la regularidad en el pago de aportes, d) el tiempo de permanencia / edad de afiliación o cotización, y, e) la edad de jubilación. Por tanto, cualquier medida que altere estos cinco factores genera un impacto directo en el nivel de cobertura y las pensiones de jubilación.
24. Cabe señalar también que en este modelo de gestión de la seguridad social, a pesar que la capitalización del fondo de aportes es individualizada como ya se refirió, debe existir una comunidad de beneficios y riesgos entre los afiliados y las AFPs en la medida que las comisiones de estas guarden relación con los mayores o menores beneficios obtenidos por aquellos. De este modo, se incentiva un interés –a propósito del cual el propio Tribunal constitucional en su oportunidad se ha remitido a la exigencia del principio de solidaridad– con la finalidad de asegurar la adecuada gestión de los fondos pensionarios, conforme exigen los artículos 10 y 11 de la Constitución (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00014-2007-AI/TC, fundamentos 36, 39).
25. Ahora bien, la práctica ha demostrado que el sistema de reparto básicamente se ve afectado por el factor demográfico (descenso en la tasa de natalidad y aumento de la tasa de longevidad), en tanto que el factor económico es el que principalmente afecta al modelo de capitalización individual debido a la volatilidad que caracteriza a los mercados financieros, bancarios y bursátiles donde se invierten

60 Cfr. Informe Conjunto N° 00012-2021-SBS. Disponible en el sitio web de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Recuperado de: https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/opinion_proy_leg/2021/INFORME-CONJUNTO-012-2021-SBS.pdf Consulta realizada el 15 de setiembre de 2022.

los fondos de las AFPs. No obstante, en el caso peruano se suscitan algunas condiciones adicionales que sumadas a las mencionadas alteran el debido y eficiente funcionamiento de nuestro sistema previsional, comprometiendo el derecho de acceso a la pensión, pero, además, a una pensión acorde con la dignidad de la persona.

26. Como señala César Abanto, existen dos objetivos principales para un sistema de pensiones: en primer lugar, lograr la máxima cobertura y que la mayor cantidad de personas posea una pensión, sea de invalidez, vejez o muerte; y en segundo lugar, que dichas prestaciones sean suficientes para cubrir todas sus necesidades básicas.⁶¹
27. Sin embargo, el diseño de nuestro sistema previsional condiciona el acceso a un régimen pensionario a la preexistencia de una relación laboral formal, a pesar que en el Perú, como se sabe, existe una tasa altísima de informalidad laboral originando que de cada 10 trabajadores solo 3 gocen de una cobertura pensionaria. Por tanto, este esquema se aleja del objetivo primordial perseguido por los sistemas de seguridad social como es el lograr que la mayor cantidad de personas posean una pensión, y, por tanto contraviene a lo dispuesto en el artículo 11 de la Constitución, que ordena al Estado garantizar el libre acceso a las pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Expuesta así esta situación, la misma se configura en una razón fundamental para que desde el Poder Ejecutivo en coordinación con el Congreso de la República, apoyados en los órganos técnicos especializados, realicen una reforma del sistema previsional que, como se acaba de explicar, exige cambios en su origen estructural que resulten compatibles con el modelo de Estado social y democrático de Derecho adoptado por el Estado peruano (artículo 43 de la Constitución).
28. Pero además esta reforma previsional también debe poner énfasis en el objetivo de mejorar el nivel de las pensiones. Sabemos que la gran mayoría de ciudadanos en nuestro país que perciben una pensión no se encuentran en la capacidad de cubrir sus necesidades básicas porque los montos recibidos son bajos. Por ello, es necesario

61 Cfr. Abanto Revilla, César (2021) “Buscando un nuevo sistema de pensiones de seguridad social para el Perú: ¿Reforma o refundación?”. En *Laborem*. Lima, 2021, N° 25, p. 215.

que se adopten medidas reformativas que estén orientadas a lograr el aumento progresivo de los montos pensionarios asegurando así la calidad de vida de los afiliados, más aún, si como se desprende del Convenio 102 de la OIT, ratificado por el Perú en el año 1961, es responsabilidad del Estado garantizar el pago de una pensión mínima que supere el umbral de pobreza.

29. Por tanto, toda reforma que se plantee a nuestro sistema de pensiones, a fin de que sea constitucionalmente legítima, tendrá necesariamente que partir de una propuesta orientada a concretizar los dos objetivos principales perseguidos por los sistemas previsionales señalados *supra*.⁶²

§4. Sobre la intangibilidad de los fondos previsionales dispuesta por el artículo 12 de la Constitución y la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones

30. El artículo 12 de la Constitución Política de 1993 establece que:

“Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley”.

62 A través de la Ley 30939, publicada el 3 de mayo de 2019, se dispuso la creación de “un consejo para evaluar la situación actual de los sistemas de pensiones públicos y privados en un plazo de ciento ochenta (180) días naturales, que tendrá las siguientes funciones: a) Realizar una evaluación de las condiciones de acceso, los costos y beneficios de los regímenes de jubilación anticipada actualmente vigentes en el Sistema Privado de Pensiones, que incluya la identificación de todos los actores y grupos de interés que directa o indirectamente podrían ser beneficiarios o perjudicados con tales regímenes; y b) Evaluar integralmente las condiciones principales del sistema de pensiones público y privado en el Perú, incluyendo aspectos tales como la sostenibilidad fiscal, la suficiencia de las pensiones (pensión mínima), la evolución demográfica y la cobertura universal de la población y emitir recomendaciones concretas sobre estos aspectos. El consejo está conformado por un representante de las siguientes entidades, con rango mínimo de director nacional o su equivalente: el Ministerio de Economía y Finanzas; la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones; el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y la Oficina de Normalización Previsional. La Secretaría Técnica estará a cargo del Ministerio de Economía y Finanzas, la que informará de sus resultados a las comisiones de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera y de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República (...).” (Segunda Disposición Complementaria Transitoria).

31. Para el Tribunal dicha intangibilidad a la que alude la citada disposición constitucional tiene como propósito asegurar que los fondos y las reservas de la seguridad social no sean destinados a fines distintos del aseguramiento y la garantía del pago de una pensión (artículo 11 de la Constitución) acorde con el principio-derecho de dignidad, reconocido por el artículo 1 de la Norma Fundamental (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00014-2007-AI/TC, fundamento 31).
32. En tal sentido, la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social opera como una garantía institucional del derecho fundamental a la pensión, en la medida que representa para quien los administra la prohibición de redireccionar, afectar o gastar los aportes y recursos allí depositados. Como garantía institucional reconocida constitucionalmente, la intangibilidad de los fondos de la seguridad social queda blindada frente a reformas legislativas –incluso constitucionales– que la anulen o vacíen de contenido.
33. Al respecto, cabe precisar que a los fondos previsionales administrados en el SPPrP también les asiste la garantía institucional de la intangibilidad. Así lo ha dejado expuesto en su oportunidad el Tribunal Constitucional al precisar que:

“[...] la pensión es parte del patrimonio de la persona, pero no es una forma de propiedad (STC 0050-2004-AI/TC y otros). Ahora bien, se ha establecido normativamente que existe “(...) la propiedad sobre los fondos acumulados en su Cuenta Individual de Capitalización (...)” (artículo 45 del Decreto Supremo 054-97-EF). El fondo manejado por las AFP definitivamente es parte del patrimonio del afiliado, pero no goza de los atributos de la propiedad como derecho, sino por el contrario es salvaguardado por el derecho a la pensión (artículo 11 de la Constitución), y por lo tanto, su posible vulneración debe ser examinada a partir de la garantía institucional de la intangibilidad de los fondos pensionarios (artículo 12 de la Constitución).” (sentencia recaída en el Expediente 00013-2012-PI/TC, fundamento 91).
34. Es que en efecto, si bien es cierto la pensión forma parte del patrimonio de la persona que goza de ese derecho, no se les puede equiparar porque, como ya lo ha sostenido el Tribunal Constitucional

(cfr. sentencia recaída en el Expediente 00050-2004-AI/TC acumulados, fundamento 97), entre ellas existen notables diferencias que se manifiestan en su naturaleza jurídica (la pensión no es un derecho real), en los actos que pueden realizarse (la pensión no puede ser objeto de determinados actos de libre disposición como la compra-venta, la donación, entre otros), en el modo de transferencia (la pensión no se transmite por la sola autonomía de la voluntad del causante) y en su titularidad (no siempre coincide el titular de la pensión con la persona beneficiaria de esta). En tal sentido, reconocer que los fondos acumulados en la CIC forman parte del patrimonio de un afiliado a las AFPs, no representa una habilitación estatal para autorizar su libre disposición, por el contrario, representa una garantía de exigibilidad frente al Estado para que vele por su adecuada administración a fin de que el ejercicio futuro del derecho a la pensión esté asegurado.

35. Como ya referí, en los últimos años el Congreso de la República ha venido aprobando distintas medidas legislativas que autorizan el uso de los fondos de las AFPs para fines de naturaleza distinta a la pensionaria:

- **Ley 30425**, publicada el 21 de abril de 2016. Prorroga el régimen especial de jubilación anticipada para desempleados en el SPPrP⁶³; dispone que el afiliado a partir de los 65 años de edad pueda elegir entre percibir la pensión que le corresponda en cualquier modalidad de retiro o solicitar a la AFP la entrega hasta el 95.5% del total del fondo disponible en su CIC en las armadas que considere necesarias; establece que los afiliados podrán hacer uso del 25% del fondo acumulado en su CIC como garantía para la cuota inicial de un crédito hipotecario para la compra de una primera vivienda; y dispone la procedencia de la jubilación anticipada también para aquellos casos en que el afiliado padezca de enfermedad terminal o diagnóstico de cáncer pudiendo solicitar la devolución del 50% de sus aportes incluyendo su rentabilidad.

63 Mediante Ley 29426, publicada el 27 de octubre de 2009, se creó el Régimen Especial de Jubilación Anticipada para Desempleados (REJA) en el Sistema Privado de Pensiones cuya vigencia estaba prevista hasta el 31 de diciembre de 2012.

Como puede observarse, esta ley amplió los supuestos de procedencia para la jubilación anticipada ordinaria (JAO) regulada por el artículo 42 del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (Decreto Supremo 054-97-EF). Cabe recordar que de acuerdo a este régimen jubilatorio, un afiliado a la AFP mayor de 50 años puede jubilarse siempre que obtenga una pensión igual o superior al 40% del promedio de sus remuneraciones durante los últimos 120 meses. Si bien es cierto el régimen JAO ha sido objeto de varias modificaciones hasta la actualidad, en su oportunidad el legislador permitió que cualquier afiliado a la AFP, sin el requisito de la edad que hoy sí es exigible, pueda acogerse a la JAO e, incluso, pueda solicitar el 95.5% del total del fondo disponible en su CIC.

- **Ley 30478**, publicada el 29 de junio de 2016. Ordenó que los afiliados al SPPrP puedan disponer de hasta el 25% del fondo acumulado en su CIC para pagar la cuota inicial para la compra de un primer inmueble o amortizar un crédito hipotecario utilizado para la compra de un primer inmueble. Y, de otro lado, en la misma ley, se dispuso que el afiliado a partir de los 65 años de edad pueda elegir entre percibir la pensión que le corresponda en cualquier modalidad de retiro y/o solicitar a la AFP la entrega hasta el 95.5% del total del fondo disponible en su CIC, perdiendo el derecho frente a cualquier beneficio de garantía estatal. Asimismo, se precisó que el monto equivalente al 4.5% restante de la CIC sea retenido y transferido por la AFP directamente a EsSalud.
- **Ley 31017**, publicada el 1 de mayo de 2020. Autorizó que los afiliados al SPPrP, de forma voluntaria y extraordinaria, puedan retirar hasta el 25% del total de sus fondos acumulados en su CIC, estableciéndose como montos mínimo y máximo de retiro, los equivalentes a 1 U.I.T. y 3 U.I.T, respectivamente.
- **Ley 31068**, publicada el 18 de noviembre de 2020. Autorizó al aportante del SPP a retirar hasta 4 U.I.T. de su CIC, a condición de encontrarse en situación de desempleo y no registrar aportes previsionales obligatorios en los últimos doce meses.

36. Y a este listado de medidas normativas se suman las Leyes 31192 y 31478 bajo análisis en el presente caso, que autorizan a los afiliados del SPPrP para que retiren hasta 4 U.I.T. del total de los fondos

acumulados en su CIC, a fin de aliviar la economía familiar afectada por las consecuencias de la pandemia del Covid-19.

37. De igual forma, durante el año 2020, como consecuencia de la emergencia sanitaria, el Poder Ejecutivo también autorizó la libre disposición de los fondos previsionales administrados en el SPPrP:

- **Decreto de Urgencia 034-2020**, publicado el 2 de abril de 2020. Autorizó al aportante a retirar S/. 2,000.00 del total de fondos acumulados en su CIC, a condición de no haber registrado aportes previsionales obligatorios en los últimos seis meses.
- **Decreto de Urgencia 038-2020**, publicado el 14 de abril de 2020. Autorizó al aportante en situación de suspensión perfecta de labores al retiro de S/. 2,000.00 de su CIC, en caso cumplierse con los requisitos del Decreto de Urgencia 034-2020, mencionado *supra*.

38. No cabe duda, entonces, que al ordenar la libre disposición de los fondos previsionales administrados en el SPPrP, tanto el legislador como el gobierno han partido de la premisa errada de haber asimilado, sin más, a la pensión con la propiedad privada, poniendo en serio riesgo a sus afiliados de empobrecimiento durante la vejez por tratarse de una población cuya pensión solo depende del ahorro forzoso. Pero, además, han sentado un precedente negativo en el sentido de que frente a situaciones de emergencia el Estado podrá autorizar la disposición de los fondos previsionales, en lugar de aplicar mecanismos de apoyo económico que provengan del propio gobierno en cumplimiento de su deber constitucional de promover el bienestar general (artículo 44 de la Constitución).

39. Ahora bien, la garantía de la intangibilidad de los fondos previsionales también contribuye a la sostenibilidad de la seguridad social. En esa línea, en el penúltimo párrafo de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución se ordena que:

“Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación.”

40. En términos técnicos, la sostenibilidad está referida a la viabilidad financiera en el largo plazo de medidas económicas, es decir, a la existencia de fuentes de financiamiento que garanticen el cumplimiento de compromisos de gasto presentes y futuros (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00016-2020-PI/TC, fundamento 12). En materia previsional, la sostenibilidad financiera como criterio constitucionalmente establecido alude al aseguramiento de los fondos necesarios para que el sistema de pensiones se encuentre en la capacidad de responder debida y oportunamente frente a la contingencia de la vejez que afectará a los afiliados.
41. Sin embargo, leyes como la cuestionada en el presente caso, así como las demás reseñadas, promueven la descapitalización del SPPrPe impiden a las AFPs realizar las inversiones necesarias y estratégicas con los fondos de los afiliados para generar una buena rentabilidad, poniendo en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema previsional.
42. Así también lo entiende la SBS cuando advierte que el retiro prematuro de los fondos de pensiones deteriora la cobertura previsional, en la medida que (i) deja a más personas sin los recursos suficientes para su vejez (los retiros que se efectúen hoy reducen la futura pensión a percibirse en el momento de la jubilación); (ii) distorsiona el objetivo de largo plazo de los fondos de pensiones, ya que obliga a priorizar el hecho de contar con efectivo el día de hoy para solventar los retiros anticipados en detrimento de la rentabilidad futura que se puede obtener si se respetara el horizonte de largo plazo de los fondos previsionales; y (iii) genera pérdidas en los recursos de los afiliados, especialmente, cuando el tiempo en el que se ha realizado aportes con fin previsional es muy corto, pues el afiliado no ha generado una rentabilidad suficiente que permita amortiguar el impacto del retiro anticipado; y cuando el retiro se efectúa en periodos de crisis financieras, pues el valor cuota de los fondos de pensiones, a raíz de la caída generalizada de los mercados, disminuye su valor, situación que incluso podría afectar a los aportes efectuados por los afiliados, especialmente si estos han permanecido un corto tiempo en el SPPrP o hayan efectuado pocos aportes (baja densidad de cotización).

§5. Análisis de constitucionalidad de la autorización a los afiliados del SPPrP para retirar parte del fondo acumulado en su CIC

43. Atendiendo a las razones expuestas precedentemente, considero que la decisión legislativa de autorizar a los afiliados del SPPrP a disponer voluntariamente el retiro de hasta 4 U.I.T. del total de los fondos acumulados en su CIC contraviene la Constitución; ello, por cuanto, vulnera el contenido esencial del derecho a la pensión, así como la garantía institucional de la intangibilidad de los fondos de la seguridad social, y, contribuye al debilitamiento de la sostenibilidad económica en el tiempo del sistema de capitalización individual.
44. De una interpretación sistemática de los artículos 10 y 11 de la Constitución, en concordancia con el principio de dignidad humana y con valores superiores como la igualdad y solidaridad, además de los derechos fundamentales a la vida y al bienestar, se puede inferir que nuestra *ley fundamental* reconoce el derecho fundamental a la pensión. En tanto que forma parte del contenido esencial de este derecho, el acceso a una pensión, el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella y el derecho a una pensión mínima vital (cfr. sentencia recaída en el Expediente 00050-2004-AI/TC acumulados, fundamento 107).
45. Como ya referí, uno de los principales objetivos perseguidos por los sistemas previsionales es el de asegurar que las prestaciones percibidas por los pensionistas sean suficientes para cubrir sus necesidades básicas. Sin embargo, la libre disposición de los fondos jubilatorios, como la autoriza las leyes bajo análisis en el presente caso, en la medida que contribuyen a reducir el monto de la pensión al momento de la jubilación, impide el acceso a una pensión que garantice la calidad de vida de los afiliados y contraviene, por tanto, el contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión.
46. En su oportunidad, el Banco Central de Reserva del Perú (BCR) ha señalado que el retiro temprano de la CIC reduce el número de aportes efectivos a lo largo del ciclo de vida laboral de los afiliados y, por ende, la pensión esperada. En esa línea ha advertido que:

“El retiro a edades muy tempranas tiene implicancias más severas de largo plazo para el bienestar de los afiliados, dada la

menor posibilidad de capitalizar su fondo de pensiones. La SBS estima que, por cada mil soles que un afiliado retire a los 30 años, perdería un monto equivalente de S/. 4 516 a la edad de 65 años.

El efecto en las pensiones del retiro temprano de los fondos de pensiones es mucho más elevado para el grupo etario de 30 a 50 años, que debido a los retiros realizados perderán en valor presente hasta el 60% de sus fondos previsionales. Este efecto es aún más severo para los 2,1 millones de afiliados que no registran fondo alguno en sus CIC, luego de los retiros efectuados durante el confinamiento social. Estos afiliados enfrentan un riesgo elevado de caer en situación de pobreza en la etapa de vejez y perder el acceso a las coberturas de Essalud.”

47. Queda expuesto entonces que con la aprobación y aplicación de la ley cuestionada la probabilidad de que se produzca una reducción considerable en el monto de las prestaciones jubilatorias es cierta, así como lo es el hecho de que los afiliados al SPrP enfrentarán una situación de pobreza que el Estado no podrá dejar de atender. Es decir, como afirma la SBS, se terminará trasladando una carga financiera a la sociedad y tendrá que ser esta la que provea los recursos (vía impuestos u otros medios de recaudación) para financiar la protección a aquellos afiliados que decidieron retirar anticipadamente sus fondos y, con ello, quedaron desprotegidos al momento de su jubilación; afectándose también la capacidad de gasto público en otros sectores como salud y educación.
48. Considero también que la Ley 31192 –así como la Ley 31478– vulnera la garantía institucional de la intangibilidad de los fondos de la seguridad social. A fin de enfrentar las consecuencias de la pandemia del Covid-19, en lugar de apelar a mecanismos económicos para promover el bienestar general, el legislador y el gobierno, en sentido contrario a lo dispuesto por el artículo 12 de la Constitución, adoptaron medidas que incidieron en el fondo previsional de los afiliados al SPrP avalando que dichos recursos sean destinados al consumo inmediato, desnaturalizando así la finalidad constitucional del ahorro previsional en las CIC que no es otra que el aseguramiento y garantía del pago debido y oportuno de una pensión.

49. Finalmente, soy de la opinión que la aprobación de la Ley 31192 –y de la Ley 31478– también contribuye al debilitamiento de la sostenibilidad en el tiempo del sistema de capitalización individual, contraviniendo, por tanto, la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución que ordena que cualquier modificación a los regímenes pensionarios debe regirse por el criterio de sostenibilidad financiera.
50. En materia previsional, dicha sostenibilidad financiera está referida al aseguramiento de los fondos necesarios para que el sistema de pensiones se encuentre en la capacidad de responder debida y oportunamente frente a la contingencia de la vejez que afectará a los afiliados. No obstante, la ley cuestionada, así como las otras disposiciones legales referidas que autorizan el retiro prematuro de los fondos previsionales, abonan a la descapitalización del SPPrP. Y así lo corrobora el BCR cuando afirma que los retiros tempranos de los fondos del SPPrP han implicado una reducción de hasta S/. 53 mil millones desde el año 2016.
51. Tal descapitalización, en consecuencia, le resta capacidad a las AFPs para garantizar el pago de las pensiones a los afiliados; pero, además, pone en riesgo la eficiencia en la administración que realizan, así como la permanencia del funcionamiento en el tiempo del SPPrP.
52. Finalmente, no quiero dejar de recordar la necesidad para nuestro país de que los poderes públicos asuman la responsabilidad de reformar y fortalecer los sistemas previsionales existentes, a fin de que se asegure una vejez digna para todos los ciudadanos, conforme lo exige nuestra Constitución, así como también los diversos instrumentos internacionales que regulan la seguridad social y que son parte de nuestro ordenamiento jurídico.

S.

MONTEAGUDO VALDEZ



Pleno. Sentencia 337/2022

Caso de la emergencia y reforma del Sistema Nacional de Salud

Expediente 00027-2021-PI/TC

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión de Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 27 de setiembre de 2022, los magistrados Morales Saravia, Ferrero Costa, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro y Ochoa Cardich han emitido la sentencia que resuelve:

Declarar **INFUNDADA** la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo contra la Ley 31125.

Por su parte, la magistrada Pacheco Zerga emitió un voto singular declarando infundada la demanda en lo que respecta a la Décima Disposición Complementaria Final de la Ley 31125, siempre que se la interprete conforme a los fundamentos 3 y 4 de su voto, e infundada en lo demás que contiene.

Asimismo, el magistrado Monteagudo Valdez emitió un voto singular declarando fundada en parte la demanda y, en consecuencia, que la Décima Disposición Complementaria Final de la Ley 31125 resulta contraria a la Constitución.

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 SARA VIA

PACHECO ZERGA

FERRERO COSTA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

MONTEAGUDO VALDEZ

OCHOA CARDICH

PLENO JURISDICCIONAL
Expediente 00027-2021-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
27 de setiembre de 2022

**CASO DE LA EMERGENCIA Y REFORMA DEL SISTEMA
NACIONAL DE SALUD**

PODER EJECUTIVO C. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 31125, Ley
que declara en emergencia el Sistema Nacional de Salud y
regula su proceso de reforma.

Magistrados firmantes:

SS.

MORALES SARA VIA

FERRERO COSTA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

OCHOA CARDICH

TABLA DE CONTENIDOS

Norma impugnada	Parámetro de control
Ley 31125	Constitución Política del Perú - Artículo 2.14, 9, 43, 51, 76, 77, 78, 79, 118.3, 118.17, 118.24, 119, 168, 188, 189, 191 y 192 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) - Artículos 23, inciso 1, literal c. Pacto Internacional de Derechos Civiles (PIDCP) - Artículos 25, literal c.

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

B. Debate constitucional

B-1. Demanda

B-2. Contestación de demanda

B. 3. Intervención de tercero

II. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación de la controversia

§2. Sobre la alegada vulneración del principio de separación de poderes y, específicamente, del principio de cooperación entre poderes

§3. Sobre la alegada vulneración de las competencias del poder ejecutivo en materia de salud, según lo establecido en los artículos 9, 118.3, 118.24 y 119 de la constitución y en el bloque de constitucionalidad

§4. Sobre la alegada vulneración del artículo 168 de la cpp, sobre la reserva de ley respecto de la organización y funciones de las fuerzas armadas y de la policía nacional del Perú y de los artículos 188, 189, 191 y 192 de la cpp sobre el proceso de descentralización y la autonomía de los gobiernos regionales

§5. Sobre la alegada vulneración del artículo 2.14 de la cpp respecto de la libertad de contratación

§6. Sobre la alegada vulneración de los principios constitucionales presupuestarios (art. 77 y 78 de la cpp), de la prohibición de iniciativa de gasto público (art. 79 de la cpp) y de la competencia del Poder Ejecutivo de administrar la hacienda pública (art. 118.17 de la cpp)

§7. Sobre la alegada vulneración del artículo 76 de la cpp, respecto de las contrataciones públicas

§8. Sobre la alegada vulneración del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad

§9. Sobre la alegada vulneración del artículo 51 de la cpp

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 27 días del mes de setiembre de 2022, reunido el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados: Morales Saravia (Presidente); Pacheco Zerga (Vicepresidente), Ferrero Costa, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Pacheco Zerga y Monteagudo Valdez, que se agregan.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 26 de julio de 2021, el Procurador Público Especializado en materia constitucional del Poder Ejecutivo interpuso demanda de inconstitucionalidad contra la totalidad de la Ley 31125, “Ley que declara en emergencia el Sistema Nacional de Salud y regula su proceso de reforma”, publicada el 19 de febrero de 2021 en el diario oficial “El Peruano”. Alega que la ley impugnada contraviene los artículos 2.14, 9, 43, 51, 76, 77, 78, 79, 118.3, 118.17 y 118.24; 119, 168, 188, 189, 191 y 192 de la Constitución Política.

Por su parte, con fecha 07 de octubre de 2021, el Apoderado Especial del Congreso de la República contesta la demanda contradiciéndola en todos sus extremos y solicitando que sea declarada infundada.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

B-1. DEMANDA

La parte demandante presenta una serie de argumentos sobre la constitucionalidad de la ley impugnada que, a manera de resumen, se presentan a continuación:

- El Procurador Público Especializado en materia constitucional del Poder Ejecutivo sostiene que los artículos 1, 2, 3 y 4 de la Ley

31125, vulneran el principio de separación de poderes desde la perspectiva del criterio de cooperación entre órganos constitucionales, por cuanto ha sido emitida al margen de la interacción que debe existir entre el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo para expedir normas que tienen impacto en la política nacional de salud.

- Señala que referidas normas que declaran en emergencia el sistema nacional de salud y disponen implementar diversas medidas, transgreden la competencia que ostenta el Poder Ejecutivo como responsable de determinar, diseñar, conducir, normar y supervisar en materia de salud. A juicio del demandante, esta facultad estaría regulada a través de los artículos 9, 118, incisos 3 y 24; y 119 de la Constitución; los artículos 4, 6, 11, 22, la Cuarta Disposición Complementaria y la Primera Disposición Final de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (en adelante, LOPE); y demás normas.
- Añade que el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Salud (MINSA), es titular de las competencias antes descritas, así como de la dirección y gestión de los servicios públicos relacionados con aquellas. Por ende, sostiene que dichas funciones exceden el ámbito competencial del Poder Legislativo.
- Por otro lado, advierte que con la emisión del artículo 5 y las disposiciones complementarias finales Sexta, Séptima, Octava, Novena, Décima y Décima Primera, el Congreso de la República ha introducido una modificación no formal en el presupuesto público vulnerando distintos principios presupuestales reconocidos por la Constitución.
- Respecto de ello, señala, en primer lugar, que tales disposiciones contravienen el principio de programación presupuestal ya que implican la realización de gastos que no han sido programados, es decir, sin cumplir con el procedimiento establecido legalmente para tal finalidad.
- En segundo término, indica que estas normas generarían demandas de recursos adicionales al tesoro público atentando contra el principio de equilibrio y estabilidad presupuestaria; y la prohibición de iniciativa de gasto por parte de los congresistas.

- En tercer lugar, alega que la Ley 31125 no fue resultado de una iniciativa legal planteada por el Poder Ejecutivo sino de proyectos de ley presentados por diversas organizaciones políticas al interior del Congreso de la República. De igual forma, agrega que para estas medidas no fue prevista la intervención del Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). Finalmente, añade que mediante el Oficio 88-2020-PR, se puso en conocimiento del presidente del Congreso las Observaciones a la Autógrafa de la Ley, en donde se expone la alegada afectación de las competencias del Poder Ejecutivo en materia de administración de la hacienda pública.
- En la demanda también se sostiene que el artículo 6, inciso 2 de la ley impugnada prevé que los gobiernos regionales pueden utilizar el procedimiento de selección denominada adjudicación simplificada para distintas contrataciones, sin considerar que esta solo puede utilizarse para contrataciones públicas de menor complejidad o envergadura siendo incompatible con los principios de la contratación pública (artículo 76 de la Constitución) y la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional.
- Con respecto a la creación de una comisión mixta encargada de formular un anteproyecto de ley para la reforma del Sistema Nacional de Salud, según lo dispuesto por la Primera, Segunda y Tercera disposiciones complementarias finales, el demandante refiere que involucraría una indebida intervención del Poder Legislativo en materias y funciones que se encuentran bajo competencias atribuidas expresamente al Poder Ejecutivo.
- De otro lado, cuestiona el artículo 4, inciso 7 de la Ley 31125 debido a que establece que en un estado de excepción producto de pandemias, el Ministerio de Salud (MINSA) asume la conducción administrativa de las direcciones regionales de salud, gerencias regionales de salud y sanidades de las Fuerzas Armadas (FF.AA.) y la Policía Nacional del Perú (PNP).
- Advierte que dicha disposición implica una medida que vulnera la autonomía de los gobiernos regionales y desnaturaliza el proceso de descentralización, a la misma vez que contraviene la reserva de ley en materia de organización y funciones de las FF.AA. y la PNP, que comprende a los órganos especializados en brindar atención en

materia de salud a sus integrantes, conllevando a una vulneración de los artículos 168, 188, 189, 191 y 192 de la Constitución.

- Para el Procurador del Poder Ejecutivo, el artículo 5.2 de la Ley 31125, vulnera la libertad de contratación (artículo 2 inciso 14 de la Constitución), por cuanto afecta la autodeterminación de las entidades del sector salud para decidir la celebración del contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante.
- Por otra parte, alega que la Décima Disposición Complementaria Final de la Ley 31125 es inconstitucional en tanto autoriza el ingreso automático de determinados servidores a un régimen laboral en el Estado de forma permanente. Refiere que dicha medida vulnera el principio constitucional de igualdad en el acceso a la función pública.
- Asimismo, solicita tener presente lo resuelto en la Sentencia 0011-2020-PI/TC, donde se concluyó que el nombramiento automático, los ascensos y demás medidas previstas en la Ley 31039 vulneraban las normas constitucionales antes mencionadas.
- Finalmente, sostiene que la Ley 31125 contraviene el artículo 51 de la Constitución, toda vez que contiene disposiciones que no resultan compatibles con el orden jurídico, los principios de coherencia normativa, subordinación escalonada y jerarquía normativa. Por ello, añade que los extremos de la ley que no han sido objeto de impugnación específica en la demanda también deben ser declarados inconstitucionales por conexidad.

B-2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

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

- El Apoderado Especial del Congreso de la República alega que para la expedición de la Ley 31125 hubo permanente interacción entre los poderes a partir de una serie de iniciativas que fueron remitidas a la Comisión de Salud y Población para el dictamen respectivo.
- Señala que en el trámite de los Proyectos de Ley 4927/2020-CR, 5097/2020-CR, 5037/2020-CR, 5214/2020-CR, 5220/2020-CR, 5268/2020-CR y 5181/2020-CR se solicitó la opinión de diversas

entidades, entre ellas al Poder Ejecutivo, tales como EsSalud, Ministerio de Salud (MINSA), Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), así como al Colegio Médico del Perú y a la Federación Médica del Perú.

- La observación que el Poder Ejecutivo formuló a la autógrafa fue remitida a la Comisión de Salud y Población que emitió un dictamen de insistencia en el que se evaluó cada una de las observaciones planteadas, desestimando algunas y allanándose parcialmente respecto de otras. El aludido dictamen resultó finalmente aprobado por el Pleno del Congreso el 11 de febrero de 2021. Posteriormente se produciría la promulgación el 18 de febrero de 2021 y la norma sería publicada el 19 de febrero de 2021.
- El apoderado del Congreso de la República sostiene que queda demostrada la permanente interacción entre la entidad demandada y el Poder Ejecutivo para expedir normas que tienen impacto positivo en la Política Nacional de Salud, como es el caso de la ley impugnada.
- Añade que el Tribunal Constitucional ha señalado que, aquella interacción en el trámite de un procedimiento legislativo no implica que el Congreso tenga la obligación de coincidir con las observaciones del Poder Ejecutivo, ya que ello vulneraría su autonomía constitucional. Sostiene también que el hecho de que el Congreso apruebe por insistencia una ley tampoco implica una vulneración del principio de separación de poderes.
- Sostiene que con los artículos 1, 2, 3 y 4 la Ley 31125 se ha dado cumplimiento al deber del Estado de adoptar todas las medidas posibles, al amparo de los principios de continuidad en la prestación del servicio, eficacia, eficiencia, solidaridad y progresividad, entre otros, que han sido señalados por el Tribunal Constitucional, por lo que con ello no se afecta el principio de separación de poderes.
- Acerca de la supuesta vulneración de la competencia del Poder Ejecutivo respecto a la Política Nacional de Salud, el demandado refiere que dichas disposiciones antes mencionadas establecen medidas que enfatizan y refuerzan la rectoría que ejerce el MINSA en el Sistema Nacional de Salud en el marco de un estado de emergencia

sanitaria a nivel nacional declarada mediante Decreto Supremo 008-2020-SA y prorrogada por los Decretos Supremos 020-2020-SA, 027-2020-SA, 031-2020-SA, 009-2021-SA y 025-2021-SA.

- En cuanto al artículo 5 y las disposiciones complementarias finales sexta, séptima, octava, novena, décima y undécima de la ley 31125, señala que se prevé la intervención del Poder Ejecutivo, a través del MEF, para el financiamiento de su implementación, no atentando de esa forma contra los principios de programación presupuestal, de equilibrio y de estabilidad presupuestal.
- Asimismo, resalta que el Tribunal Constitucional en más de un proceso de inconstitucionalidad difirió los efectos de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad por la forma de una ley, con el fin de brindar oportunidad al Poder Ejecutivo para que incorpore los gastos que no fueron autorizados durante el procedimiento legislativo, por lo que no se atendería contra la prohibición de iniciativa de gasto por parte de los Congresistas.
- De igual manera, refiere que el Poder Ejecutivo debe ejercer su competencia de administrar la hacienda pública, teniendo en consideración la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, de acuerdo a lo establecido en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.
- Por otro lado, el demandado alega que el artículo 6, inciso 2 de ley impugnada no pretende exonerar a los gobiernos regionales del cumplimiento de los principios, formas y procedimientos establecidos por la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado (LCE). Por el contrario, afirma que los procesos de selección correspondientes a concursos y licitaciones públicos para el mejoramiento, ampliación, equipamiento y construcción de infraestructura, que los gobiernos regionales decidan continuar bajo el procedimiento de adjudicación simplificada durante la declaratoria de emergencia del sistema de salud, seguirán sometidos a los principios de competencia, eficiencia, transparencia y trato igualitario previstos en la LCE.
- Respecto al cuestionamiento de las Disposiciones Complementarias Finales Primera, Segunda y Tercera de la Ley 31125, el Aporado Especial del Congreso de la República reitera que estas disposiciones tienen por finalidad materializar y dar cumplimiento al

principio de cooperación entre órganos, como rasgo que identifica al principio de separación de poderes, según lo desarrollado en la Sentencia 0006-2019-CC/TC.

- Por ello, esta parte descarta que tales disposiciones supongan una intervención indebida en las competencias atribuidas por la Constitución al Poder Ejecutivo.
- De otro lado, señala que con la aprobación del artículo 4, inciso 7 de la Ley 31125, se buscó que la medida sea temporal, excepcional y extraordinaria, con el propósito de que no vulnere la autonomía de los gobiernos regionales, ni desnaturalice el proceso de descentralización.
- Por consiguiente, alega que dicha norma establece la función específica de acompañamiento activo temporal del MINSA a la gestión de la autoridad regional o local, en el caso de existir una necesidad pública, emergencia sanitaria o desastre.
- Agrega que el Poder Ejecutivo, en la observación a la autógrafa de la ley impugnada, recomendó una precisión en la redacción de la norma y reconoció la viabilidad de que el MINSA, durante el estado de emergencia a causa de catástrofe o circunstancias que atenten contra la vida de la Nación, relacionadas con una emergencia sanitaria declarada, quede facultado para asumir temporalmente las direcciones regionales de salud, las gerencias regionales de salud y las que hagan sus veces, para el cumplimiento de las política de salud, normas y actos administrativos y la gestión de los servicios de salud de su competencia.
- Precisa que, de conformidad, con los principios de conservación de la ley e *in dubio pro legislatore* democrático, debe desestimarse el cuestionamiento del artículo 4.7 de la ley impugnada respecto a la alegada vulneración de la autonomía de los gobiernos regionales y del proceso de descentralización, dado que cuenta por lo menos con una interpretación conforme a la Constitución.
- Así, señala que, según esta última interpretación, el MINSA única y excepcionalmente, durante un estado de emergencia que amerite la declaración de una emergencia sanitaria por la autoridad competente, a consecuencia de una pandemia, está facultado para asumir la conducción administrativa de las direcciones regionales de salud,

gerencias regionales de salud o las que hagan sus veces, y de las sanidades de las fuerzas armadas y policiales. En tal sentido, aquella conducción tendrá carácter transitorio mientras dure el estado de emergencia.

- Añade asimismo que la disposición impugnada no interfiere con las funciones y organización de las FF.AA. de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y que, en realidad, no constituye una medida que contravenga la reserva de ley en materia de organización y funciones de las FF.AA. y PNP.
- El Procurador del Congreso de la República alega que con el artículo 5, inciso 2, que dispone medidas para mejorar los recursos humanos en salud, no se atenta contra la libertad de contratación debido a que el Estado ha ejercido su potestad normativa para establecer limitaciones a las facultades del derecho a la libre contratación, las cuales no han sido declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, en casos en que tales limitaciones han tenido como objetivo proteger los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud, a la pensión y a la intimidad, o promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia.
- Añade que, la prohibición de contratar profesionales, técnicos o auxiliares asistenciales de la salud, bajo la modalidad de contrato por servicios prestados por terceros, servicios no personales o de locación de servicios en el MINSA y otros organismos públicos, tiene como principal objetivo impedir que el empleador, que es el Estado, encubra una relación laboral celebrando contratos civiles.
- Precisa que dicha disposición de la Ley 31125, se encuentra alineada con el objetivo prioritario de disminuir la inequidad de recursos humanos en salud (RHUS) a nivel nacional y coadyuva a fortalecer las competencias profesionales y humanas. Añade, que este artículo forma parte de aquellas medidas legislativas necesarias para dar cumplimiento a las invocaciones y requerimientos formulados durante la 69° Asamblea Mundial de la Salud, que se llevara a cabo en Ginebra entre el 23 y el 28 de mayo de 2016⁶⁴.

⁶⁴ Organización Mundial de la Salud, 69° Asamblea Mundial de la Salud, Ginebra 23-28 de mayo de 2016, Resoluciones y Decisiones, Anexos. Recuperado de <https://apps.who>.

- Por último, respecto de la Décima Disposición Complementaria Final de la Ley 31125, advierte que busca tutelar el derecho al trabajo y la dignidad del personal de salud contratado en condición de suplencia bajo el régimen del Decreto Legislativo 728.
- Además, indica que se está garantizando que EsSalud, en el ejercicio de su potestad discrecional de contratar personal, no incurra en la arbitrariedad de continuar contratando bajo la figura de suplencia a plazo fijo, luego de haberse superado el plazo de cinco años ininterrumpidos.
- Finalmente, alega que esta última disposición supera el test de -proporcionalidad y concluye en que no establece una medida excesiva o desproporcionada.

B.3. INTERVENCIÓN DE TERCERO

Mediante el auto de fecha 27 de enero de 2022 el Tribunal Constitucional incorporó como tercero al Sindicato Nacional de Enfermeras del Seguro Social de Salud del Perú (SINESSS).

II. FUNDAMENTOS

§1. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA

1. En el presente caso se cuestiona la constitucionalidad de la totalidad de la Ley 31125, “Ley que declara en emergencia el Sistema Nacional de Salud y regula su proceso de reforma”, por contravenir los artículos 2.14; 9, 43, 51, 76, 77, 78, 79 (primer párrafo), 118.3, 118.17, 118.24, 119, 168, 188, 189, 191 y 192 de la Constitución, así como los artículos 23.1, literal “c”, de la CADH y 25, literal “c” del PIDCP, sobre el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad.
2. Así, este Tribunal aprecia que, en el presente proceso, la parte demandante cuestiona la Ley 31125, por haber incurrido, a su criterio, en diversos vicios de inconstitucionalidad por el fondo.

int/gb/ebwha/pdf_files/WHA69- REC1/A69_2016_REC1-sp.pdf. Consulta realizada el 8 de agosto de 2022.

3. Dicha ley declara temporalmente la emergencia del Sistema Nacional de Salud y tiene como objeto regular el proceso de su reforma. Para ello, establece diversas medidas y lineamientos para su aplicación e implementación, relacionadas con diferentes aspectos en materia de salud, entre los que cabe destacar:
 - i. La rectoría del Minsa;
 - ii. Las coordinaciones entre los organismos competentes;
 - iii. La conformación de una Comisión Mixta para elaborar un anteproyecto de ley sobre la reforma del Sistema Nacional de Salud;
 - iv. La elaboración de un plan de infraestructura en el sector salud;
 - v. Derechos laborales y sociales de los trabajadores del sector salud; y,
 - vi. El financiamiento de la ley
4. De acuerdo con lo expresado en la demanda de autos, este Tribunal advierte que los cuestionamientos realizados a las disposiciones de la ley impugnada son los siguientes:

Disposiciones impugnadas	Parámetro de control
• Artículo 1, sobre el objeto de la Ley • Artículo 2, sobre la declaratoria de emergencia • Artículo 3, sobre los ámbitos de intervención de la emergencia • Artículo 4, sobre las medidas para consolidar la rectoría del Ministerio de Salud	i) El artículo 43 de la CPP, que reconoce el principio de separación de poderes y, en concreto, la obligación de cooperación entre órganos constitucionales. ii. El artículo 9 de la CPP, sobre las obligaciones del Estado respecto al derecho de salud. iii) Los artículos 118.3 y 118.24 de la CPP, sobre la competencia del Poder Ejecutivo para dirigir la política general del Gobierno. iv) El artículo 119 de la CPP, sobre la competencia del Poder Ejecutivo en la gestión y dirección de los servicios públicos.
• Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Complementarias Finales, sobre la Comisión la Reforma del Sistema de Salud	i) El artículo 9 de la CPP, sobre las obligaciones del Estado respecto al derecho de salud. ii) Los artículos 118.3 y 118.24 de la CPP, sobre la competencia del Poder Ejecutivo para dirigir la política general del Gobierno. iii) El artículo 119 de la CPP, sobre la competencia del Poder Ejecutivo en la gestión y dirección de los servicios públicos.

Disposiciones impugnadas	Parámetro de control
• Artículo 4.7, sobre la conducción del MINSA durante un estado de excepción generado por pandemias	i) El artículo 168 de la CPP, la organización y funciones de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú a través de leyes y reglamentos. ii) Los artículos 188, 189, 191 y 192 de la CPP, sobre el proceso de descentralización y la autonomía de los gobiernos regionales.
• Artículo 5, medidas para mejorar los recursos humanos en salud • Sexta, Séptima, Octava, Novena, Décima y Décimo Primera Complementaria Final, sobre aspectos presupuestarios relacionados con la aplicación de la ley	i) El artículo 77 de la CPP, que reconoce el principio de programación presupuestal. ii) El artículo 78 de la CPP, que reconoce el principio de equilibrio y estabilidad presupuestaria. iii) El artículo 79 de la CPP, que prohíbe a los congresistas crear o aumentar gasto público. iv) El artículo 118.17 de la CPP, sobre la competencia del Poder Ejecutivo de administrar la hacienda pública.
• Artículo 5.2, sobre prohibición de contratación de personal de salud	i) El artículo 2.14 de la CPP, sobre la libertad de contratación
• Artículo 6.2, sobre facultades a los gobiernos regionales	i) El artículo 76 de la CPP, sobre los mecanismos de contratación administrativa
• Décima Disposición Complementaria Final, sobre personal de suplencia de Essalud	i) El artículo 23.1, literal “c”, de la CADH y ii) el artículo 25, literal “c” del PIDCP sobre el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad
• Totalidad de la Ley 31125	i) El artículo 51 de la CPP, sobre la supremacía constitucional y jerarquía normativa

- Con relación a lo que aquí se discutirá, debe tenerse presente que el artículo 2 de la ley impugnada declaró en emergencia el Sistema Nacional de Salud, por el período de doce meses, contados a partir de su entrada en vigencia. Dicho plazo podía ser prorrogado por única vez por el Poder Ejecutivo.
- En este caso, se advierte que la Ley 31125 fue publicada en el diario oficial “El Peruano” el 19 de febrero de 2021. Ahora bien, al momento de la expedición de la presente sentencia, no fluye del Expediente correspondiente al presente proceso que dicho plazo haya sido ampliado u objeto de prórroga.
- No obstante, lo anterior no implica que no se continúen desplegando efectos derivados de la aplicación de las disposiciones cuestionadas en el presente caso.

8. Antes bien, este Tribunal entiende que la ley impugnada continúa surtiendo efectos respecto de los hechos, situaciones y relaciones jurídicas realizadas durante la vigencia de la declaratoria de emergencia del Sistema Nacional de Salud.
9. Como es evidente, las disposiciones que presuntamente afectan los principios constitucionales invocados por la parte demandante siguen surtiendo efectos respecto de las actuaciones llevadas a cabo en cumplimiento de la Ley 31125.
10. Por ello, este Tribunal descarta que en el presente caso se haya producido la sustracción de la materia.
11. En consecuencia, corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto respecto de los vicios alegados en la demanda, determinando si la ley cuestionada es conforme o no con los principios, reglas y valores indicados como parte del parámetro de control.

§2. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES Y, ESPECÍFICAMENTE, DEL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN ENTRE PODERES

12. La parte demandante alega que la ley impugnada ha vulnerado el artículo 43 de la Constitución que consagra el principio de separación de poderes. De manera específica, se sostiene en la demanda que dicha ley habría incumplido las exigencias del principio de cooperación entre poderes al haber sido expedida sin considerar la interacción que debe existir entre el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo en la expedición de normas que impactan en la política nacional de salud.
13. Al respecto, de acuerdo con la demanda, dicha vulneración se desprendería, específicamente, de lo establecido en los artículos 1 al 4 de la ley impugnada.
14. Conforme a lo indicado previamente, tales artículos desarrollan:
 - i. el objeto de la Ley (art. 1);
 - ii. la declaratoria de emergencia (art. 2);
 - iii. los ámbitos de intervención de la emergencia (art. 3);
 - iv. las medidas para consolidar la rectoría del MINSA (art. 4).

15. Efectivamente, el artículo 1 establece que la ley tiene por objeto declarar en emergencia el Sistema Nacional de Salud, así como regular el proceso de su reforma, al tratarse de una necesidad pública de carácter impostergable, a fin de revertir la aguda crisis por la que atraviesa la gestión de los establecimientos y redes prestacionales de salud, integrantes del Sistema Nacional de Salud.
16. Por su parte, el artículo 2 establece el plazo de duración de dicha declaratoria, que es de 12 meses, contados a partir de la vigencia de la ley, admitiendo la posibilidad de que sea ampliada por el Poder Ejecutivo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.
17. En el artículo 3 la norma impugnada desarrolla un conjunto de intervenciones institucionales, legislativas, operativas y presupuestales destinadas a consolidar y fortalecer:
 - i) La rectoría, a cargo del Ministerio de Salud.
 - ii) La organización de la prestación de los servicios de salud en los diferentes niveles de atención.
 - iii) La gestión de los recursos humanos e infraestructura y equipamiento.
 - iv) La articulación interinstitucional y el equipamiento del sistema de respuesta y prestación en salud.
18. Finalmente, en el artículo 4 se han establecido diversas medidas que buscarían consolidar la rectoría del MINSA. Al respecto, se puede distinguir entre los lineamientos establecidos en los incisos 1 al 6, de lo establecido en el inciso 7, donde se recoge el supuesto relacionado con un *Estado de Excepción generado por pandemias*.
19. Ahora bien, corresponde determinar si tales disposiciones, abstractamente consideradas, conllevan a la vulneración del principio de cooperación entre poderes.
20. El artículo 43 de la Constitución establece que el gobierno del Estado “es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”.
21. Dicha disposición contiene un principio fundamental para el orden jurídico establecido por la Constitución de 1993, cuyo objeto

central es organizar y estructurar la dinámica e interrelación entre los poderes del Estado.

22. Con relación a este principio, el Tribunal Constitucional ha dejado establecido en el fundamento 56 de la Sentencia 0006-2018-PI/TC ciertos rasgos que identifican al núcleo duro de dicho principio: i) el principio de separación de poderes propiamente dicho, ii) el principio de balance de poderes, iii) el principio de cooperación de poderes y iv) el principio de solución democrática.
23. En primer término, este Tribunal ha indicado que el *principio de separación de poderes propiamente dicho* se refiere a la autonomía funcional y a la distribución de diferentes competencias de los poderes del Estado, así como atribuciones de los órganos constitucionales autónomos.
24. Así, en virtud de este principio se reconoce la división de poderes, como también se prevén formas razonables para la resolución de las controversias o tensiones que eventualmente surjan entre tales poderes y órganos (fundamento 56).
25. Otro principio dimanante es el de *balance de poderes*, que da cuenta de la existencia de mecanismos de coordinación, de control recíproco y equilibrio entre dichos sujetos constitucionales. Al respecto, este Tribunal sostuvo que “la regulación, el ejercicio e incluso la interpretación de los alcances de los mecanismos de coordinación, de control recíproco o de equilibrio entre poderes no pueden realizarse alterando o desnaturalizando el balance que ha buscado asegurar la Constitución, y que es parte medular de nuestro modelo” (fundamento 56).
26. En cuanto al *principio de cooperación entre poderes*, este Tribunal ha subrayado en la mencionada sentencia la orientación finalista o teleológica del ejercicio de las competencias y atribuciones de los poderes y órganos constitucionales, que no es otra que el cumplimiento de los fines del Estado y la concreción de los principios y mandatos constitucionales, considerando especialmente aquellos recogidos, entre otros, en los artículos 1, 3, 38, 43, 44 y 45 de la Norma Fundamental (fundamento 56).
27. A su vez, de este también emana el principio de “lealtad constitucional”, que “además del respeto a las competencias y funciones

ajenas, orienta el comportamiento de los actores estatales hacia la consecución del bien común, que debe ser el fin último de la política” (fundamento 56).

28. Por último, según la referida sentencia, del principio de separación de poderes emana también *el principio de solución democrática*, que debe orientar la superación de los entrapamientos institucionales, crisis políticas o conflictos en las relaciones entre los poderes públicos (fundamento 56).
29. En suma, el principio de separación de poderes no solo se materializa a través de la distribución de competencias, sino que también se efectiviza mediante el balance de poderes, la cooperación y la solución democrática de los conflictos.
30. Ahora bien, en lo que aquí interesa, este Tribunal debe determinar si el principio de cooperación entre poderes ha sido vulnerado con la expedición de la ley impugnada.
31. Al respecto, este Tribunal estima pertinente destacar que, en nuestro diseño constitucional, el Congreso de la República goza de autonomía para cumplir con la función legislativa establecida en el artículo 102.1 de la Constitución.
32. Este Tribunal tiene dicho que, en ejercicio de esta atribución, el Poder Legislativo puede regular y expedir normas con rango de ley sobre una amplia diversidad de materias, con los límites que la propia Constitución dispone.
33. Ahora bien, durante el procedimiento de expedición de leyes, el Poder Ejecutivo cuenta con la facultad de observarlas, según el procedimiento y plazo previstos en el artículo 108 de la Constitución. Al respecto, dicha disposición constitucional establece que:

La ley aprobada según lo previsto por la Constitución se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda.

Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la ley aprobada en el Congreso, las presenta a éste en el mencionado término de quince días.

Reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

34. Así, conforme a la Constitución, el Congreso tiene la facultad de considerar o no las observaciones realizadas en todo o en parte a las autógrafas de ley. Asimismo, la propia Constitución ha facultado al Presidente del Congreso a promulgar la ley reconsiderada, con el voto de más de la mitad del número legal de parlamentarios.
35. De lo anterior se desprende que el Congreso de la República no se encuentra obligado a coincidir con las observaciones que realiza el Presidente de la República, en todo o en parte, a las autógrafas de ley.
36. En efecto, como ya se señaló en la Sentencia 0018-2021-PI/TC: “un razonamiento contrario implicaría desconocer las facultades legislativas asignadas por la Constitución al Congreso de la República” (fundamento 145).
37. En todo caso, la obligación de cooperación entre los órganos constitucionales, con base en la separación de sus correspondientes funciones, no significa, en ningún caso, que el Congreso esté obligado o constreñido a convalidar las observaciones a las autógrafas de ley que haga el Presidente de la República.
38. Así las cosas, si el Congreso no se allana ante ellas en el trámite de aprobación de una ley que ha sido observada, este solo hecho no supone una afectación del principio de separación de poderes o, específicamente, del principio de cooperación.
39. Esta última lectura vaciaría de contenido la libre configuración de la ley que asiste al legislador democrático, de acuerdo al artículo 102.1 de la Constitución, mencionado *supra*.
40. En el presente caso, este Tribunal aprecia que la ley impugnada tuvo como origen diversos proyectos de ley presentados, a iniciativa parlamentaria, como son los Proyectos 4927/2020-CR, 5097-CR,

5037/2020, 5214/2020, 5220/2020, 5252/2020, 5268/2020 y 5181/2020-CR⁶⁵.

41. Dichos proyectos fueron dictaminados en la Comisión de Salud y Población y en la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, según sus correspondientes materias. Ahora bien, este Tribunal tiene en cuenta que la autógrafa de ley fue observada por el Poder Ejecutivo, lo que fue discutido en la Comisión de Salud y Población, que emitió el correspondiente dictamen de insistencia⁶⁶.
42. En dicho Dictamen se aprecia que, si bien la mayoría de las observaciones fueron desvirtuadas, en cambio, los legisladores se allanaron parcialmente respecto a las observaciones realizadas al texto de la Sexta y Undécima Disposiciones Complementarias Finales, establecidos en la autógrafa de ley.
43. La primera observación estuvo relacionada con la previa coordinación del plan de infraestructura en salud, que el MINSA no solo debía realizar con los Gobiernos Regionales, sino también con la Dirección General de Programación Multianual de Inversiones (DGPMI) del Ministerio de Economía y Finanzas. La segunda observación, a su vez, se refirió a la no incorporación de un plazo específico para el incremento del presupuesto público destinado al sector salud.
44. Sin embargo, el hecho de que la aprobación por insistencia de la autógrafa de la ley impugnada por parte del Congreso no haya considerado todas las observaciones formuladas por el Presidente de la República o, más precisamente, solo las haya acogido parcialmente, no vulnera el principio de separación de poderes que estructura el Estado peruano, contemplado en el artículo 43 de la Constitución.

65 Congreso de la República. Expediente Virtual de la Ley 31125. Recuperado de: https://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/Expvirt_2011.nsf/visbusqprtramdoc1621/04927?opendocument. Consulta realizada el 8 de agosto de 2022.

66 Congreso de la República. Dictamen de insistencia recaído en las observaciones del poder ejecutivo a la autógrafa de ley que declara en emergencia el sistema nacional de salud y regula su proceso de reforma. Recuperado de: https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/04927DC21_MAY20200806.pdf. Consulta realizada el 8 de agosto de 2022.

45. Precisamente, conforme se señaló *supra*, dicha conclusión tiene sustento en el último párrafo del artículo 108 de la Constitución, en cuanto faculta al Presidente del Congreso de la República a promulgar la ley reconsiderada, cumpliendo con el número de votos exigido por la Norma Fundamental.
46. De dicha disposición se desprende que, con la mayoría indicada, el Congreso de la República puede insistir en la aprobación de una iniciativa legislativa, aunque naturalmente, la constitucionalidad de la norma así aprobada puede ser controlada por este Tribunal.
47. Queda claro entonces que el Poder Legislativo no se encuentra obligado a expedir una ley conforme a lo planteado por el Poder Ejecutivo en las eventuales observaciones que realice a una autógrafa de ley y que debe observar el límite impuesto por los principios incorporados en la Constitución.
48. Siendo ello así, corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.

§3. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DEL PODER EJECUTIVO EN MATERIA DE SALUD, SEGÚN LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 9, 118.3, 118.24 Y 119 DE LA CONSTITUCIÓN Y EN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

49. La parte demandante alega que los artículos 1 al 4 así como la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Complementarias Finales de la ley impugnada vulneran lo dispuesto en los artículos 9, 118.3, 118.24 y 119 de la Constitución, en relación con las competencias del Poder Ejecutivo en materia de salud, desarrolladas principalmente, a su criterio, en los artículos 4, 6, 11, 22, en la Cuarta Disposición Complementaria y en la Primera Disposición Final de la LOPE.
50. Indicado lo anterior, este Tribunal aprecia que los artículos 1 al 3 establecen el marco de la emergencia declarada por el Congreso. Se trata de disposiciones que delimitan el ámbito temporal y material de dicha declaratoria.
51. Por su parte, en el artículo 4 se han establecido medidas que pretenden dotar de contenido y alcances a la declaratoria aludida *supra*.

Dicho artículo hace referencia a medidas que el legislador ha implementado, aparentemente, con miras a robustecer la calidad de órgano rector del sistema de salud, que ostenta el MINSA, entidad adscrita al Poder Ejecutivo.

52. Efectivamente, los incisos 1 al 7 de dicho artículo disponen que:

- 4.1 El Ministerio de Salud ejercerá la rectoría del Sistema Nacional de Salud, de conformidad con lo establecido en el Decreto Legislativo 1161, Decreto Legislativo que Aprueba la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Salud, la Ley 30423, Ley que establece medidas para fortalecer la autoridad de salud de nivel nacional, con el fin de garantizar la prevención, control de riesgos y enfermedades de la población, la Ley 30895, Ley que fortalece la función rectora del Ministerio de Salud, así como de las disposiciones contenidas en la presente ley. En tal virtud, le compete regular, coordinar, conducir y controlar el Sistema, para la correcta ejecución de las políticas de salud y a través de él articular a todos los prestadores de servicios de salud.
- 4.2 Los miembros del Sistema Nacional de Salud orientan sus acciones hacia la ampliación de la cobertura de los servicios de salud a la población en los tres niveles de atención, sobre la base del establecimiento de las redes integradas de servicios de salud, a que se refiere la Ley 30885, Ley que establece la conformación y el funcionamiento de las Redes Integradas de Salud (RIS).
- 4.3 El Ministerio de Salud desarrolla e implementa políticas de salud articuladas, programas integrales y acciones de promoción, protección, diagnóstico, tratamiento oportuno, recuperación y rehabilitación de la salud de sus usuarios.
- 4.4 El Ministerio de Salud organiza la prestación de los servicios según niveles de complejidad definidos y áreas territoriales para todo el sistema de salud.
- 4.5 El Ministerio de Salud, en coordinación y de manera concertada con las demás instituciones integrantes del Sistema de Salud, busca el aprovechamiento racional de los recursos humanos, materiales, financieros y de la capacidad sanitaria instalada y por instalarse.

- 4.6 El Ministerio de Salud promueve el desarrollo profesional continuo de los recursos humanos para la salud, el trabajo en equipos interdisciplinarios y la investigación en salud.
- 4.7 En un estado de excepción producto de pandemias, el Ministerio de Salud asume la conducción administrativa de las direcciones regionales de salud, gerencias regionales de salud o las que hagan sus veces y de las sanidades de las fuerzas armadas y policiales, respecto del cumplimiento de la política de salud, normas y actos administrativos y la gestión de los servicios de salud de su competencia. La responsabilidad administrativa y la vigencia de la designación son durante la situación de la pandemia, atribución de la autoridad nacional de salud.
53. Ahora bien, con relación a este último inciso, este Tribunal advierte que, en principio, la norma específicamente presupone la existencia de un supuesto fáctico y otro jurídico.
54. En cuanto al supuesto fáctico de la norma, esto es, la pandemia, esta se refiere a una situación de hecho caracterizada por una grave afectación de la salud pública determinada a nivel internacional.
55. Ahora bien, luego de que se haya declarado la existencia de tal suceso en la realidad, el Estado peruano, a nivel interno, puede dar una respuesta jurídica a dicha situación sanitaria, declarando un Estado de Excepción, y específicamente, un Estado de Emergencia, como ha ocurrido recientemente.
56. Dicha declaratoria, evidentemente, deberá respetar lo establecido en el artículo 137 de la Constitución y demás disposiciones del ordenamiento jurídico nacional.
57. Por otro lado, junto a los artículos ya detallados *supra*, se cuestionan también en la demanda las siguientes disposiciones de la Ley 31125:

PRIMERA. Comisión para la reforma del Sistema Nacional de Salud Créase una comisión mixta encargada de formular un anteproyecto de ley para la reforma del Sistema Nacional de Salud en un plazo no mayor de ciento veinte (120) días calendario, a partir de la vigencia de la presente ley.

La comisión mixta referida en el párrafo precedente está conformada por cinco (5) representantes de la Comisión de Salud y Población del Congreso de la República, uno de los cuales la presidirá, tres (3) representantes del Poder Ejecutivo, un (1) representante titular de la Asamblea Nacional de Gobiernos Regionales, un (1) representante de EsSalud, un (1) representante de la sanidad de las Fuerzas Armadas, un (1) representante de la sanidad de la Policía Nacional del Perú, un (1) representante de la Asociación de Clínicas Particulares y un (1) representante de la Defensoría del Pueblo.

SEGUNDA. Designación de representantes a la comisión mixta

Los miembros integrantes del Poder Ejecutivo que conforman la comisión mixta designan a sus representantes mediante resolución de su titular. Las demás entidades designan a sus representantes mediante oficio dirigido a la presidencia de la comisión mixta, en un plazo máximo de dos (2) días hábiles siguientes a la publicación de la presente ley.

La comisión mixta se instala en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles siguientes a la publicación de la presente ley. La participación de los integrantes de la comisión mixta es ad honorem.

TERCERA. Órgano consultivo

La comisión mixta contará con un órgano consultivo conformado por un (1) representante por cada colegio profesional de los profesionales de la salud, un (1) representante de las facultades de ciencias de la salud de las universidades públicas, un (1) representante de las facultades de ciencias de la salud de las universidades privadas y un (1) representante de los usuarios de salud, quienes harán las coordinaciones y sus aportes respecto a la reforma del Sistema Nacional de Salud.

58. Como puede apreciarse, estas disposiciones se refieren a la conformación de una Comisión para la elaboración de un anteproyecto de ley con miras a llevar a cabo la reforma del Sistema Nacional de Salud.

59. Según tales disposiciones, dicha Comisión se encuentra conformada, principalmente, por diversas autoridades de instituciones del sector Salud, entre las que se encuentran los representantes del Poder Ejecutivo. Al respecto, se prevé que las actividades de dicha Comisión se realicen en un plazo no mayor a 120 días calendario, luego de su entrada en vigencia.
60. De manera complementaria, se precisan otros aspectos como el mecanismo de designación de los representantes de tales autoridades, el plazo de instalación, el carácter *ad honorem* de los servicios prestados, así como la constitución de un órgano consultivo de apoyo, proveniente de los colegios profesionales, de las universidades y de los usuarios.
61. Siendo ello así, lo que se encuentra en cuestión en el presente caso es si lo establecido por el legislador en la norma sometida a control, sobre aspectos relacionados con la declaratoria de emergencia del Sistema Nacional de Salud y con la implementación de una Comisión Mixta para la elaboración de un anteproyecto de ley sobre la reforma de dicho sistema, vulneran las competencias del Poder Ejecutivo, respecto al diseño, conducción, normación y supervisión de la política nacional de salud y a la dirección y gestión de los servicios públicos en esta materia.
62. Con relación a ello, debe destacarse, en primer lugar, que dichas competencias forman parte del marco constitucional de configuración de un derecho social fundamental o de primer orden, como es el derecho a la salud.
63. Dentro de dicho marco constitucional, se encuentra el artículo 9, según el cual:

“El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud”.
64. A su vez, los artículos 118.3, 118.24 y 119 establecen lo siguiente:

Artículo 118: Atribuciones del Presidente de la República: Corresponde al Presidente de la República:

(...)

3. Dirigir la política general del Gobierno. (...)

24. Ejercer las demás funciones de gobierno y administración que la Constitución y las leyes le encomiendan.

Artículo 119:

La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo.

65. Asimismo, el legislador ha desarrollado dicho marco constitucional en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) cuyo artículo cuarto establece que:

“El Poder Ejecutivo tiene las siguientes competencias exclusivas:

1. Diseñar y supervisar políticas nacionales y sectoriales, las cuales son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno.

Las políticas nacionales definen los objetivos prioritarios, los lineamientos, los contenidos principales de las políticas públicas, los estándares nacionales de cumplimiento y la provisión de servicios que deben ser alcanzados y supervisados para asegurar el normal desarrollo de las actividades públicas y privadas. Las políticas nacionales conforman la política general de gobierno [...]”.

66. Por otra parte, la Constitución ha establecido que, dentro de las atribuciones del Poder Legislativo, se encuentren las de expedir leyes, en diversos ámbitos y materias, más aún si estas se hallan relacionadas con el desarrollo y promoción de derechos fundamentales o con aspectos vinculados a la prestación de servicios públicos, entre otros.

67. En efecto, la Constitución ha establecido que el Congreso cuenta, entre otras, con las siguientes atribuciones:

Artículo 102.- Atribuciones del Congreso Son atribuciones del Congreso:

1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.

(...)

10. Ejercer las demás atribuciones que le señala la Constitución y las que son propias de la función legislativa.
68. Por ello, nada impide que se expidan leyes en materia de salud y/o del fortalecimiento y reforma del sistema de salud. El ejercicio de dicha atribución, en sí mismo, no es inconstitucional.
 69. Evidentemente, un aspecto sustancialmente distinto es la forma en que dicha atribución se ejerce, o el objeto y alcances de la regulación expedida con base en tal atribución.
 70. En este último supuesto, la determinación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la legislación expedida dependerá del examen de control abstracto que en cada caso lleve a cabo este Tribunal.
 71. Ahora bien, debe destacarse, asimismo, la relevancia del principio de legalidad en la actuación de los poderes públicos. De hecho, corresponde tener en cuenta que la propia LOPE, en el artículo 1 de su Título Preliminar, ha establecido que:

Las autoridades, funcionarios y servidores del Poder Ejecutivo están sometidos a la Constitución Política del Perú, *a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico*. Desarrollan sus funciones dentro de las facultades que les estén conferidas (énfasis añadido).

72. De lo expuesto se desprende que el ejercicio de las competencias del Poder Ejecutivo se encuentra sometido a la Constitución, a la ley, y a las demás normas del ordenamiento y que dicho ejercicio debe realizarse de conformidad con lo que aquellas establecen o disponen. En el caso de las leyes y de las demás normas antes referidas, se entiende que su validez se halla sometida, a su vez, a su plena compatibilidad con los principios, reglas y valores constitucionales.
73. Asimismo, en relación a la rectoría que en materia de salud ejerce el MINSA como entidad del Poder Ejecutivo, la Única Disposición

Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo 1161, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Salud ha previsto que:

Disposición Complementaria Modificatoria

Única.- Modificación del Artículo 123 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud Modifíquese el Artículo 123 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, en los siguientes términos:

“Artículo 123.- El Ministerio de Salud es la Autoridad de Salud de nivel nacional. Como organismo del Poder Ejecutivo, tiene a su cargo la formulación, dirección y gestión de la política de salud y actúa como la máxima autoridad normativa en materia de salud”.

74. Adicionalmente, el texto modificado del artículo 4-A de dicho Decreto Legislativo 1161 establece lo siguiente:

4-A1.- La potestad rectora del Ministerio de Salud comprende la facultad que tiene para normar, supervisar, fiscalizar y, cuando corresponda, sancionar, en los ámbitos que comprenden la materia de salud. La rectoría en materia de salud dentro del sector la ejerce el Ministerio de Salud por cuenta propia o, por delegación expresa, a través de sus organismos públicos adscritos y, dentro del marco y los límites establecidos en la presente ley, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, *las normas sustantivas que regulan la actividad sectorial* y, las normas que rigen el proceso de descentralización” (énfasis añadido) (...).

75. A ello debe añadirse que, de acuerdo con el artículo 8 del Decreto Supremo 029- 2018-PCM y sus modificatorias, las políticas nacionales:

- 8.1 Constituyen decisiones de política a través de las cuales se prioriza un conjunto de objetivos y acciones para resolver un determinado problema público de alcance nacional y sectorial o multisectorial en un período de tiempo.
- 8.2 Definen los objetivos prioritarios, los lineamientos, los contenidos principales de las políticas públicas, los estándares

nacionales de cumplimiento y la provisión de servicios que deben ser alcanzados y supervisados para asegurar el normal desarrollo de las actividades públicas y privadas. *Para tal efecto, toda política nacional se debe formular conforme al contenido del anexo 1.*

- 8.3 Su diseño y evaluación son de competencia exclusiva de los Ministerios para cada uno del o los sectores a su cargo, pudiendo tener continuidad más allá de un determinado gobierno.
- 8.4 Los Ministerios cuentan con el apoyo de la Presidencia del Consejo de Ministros para la coordinación de la formulación de sus políticas nacionales, así como en el seguimiento, en lo que resulte pertinente. Para la formulación el o los Ministerios competentes, establecen mecanismos de coordinación con los gobiernos regionales, gobiernos locales, otras entidades y sociedad civil, según requiera o corresponda a la naturaleza de cada política.
- 8.5 Se enmarcan en las Políticas de Estado, la Política General de Gobierno y los objetivos del Plan Estratégico de Desarrollo Nacional y pueden ser:
- Políticas nacionales sectoriales, corresponden al subconjunto de políticas nacionales acotadas a una determinada actividad económica y social específica pública o privada, bajo el ámbito de competencia de un Ministerio.
 - Las políticas nacionales multisectoriales, corresponden al subconjunto de políticas nacionales que buscan atender un problema o necesidad que requiere para su atención integral la intervención articulada de más de un sector, bajo el ámbito de competencia de dos o más Ministerios (énfasis añadido).
76. Así, se advierte del anexo aludido por la disposición antes mencionada, objeto de posteriores modificatorias, que las políticas nacionales suelen incluir un diagnóstico de la problemática o necesidad pública de alcance nacional, objetivos prioritarios, lineamientos, estándares nacionales de cumplimiento, servicios a ser prestados, el seguimiento y la evaluación, entre otros.

77. Estando a lo expuesto, este Tribunal aprecia que la declaración de la emergencia del Sistema Nacional de Salud, así como las medidas dispuestas por el legislador en los artículos 1 al 4 y en las disposiciones complementarias finales primera, segunda y tercera de la Ley 31125, no constituyen, propiamente, la materialización del diseño de una política nacional en materia de salud, aun cuando puedan hallarse relacionadas en cierto modo.
78. Efectivamente, establecer un conjunto de medidas bajo una determinada figura jurídica declarada por el legislador, no puede confundirse con el diseño especializado, bajo criterios políticos y técnicos, de una “política nacional” que debe ser interpretada en los términos identificados *supra*.
79. Siendo ello así, este Tribunal concluye que las disposiciones impugnadas en este extremo de la demanda no inciden negativamente en las competencias del Poder Ejecutivo respecto al diseño de las políticas nacionales de salud.
80. Asimismo, este Tribunal también aprecia que el legislador, al expedir las normas sometidas a control, no está subrogando inconstitucionalmente la competencia de conducir la política nacional de salud, como tampoco sustituye al Ejecutivo en la facultad de expedir normas en materia de salud o de supervisar dicha política nacional. Tampoco el legislador está asumiendo la dirección o gestión de los servicios públicos en materia de salud.
81. Este Tribunal advierte que, con tales disposiciones, el legislador no desconoce el rol que desempeña el MINSA, como órgano del Poder Ejecutivo, dentro del Sistema Nacional de Salud, sino que, más bien refuerza la autoridad del Poder Ejecutivo en esta materia.
82. En efecto, las disposiciones impugnadas destacan las funciones que dicha entidad desempeña respecto de la regulación, coordinación, conducción y supervisión de dicho sistema, a fin de garantizar la adecuada ejecución de las políticas de salud, articulando a todos los actores que participan en la prestación de este servicio fundamental.
83. Dicho en otros términos, tales disposiciones no restringen o limitan el marco de acción del Poder Ejecutivo o, específicamente,

del MINSA; por el contrario, las disposiciones analizadas en este punto reconocen y fortalecen el rol que ejerce dicha entidad del Ejecutivo.

84. A ello debe añadirse que dichas disposiciones resultan aplicables en el ámbito de la emergencia declarada por la ley en cuestión.
85. Asimismo, no puede perderse de vista que tales disposiciones contemplan lineamientos normativos cuya concreción o aplicación dependerán, en mayor o menor medida, del ejercicio de las competencias del Poder Ejecutivo.
86. Tampoco puede olvidarse que este Tribunal ha destacado la necesidad de una labor conjunta, entre todos los poderes y órganos del Estado involucrados para elevar los estándares de calidad de la prestación del servicio de salud en nuestro país, lo que evidentemente, no solo incumbe al Poder Ejecutivo.
87. En tal sentido, sin perjuicio de las competencias que la Constitución reconoce a este Poder del Estado, lo cierto es que toda mejora efectiva en la accesibilidad y calidad de la prestación del servicio de salud depende de un esfuerzo compartido y conjunto de diversas entidades e instituciones.
88. No se trata pues del ejercicio de específicas competencias de un Poder del Estado, bajo una determinada gestión, sino de una política de Estado, de cara al presente y con visión de futuro, a fin de promover el efectivo ejercicio del derecho a la salud, bajo estándares de calidad y en condiciones de igualdad, en beneficio de todos los peruanos y habitantes del país.
89. En ese entendido, este Tribunal ha dejado establecido que corresponde al Estado (y no solo al Poder Ejecutivo):

(...) garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo, para tal efecto, adoptar políticas, planes y programas en ese sentido. Los servicios de salud, por consiguiente, cobran vital importancia en una sociedad, pues de su existencia y funcionamiento depende no solo el logro de mejores niveles de vida para las personas que la integran, sino

que incluso en la eficiencia de su prestación se encuentran en juego la vida y la integridad de los pacientes (Sentencia 03208-2004-PA/TC, fundamento 6).

90. Más aún, cuando se trata de situaciones estructurales que vulneran en modo evidente la Constitución, este Tribunal ha invocado la participación conjunta de diversos poderes, órganos y entidades, para que, en el ámbito de sus respectivas competencias, y sobre la base del principio de cooperación entre poderes, puedan llevar a cabo las actuaciones que correspondan, para reparar la situación lesiva del orden constitucional en el ámbito de la salud pública, entre otros mandatos de impostergable realización (Ver por ejemplo las Sentencias 03426-2008-HC/TC, 04007-2015-PHC, 05436-2014-PHC/TC, entre otras).
 91. En ese entendido, el cumplimiento de dicho deber de cooperación no solo requiere del adecuado ejercicio de las competencias del Poder Ejecutivo, sino también de un similar esfuerzo de parte de todos los poderes y entidades del Estado, con lealtad a la Constitución y teniendo como fin a la persona y al respeto de su dignidad.
 92. Por ello, este Tribunal concluye que los artículos 1 al 4 así como la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Complementarias Finales de la Ley 31125, abstractamente considerados y enmarcados en el ámbito de la declaratoria de la emergencia establecida por dicha ley, no contravienen o ponen en entredicho, reducen, limitan o menoscaban las competencias del Poder Ejecutivo respecto al diseño, conducción y supervisión de la política nacional de salud y, por lo tanto, corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.
- §4. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 168 DE LA CPP, SOBRE LA RESERVA DE LEY RESPECTO DE LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ Y DE LOS ARTÍCULOS 188, 189, 191 Y 192 DE LA CPP SOBRE EL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN Y LA AUTONOMÍA DE LOS GOBIERNOS REGIONALES**
93. A continuación, este Tribunal evaluará si el referido artículo 4.7 de la ley impugnada vulnera el artículo 168 de la Constitución, respecto a la reserva de ley respecto de la organización y funciones de las

Fuerzas Armadas (FF.AA.) y de la Policía Nacional del Perú (PNP). Asimismo, analizará si dicha disposición contraviene lo dispuesto en los artículos 188, 189, 191 y 192 de la Norma Fundamental, sobre el proceso de descentralización y la autonomía de los gobiernos regionales.

94. En primer lugar, este Tribunal aprecia que la disposición bajo análisis requiere de la configuración de dos supuestos, según lo previamente señalado: i) la ocurrencia de una pandemia (supuesto fáctico) y ii) la declaratoria de un Estado de Excepción (supuesto jurídico).
95. Este Tribunal advierte, en segundo término, que la disposición impugnada se caracteriza, en lo fundamental, por disponer que el MINSA asuma la *conducción administrativa* de:
 - i) las direcciones regionales de salud;
 - ii) las gerencias regionales de salud;
 - iii) las que hagan sus veces;
 - iv) las sanidades de las FF.AA. y
 - v) las sanidades de la PNP
96. Dicha conducción opera respecto del: i) cumplimiento de la política de salud, ii) de las normas administrativas, iii) de los actos administrativos y iv) de la gestión de los servicios de salud bajo su competencia.
97. Asimismo, se añade que la responsabilidad administrativa y la vigencia de la designación son atribuciones de la Autoridad Nacional de Salud, durante el tiempo que dure la pandemia.
98. En atención a lo expuesto, este Tribunal aprecia que se trata de una norma que regula un supuesto fáctico excepcional, bajo una figura jurídica igualmente excepcional.
99. Asimismo, se trata de una norma con vocación de temporalidad, si bien su duración se extenderá hasta la conclusión de la eventual pandemia; lo que, a todas luces, plantea escenarios contingentes que dependen de diversos factores, tanto nacionales como internacionales.

100. Además del cumplimiento de tales presupuestos, es necesario destacar que dicha norma solo tiene como objeto la conducción administrativa de los niveles de gestión en salud antes detallados, pero, además, con el límite de circunscribirse al ámbito de las competencias que ejerce el MINSA en materia de salud. Y todo ello, mientras dure el Estado de Excepción declarado a causa de una pandemia.
101. Entonces, se trata de una norma temporal y materialmente acotada, que responde a escenarios fácticos y jurídicos excepcionales que requieren de una respuesta organizada y de una conducción efectiva desde el Estado.
102. Ahora bien, el artículo 168 de la Constitución, invocado en la demanda, establece lo siguiente:

Artículo 168.- Organización y funciones de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional

Las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

(...).

103. Con relación a la alegada vulneración del artículo citado de la Constitución, este Tribunal aprecia que la disposición impugnada no establece un mandato que se contraponga a la exigencia de reserva de ley, según corresponda, respecto a la organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina de las FF. AA. y PNP.
104. En efecto, la disposición impugnada no trastoca la reserva de ley exigida para tales ámbitos de regulación respecto a la organización y funciones de la FF.AA. y a la PNP.
105. Así, este Órgano de Control de la Constitución entiende que la disposición impugnada no incide negativamente en ninguno de los ámbitos antes aludidos por la norma constitucional que organizan y determinan el marco básico para el cumplimiento de las

funciones de los cuerpos armados y policiales, bajo la Constitución de 1993. Por ello, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

106. Por otro lado, en la demanda también se ha alegado que la disposición antes controlada habría vulnerado diversos artículos constitucionales relacionados con el proceso de descentralización y las competencias de los gobiernos regionales.
107. Al respecto, debe recordarse que el artículo 188 hace referencia al proceso de descentralización como forma de organización democrática del Estado y como una de sus políticas permanentes, de carácter obligatorio, que tiene como fin el desarrollo integral del país.
108. A su vez, el artículo 189 alude a la división del territorio de la República, en regiones, departamentos, provincias y distritos, así como a la organización de los diferentes niveles de gobierno, nacional, regional y local, conforme a la Constitución y a la ley.
109. Asimismo, el artículo 191 de la Norma Fundamental establece la autonomía política, económica y administrativa de los gobiernos regionales en los asuntos de su competencia.
110. Y el artículo 192 expresa que los gobiernos regionales cumplen determinadas funciones, entre las que se encuentran la promoción de actividades y servicios públicos de su responsabilidad, “en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo”.
111. La norma constitucional antes mencionada hace referencia a ciertas competencias, entre las que se encuentra la de:
 7. Promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, conforme a ley.
112. A la luz de dicho parámetro constitucional, este Tribunal aprecia que la disposición analizada no regula directamente el proceso de descentralización o la organización y distribución del poder político en los diferentes niveles de gobierno, aunque evidentemente

se relaciona con las competencias de los gobiernos regionales en materia de salud por cuanto autoriza al MINSA a asumir su conducción administrativa durante el Estado de Excepción declarado a causa de una pandemia.

113. Sobre ello, debe considerarse, en primer término, que la autonomía de los gobiernos regionales se ejerce en el ámbito de competencias que la Constitución y las normas de desarrollo les reconocen.
114. En ese entendido, el inciso 7 del artículo 192 de la Norma Fundamental es claro al señalar que la promoción y regulación de servicios que llevan a cabo los gobiernos regionales, como es el caso de la salud, se realizan conforme a ley.
115. Así pues, además de tratarse de competencias que deben ejercerse en armonía con políticas y planes de desarrollo, tanto nacionales como locales, también es cierto que aquellas deben ser ejercidas de acuerdo a lo que establezca la ley.
116. Por consiguiente, este Tribunal considera que fluye del aludido artículo 192.7 de la Constitución que el ejercicio de las competencias de los gobiernos regionales en materia de salud debe llevarse adelante de conformidad con la ley.
117. A ello debe añadirse que, según la jurisprudencia de este Tribunal, las únicas competencias con que cuentan los gobiernos regionales son aquellas que la Constitución y el bloque de constitucionalidad les han asignado (principio de taxatividad), lo que supone que, aquellas competencias que no se les ha conferido, son de titularidad del Gobierno Nacional (cláusula de residualidad) (Sentencia 0020-2005-AI/TC y 0021-2005-A1/TC (acumulados), fundamento 49, entre otros).
118. Ahora bien, en relación al artículo 4.7 de la Ley 31125, este Tribunal entiende que dicha medida no solo ha sido establecida a través de una fuente jurídica idónea (una ley del Congreso), sino que responde a una finalidad legítima, como es garantizar la oportuna y organizada atención de la salud de la ciudadanía, en una situación de emergencia sanitaria que tiene magnitud de pandemia.
119. En todo caso, este Tribunal aprecia que la conducción administrativa que ejerce el MINSA solo opera:

- i. Temporalmente;
 - ii. Siempre que se haya declarado una pandemia a nivel internacional;
 - iii. Cuando, como consecuencia de lo anterior, se haya declarado un Estado de Excepción; y
 - iv. Respecto de la conducción administrativa de diversas entidades, entre las que se encuentran las direcciones y gerencias regionales de salud o las que hagan sus veces sin incidir en su presupuesto o infraestructura, por ejemplo.
120. Esto último encuentra sustento en el marco constitucional de configuración del derecho fundamental a la salud, desde una perspectiva subjetiva y objetiva, y en el artículo 44 de la Constitución, que establece, entre los deberes fundamentales del Estado, la garantía de la plena vigencia de los derechos humanos, la protección a la población ante amenazas contra su seguridad y la promoción del bienestar general que se fundamenta en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.
121. Asimismo, cabe reiterar que las competencias de los gobiernos regionales deben ser ejercidas en el marco de las políticas y los planes nacionales, particularmente en contextos de graves crisis sanitarias internacionales que afectan al país.
122. Así las cosas, la conducción administrativa temporal dispuesta por el artículo 4.7 de la ley impugnada solo puede ejercerse mientras dure el Estado de Excepción declarado a causa de una pandemia, con los alcances y límites que la propia norma prevé. En ningún caso, la conducción que ejerza el MINSA en tal supuesto puede exceder el ámbito de actuación que la ley habilita.
123. Por ello, este Tribunal descarta que se trate de una medida arbitraria o que carezca de sustento en la Constitución. En todo caso, tampoco advierte que la disposición cuestionada vulnere de modo manifiesto las cláusulas constitucionales que establecen las competencias de los gobiernos regionales en materia de salud.
124. Por tales consideraciones, corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.

§5. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 2.14 DE LA CPP RESPECTO DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

125. Los demandantes cuestionan también lo dispuesto en el artículo 5.2 de la ley impugnada, dado que, a su criterio, dicha norma vulneraría la autodeterminación de las entidades del sector salud para decidir la celebración de un contrato como también la potestad de elegir al co-celebrante.
126. Dicha norma que, a continuación, será objeto de control establece lo siguiente:
- 5.2 Queda prohibida la contratación de profesionales de la salud, técnicos o auxiliares asistenciales de la salud, bajo la modalidad de contrato por servicios prestados por terceros o servicios no personales o de locación de servicios en el Ministerio de Salud, sus organismos públicos, gobiernos regionales, gobiernos locales, EsSalud y sanidades de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, bajo responsabilidad administrativa, civil o penal del jefe titular de pliego. Para el caso de locación de servicios, se exceptúa la situación en la que, por necesidad de servicios, ciertas especialidades sean requeridas y que no desarrollen actividades permanentes.
127. Así, se trata de una prohibición de contratación respecto de los profesionales de la salud, técnicos o auxiliares asistenciales en dicho ámbito, bajo la modalidad de contrato por servicios prestados por terceros o servicios no personales o de locación de servicios en diversas entidades que forman parte del sistema de salud, tales como:
- i) el MINSA;
 - ii) Sus organismos públicos;
 - iii) Gobiernos regionales;
 - iv) Gobiernos locales;
 - v) Essalud;
 - vi) Sanidades de las FF.AA. y,
 - vii) Sanidades de la P.N.P.

128. Dicha disposición contiene una excepción para el caso del contrato de locación, cuando por necesidad de servicios, ciertas especialidades sean requeridas y no se desarrollen actividades permanentes, conforme a lo precisado anteriormente.
129. En este extremo de la demanda el Poder Ejecutivo alega que dicha prohibición contraviene la libertad de contratación, reconocida en el artículo 2.14 de la Constitución.
130. Al respecto, dicha disposición reconoce el derecho de toda persona “a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.
131. Junto a dicha disposición, el artículo 62 de la Constitución ubicado en el capítulo relacionado con el régimen económico, establece que:

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase (...).

132. Así pues, las libertades contractuales, reconocidas en los artículos 2.14 y 62 de la Constitución, se fundamentan en el principio de autonomía de la voluntad. Ahora bien, el derecho fundamental a la libertad de contratación comprende dos facultades:
- a. Libertad de contratar, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quien se contrata; y,
 - b. Libertad contractual, que es la facultad de decidir, de común acuerdo el contenido del contrato (Sentencia 02175-2011-PA/TC, fundamento 7; Sentencia 02185-2002-PA/TC, fundamento 2, entre otras).
133. De ello se desprende que la Constitución reconoce el derecho a contratar con fines lícitos, con miras a celebrar un acuerdo entre dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial.
134. Así las cosas, este Tribunal, en anteriores ocasiones, ha indicado que, en virtud de este derecho se encuentran prohibidas las injerencias que limiten la autodeterminación para decidir la celebración

de un contrato, la elección del co- celebrante y la materia objeto de regulación contractual.

135. Este Tribunal ha dejado establecido que el ejercicio de la libertad de contratación debe ser compatible con los principios constitucionales y derechos fundamentales.

Ello no supone una injerencia en el legítimo ámbito de este derecho, sino su exacto encuadramiento en ese marco (Sentencia 06534-2006-PA/TC, fundamento 3).

136. En suma, el ejercicio de este derecho no es ilimitado y cuenta con límites tanto implícitos como explícitos, conforme a lo expresado previamente.

137. Así, los límites explícitos a la contratación, según la norma pertinente, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público (Sentencia 03150-2017-PA/TC, fundamento 18).

138. En cambio, los límites implícitos provienen de las restricciones del derecho de contratación ante el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos. (Sentencia 03150-2017-PA/TC, fundamento 18 y Sentencia 02670-2002-PA/TC, fundamento 3)

139. Por otro lado, el primer párrafo del artículo 62 de la Norma Fundamental garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

140. Al respecto, este Tribunal entiende que la disposición cuestionada no tiene como destinatarios principales a las personas, sino que se trata de un mandato a ser cumplido por diversas entidades públicas del sector salud.

141. En tal sentido, no se encuentra en juego aquí la autonomía de la voluntad de las personas, sino un mandato de no hacer, dirigido al poder público, cuyas actuaciones se rigen por el principio de legalidad, de modo que todo acto que lleven a cabo debe adecuarse a lo autorizado o dispuesto por la Constitución y la ley.

142. Por ello, aun cuando la prohibición cuestionada estaría relacionada con la exclusión de ciertas modalidades contractuales para la contratación de profesionales, técnicos o auxiliares asistenciales de la salud en el ámbito público, lo cierto es que dicho mandato no incide en el contenido del derecho a la libertad de contratación.
143. Este Tribunal aprecia que la norma impugnada pretende evitar que se encubran relaciones laborales bajo la apariencia de contratos civiles a los que ella se refiere. Dicha finalidad se encuentra amparada en nuestro ordenamiento jurídico y, específicamente, por lo establecido en la jurisprudencia de este Tribunal.
144. En efecto, este órgano de control de la Constitución ha sostenido en anteriores ocasiones que, pese a la celebración de un contrato civil, si en dicho caso se verifica la existencia de una relación laboral, entonces dicho contrato deberá ser considerado como contrato de trabajo de duración indeterminada, lo que trae como consecuencia que el trabajador solo puede ser despedido por causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral (Sentencia 02908-2012-PA/TC, fundamento 3.3.4).
145. Asimismo, el principio de primacía de la realidad, según lo indicado por este Tribunal en la sentencia antes mencionada, es un principio implícito de nuestro orden jurídico que dimana de la propia naturaleza tuitiva de la Norma Fundamental, de modo que “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” (Cfr. Sentencia 02908-2012- PA/TC, fundamento 3.3.5., Sentencia 01944-2002-AA/TC, fundamento 3).
146. Queda claro entonces que la disposición sometida a control busca impedir el encubrimiento de relaciones de carácter evidentemente laboral y que se refieren a la actividad principal de las entidades del Sistema Nacional de Salud.
147. Incluso, la propia disposición no constituye un impedimento absoluto para la celebración de contratos de trabajo sujetos a modalidad, siempre que ello corresponda, sino solo establece que dicha prohibición opera respecto de los contratos civiles antes mencionados.

148. Además, debe tenerse presente que dicha norma ha previsto una excepción que aplica en caso de necesidad de servicios, pero siempre que no se trate de actividades permanentes.
149. Siendo ello así, este Tribunal aprecia que en el artículo 5.2 se ha previsto una prohibición de contratación, sujeta a una excepción, y que, en todo caso, dicho mandato tiene como objeto evitar el encubrimiento de relaciones laborales y los correspondientes derechos de quienes desempeñen actividades de esta naturaleza.
150. Así las cosas, esta disposición, abstractamente considerada, no resulta inconstitucional y por lo tanto corresponde desestimar la demanda en este extremo.

§6. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES PRESUPUESTARIOS (ART. 77 Y 78 DE LA CPP), DE LA PROHIBICIÓN DE INICIATIVA DE GASTO PÚBLICO (ART. 79 DE LA CPP) Y DE LA COMPETENCIA DEL PODER EJECUTIVO DE ADMINISTRAR LA HACIENDA PÚBLICA (ART. 118.17 DE LA CPP)

151. En el presente caso, la parte demandante cuestiona el artículo 5 así como las Disposiciones Complementarias Finales Sexta, Séptima, Octava, Novena, Décima y Décimo Primera de la Ley 31125 al considerar que infringen lo dispuesto en los artículos, 77, 78, 79 (primer párrafo) y 118.17 de la Constitución.
152. Al respecto, este Tribunal aprecia que el artículo 5 establece diversos mandatos que, según su propio tenor, tienen como finalidad mejorar la situación del personal de salud. Para tal efecto, se dispone que dichas medidas se implementen durante la declaratoria de la emergencia a que hace referencia la ley impugnada.
153. Tales medidas se refieren básicamente al otorgamiento de un seguro de vida a los profesionales de la salud, entre otros beneficios de seguridad social que se aprecian a continuación:
 - 5.1. El Poder Ejecutivo otorga el seguro de vida a los profesionales de la salud bajo el régimen del Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y del Decreto Legislativo 1057, Decreto Legislativo que Regula el Régimen Especial de Contratación

Administrativa de Servicios, otorgándoles como mínimo, los beneficios por fallecimiento del trabajador a consecuencia de un accidente y por invalidez total y permanente del trabajador originada por accidente en el trabajo; siendo aplicables los literales b) y c) del artículo 12 del Decreto Legislativo 688, Ley de Consolidación de Beneficios Sociales, y sus modificatorias.

154. Dentro de dichas medidas, se encuentra también la prohibición de contratación de profesionales de la salud en modalidades de contratación civil, que fuera analizada en el punto anterior.

155. Finalmente, en el inciso 3 del artículo 5 se establecieron un conjunto de medidas en relación al déficit de personal de salud, lo que se reproduce a continuación:

3.3 Los prestadores de servicios de salud pública de los gobiernos regionales y el Seguro Social de Salud (EsSalud), modifican su manual de organización y funciones, cuadro de asignación de personal y su presupuesto analítico de personal a fin de incorporar progresivamente nuevo personal asistencial a los establecimientos de nivel I-4, II-1 y nivel II-2 de atención para el periodo 2020- 2024, para cubrir el déficit de médicos especialistas, odontólogos, obstetras, enfermeras, tecnólogos médicos, técnicos y auxiliares de enfermería y sujeta al Plan de Implementación desarrollado y aprobado por el Ministerio de Salud, *con opinión del Ministerio de Economía y Finanzas en cuanto se refiere a los aspectos presupuestales del referido proceso de incorporación* (énfasis añadido).

156. Así las cosas, este Tribunal aprecia que el problema constitucionalmente relevante a este respecto consiste en determinar si tales artículos afectan las competencias del Poder Ejecutivo en materia de administración de la hacienda pública

(artículo 118.7 de la Constitución), y, en concreto, las atribuciones que este ejerce en el ámbito presupuestario, relacionadas con principios como el de programación presupuestal (artículo 77), de equilibrio y estabilidad presupuestaria (artículo 78) y la prohibición que recae en el legislador, en materia de iniciativa de gasto público (artículo 79 primer párrafo).

157. En primer término, los artículos 77 y 78 de la Norma Fundamental han establecido lo siguiente:

Artículo 77:

La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. La estructura del presupuesto del sector público contiene dos secciones: Gobierno Central e instancias descentralizadas. El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización (...)

Artículo 78:

(...)

El proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado (...).

158. Como puede apreciarse, tales artículos son especialmente relevantes en el ámbito de la Constitución presupuestaria.
159. Tales principios, en lo esencial, tienen como finalidad asegurar una adecuada correspondencia entre los ingresos fiscales y las habilitaciones de gastos públicos previstas en la Ley de Presupuesto, de modo que se encuentren debidamente balanceados para la ejecución de un concreto ejercicio presupuestal, como se desprende de la jurisprudencia de este Tribunal.
160. Así pues, la observancia de los principios presupuestales de exactitud, equilibrio, estabilidad y programación presupuestaria es exigible, en primer orden, a la Ley de Presupuesto y/o a las normas que habiliten o imputen la ejecución de un determinado gasto público al presupuesto anual vigente.
161. Este Tribunal ha dejado establecido en su jurisprudencia que tales principios deben ser comprendidos bajo las siguientes consideraciones:

- Principio de equilibrio financiero

Previsto en el artículo 78 de la Constitución, que establece que el presupuesto debe contener todos los ingresos y gastos del Estado debidamente balanceados, a efectos de evitar que el déficit

fiscal genere un proceso perturbador de la normal marcha económica del país.

- Principio de exactitud

Previsto en el artículo 77 de la Constitución, que impone consignar la totalidad de los recursos y gastos fiscales en atención al verdadero y real rendimiento de las fuentes de percepción de renta estatal, constituyéndose en la descripción cabal de las funciones y servicios que efectuará el órgano ejecutivo en su condición de responsable de la administración.

- Principio de programación

Previsto en el artículo 77 de la Constitución, que señala la obligatoriedad de la determinación de las metas previstas del gasto público para el desarrollo nacional. Dicho principio supone la necesidad de exponer las políticas de acción gubernamental que deberán ejecutar las entidades públicas en cada ejercicio presupuestal. La programación presupuestal conlleva un proceso permanente de raciocinio, proyección y previsión, que permite el establecimiento de determinadas metas gubernamentales que obligan necesariamente a la asignación de recursos económicos (Sentencia 0004-2004-CC/TC, fundamento 9, entre otras).

162. En el presente caso, este Tribunal aprecia que las disposiciones impugnadas no son normas presupuestarias o expedidas con ocasión de la aprobación del presupuesto público. Por dicha razón, no podría exigírseles el cumplimiento de los mencionados principios que la Constitución recoge en materia presupuestal.

163. Corresponde entonces determinar si habilitan o imputan un concreto gasto público al presupuesto vigente, previamente aprobado. Esto último guarda estrecha relación con los mandatos establecidos en los artículos 118.17 y 79 de la Norma Fundamental.

164. El artículo 118.17 establece que corresponde al Presidente de la República:

Artículo 118.- Atribuciones del Presidente de la República
Corresponde al Presidente de la República:

17. Administrar la hacienda pública.

165. Por su parte, el primer párrafo del artículo 79 establece que: “los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto”.
166. Así pues, se trata de un mandato que tiene como destinatario a los legisladores y, en virtud del cual, las iniciativas legislativas que aquéllos presenten y luego se aprueben como leyes no pueden:
- i. Crear gastos públicos
 - ii. Aumentar gastos públicos
167. La excepción prevista en esta disposición se refiere a la aprobación del propio presupuesto del Congreso.
168. Ahora bien, de la Constitución no fluye explícitamente en qué consiste un gasto público; en cambio, sí se desprende del texto constitucional un marco delimitador que expresa su naturaleza presupuestaria. Ello se ve reflejado también en la ubicación que se ha conferido a dicho mandato en el texto constitucional, al encontrarse junto a diversos artículos constitucionales relacionados con el Presupuesto Público.
169. En atención a ello, corresponde tener presente la interpretación razonable del mencionado artículo 79, sobre la base de una lectura unitaria y armónica de la Constitución, complementada por las normas de desarrollo de la materia presupuestaria, asunto que fuera abordado en la Sentencia 0018-2021-PI/TC.
170. Al respecto, el artículo 20 del Decreto Legislativo 1440, “Decreto Legislativo del Sistema Nacional del Presupuesto Público”, norma especial en materia presupuestaria, ha definido al gasto público como la *erogación* que realizan las entidades públicas, con cargo a los créditos presupuestarios, que son aprobados para atender la prestación de servicios públicos así como las acciones a cargo de las entidades del Estado, en el ámbito de sus competencias, para el logro de sus prioridades y fines institucionales.
171. En ese entendido, el Presupuesto Público, de duración *anual*, constituye la materialización de la administración económica y financiera del Estado que, debe regirse por determinados principios, especialmente por aquellos establecidos expresamente en la Constitución, como la asignación equitativa de los recursos públicos, su programación

y ejecución orientadas eficientemente hacia la atención de los fines prioritarios del Estado como los de satisfacer los derechos sociales o cumplir con los retos planteados por el proceso de descentralización, entre otros (Sentencia 0018-2021-PI/TC, fundamento 174).

172. Ahora bien, en ese marco, la finalidad del artículo 79 de la Constitución es que las iniciativas legislativas no generen nuevos desembolsos o erogaciones no previstos en el presupuesto del correspondiente año fiscal y que tampoco pueden incrementar los gastos públicos ya incluidos en dicho presupuesto público.
173. En consecuencia, tal prohibición “no impide que una iniciativa legislativa, presentada por los Congresistas, pueda constituir una fuente jurídica para que, posteriormente, y en el ámbito de las atribuciones del Poder Ejecutivo, este determine o considere la inclusión de las partidas necesarias en la Ley de Presupuesto anual para atender los gastos que eventualmente requiera su materialización” (Sentencia 0018-2021-PI/TC, fundamento 179).
174. Asimismo, este Tribunal ya ha sostenido en la sentencia previamente mencionada, que sería a todas luces irrazonable considerar que el artículo 79 impide que el legislador, mediante sus iniciativas, el desarrollo de los derechos fundamentales, entre los que se encuentran los derechos sociales. Más aún si dicha actuación obedece al mandato de la propia Constitución o de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que ha asumido el Estado y que provienen del PIDESC, de la CADH o del Protocolo de San Salvador, entre otros (fundamento 182).
175. En todo caso, el Estado puede asumir diversas obligaciones, según la fuente jurídica de la que estas emanen. Por ello, como ya ha precisado este Tribunal en la aludida Sentencia 0018-2021-PI/TC, “entre las fuentes jurídicas de *las obligaciones del Estado* se encuentran la propia Ley, un acuerdo o tratado internacional, un acto administrativo, una sentencia judicial, un contrato, negocios jurídicos, etc.” (fundamento 186).
176. De lo expuesto se deriva que las fuentes de las obligaciones del Estado no pueden ser confundidas con las previsiones, consignaciones presupuestarias, autorizaciones o habilitaciones de la Ley del Presupuesto anual.

177. Por ello, resulta indispensable distinguir entre leyes que generen obligaciones para el Estado y leyes que expresamente irroguen gasto público que, como tales, pretendan ser imputables a la Ley de Presupuesto anual.
178. En todo caso, según la jurisprudencia de este Tribunal, lo determinante del vicio de inconstitucionalidad, por vulneración del marco constitucional y, en concreto, de los artículos 77, 78 , 79 y 118.17 de la Norma Fundamental, radica en habilitar un gasto público no considerado previamente en la Ley de Presupuesto vigente, por la sencilla razón de que, en tal supuesto, dicho gasto escaparía del balance general de ingresos y egresos, previamente establecido, para el correspondiente año fiscal que es aquello a lo que se refiere el principio de equilibrio presupuestal al que ya se hiciera referencia. Queda claro entonces que la finalidad constitucional subyacente es *la no afectación de dicho balance general establecido para cada año fiscal* (Sentencia 0018-2021-PI/TC, fundamento 192).
179. Por ello, en tanto una ley, tramitada a iniciativa del legislador democrático, no genere un gasto público que, como tal, sea inmediatamente imputable a la Ley de Presupuesto Anual vigente, afectando el balance general de ingresos y egresos previamente establecido para dicho año fiscal, no vulnerará lo dispuesto en el artículo 79 de la Constitución.
180. En el presente caso, este Tribunal aprecia que el artículo 5.1 de la ley impugnada establece el otorgamiento de un seguro de vida, así como los beneficios al trabajador: i) por su fallecimiento a causa de un accidente y ii) por su invalidez total y permanente, originada por accidente en el trabajo. Añade dicha disposición que resultan aplicables los literales b) y c) del artículo 12 del Decreto Legislativo 688, Ley de Consolidación de Beneficios Sociales, y sus modificatorias.
181. Propiamente se trata del reconocimiento legal de derechos relacionados con la seguridad social que, en sí mismos, no implican una erogación o gasto público imputable al presupuesto vigente. Evidentemente, su aplicación conllevará al desembolso de recursos públicos, pero en este escenario, corresponderá que su materialización se lleve a cabo conforme a las competencias que la Constitución ha establecido en el ámbito de la elaboración y aprobación del Presupuesto Público Anual.

182. Así, el hecho de que el legislador, a través de la ley, establezca esas obligaciones de corte social, no conlleva *per se* a la habilitación de un gasto público no previsto en la Ley de Presupuesto vigente, y que en tal sentido afecte lo dispuesto en el artículo 118.17 y en el primer párrafo del artículo 79 de la Constitución.
183. En segundo término, lo dispuesto en el artículo 5.2 de la ley impugnada solamente establece una prohibición de contratación del personal de salud, ahí referido (profesionales, técnicos o auxiliares asistenciales de la salud), bajo la modalidad de servicios prestados por terceros, servicios no personales o de locación de servicios en diversas entidades que conforman el sistema de salud.
184. Asimismo, la norma ha previsto que la contravención a dicha prohibición desencadene la responsabilidad administrativa, civil o penal del Jefe titular del Pliego.
185. Sin embargo, la disposición impugnada también establece como excepción que dicha prohibición no opere en el caso de la locación, cuando por necesidad de servicios, ciertas especialidades sean requeridas y no se desarrollen actividades permanentes.
186. Así las cosas, es evidente que la prohibición de contratar a través de un determinado tipo de contratos no genera gasto público. En efecto, la norma, en sí misma considerada, no establece ningún mandato que tenga como objeto una erogación o desembolso con cargo al Presupuesto Público vigente. Tampoco establece ninguna disposición que afecte de forma directa e inmediata el balance de ingresos y egresos preestablecido para cada año fiscal.
187. Dicha prohibición no implica en sí misma un condicionamiento, restricción o menoscabo de la facultad del Poder Ejecutivo para administrar la hacienda pública.
188. Estando a lo expuesto, este Tribunal aprecia que la analizada prohibición de contratación de personal sanitario, abstractamente considerada, no incide en el ámbito de lo dispuesto en el artículo 118.17 y 79 de la Constitución.
189. Por tales consideraciones, corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.

190. Finalmente, en cuanto al artículo 5.3 de la Ley 31125, este Tribunal aprecia que dicha norma tiene como destinatarios a los prestadores de servicios de salud pública de los gobiernos regionales y de EsSalud, habilitándolos a modificar el Manual de Organización y Funciones (MOF), el Cuadro de Asignación de Personal (CAP) y su Presupuesto Analítico de Personal (PAP) para incorporar de forma progresiva al nuevo personal asistencial en los establecimiento de los niveles de atención I-4, II-1 y nivel II-2 para el período 2020-2024.
191. De acuerdo con dicha disposición, ello se realizaría para cubrir el déficit de médicos especialistas, odontólogos, obstetras, enfermeras, tecnólogos médicos, técnicos y auxiliares de enfermería, según el Plan de Implementación desarrollado y aprobado por el MINSA, el mismo que debe contar con la opinión del MEF para lo concerniente a los aspectos presupuestales de aquel proceso de incorporación.
192. En principio, el artículo 5.3 de la Ley 31125 establece una incorporación progresiva del personal antes aludido, pero dicho proceso debe obedecer a un plan que es elaborado por el MINSA y que, además, debe contar con la opinión del MEF, ambas entidades del Poder Ejecutivo.
193. El Tribunal aprecia que lo dispuesto en la norma sometida a control no genera directamente una erogación o desembolso inmediato de recursos públicos ni puede ser considerado como un gasto público que afecte el Presupuesto Anual vigente, sin mencionar que tampoco trastoca ni la programación ni el balance de ingresos y egresos previamente establecido.
194. En todo caso, el cumplimiento de dicha norma es de naturaleza progresiva, pero, además, se ha previsto expresamente que debe contar con la opinión del MEF, de modo que con ello se resguarda que su aplicación se lleve a cabo en el ámbito de las competencias del Poder Ejecutivo.
195. Por tales consideraciones, este Tribunal concluye que dicha norma no vulnera lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 79 ni lo establecido en el artículo 118.17 de la Constitución.

196. Siendo ello así, corresponde desestimar la demanda en el aludido extremo.
197. Por otro lado, la parte demandante también ha cuestionado, las Disposiciones Complementarias Finales Sexta, Séptima, Octava, Novena, Décima y Décimo Primera de la Ley 31125, alegando la vulneración de los artículos constitucionales antes referidos.
198. Al respecto, la Sexta Disposición Complementaria Final hace referencia a un Plan de Infraestructura de salud en los siguientes términos:

SEXTA. Plan de infraestructura en salud

En un plazo no mayor a los noventa días calendario, contados a partir de la vigencia de la presente ley, el Ministerio de Salud y la Dirección General de Programación Multianual de Inversiones (DGPMI), en coordinación con los gobiernos regionales formularán y aprobarán un plan de infraestructura en salud que considere todos los establecimientos de salud para las diversas regiones del país y se procederá a la priorización de asignación presupuestal. El Ministerio de Salud realizará la priorización.

199. Este Tribunal aprecia que dicha disposición establece la formulación y aprobación de un Plan de Infraestructura en Salud, en el que intervendrán el MINSA, la Dirección General de Programación Multianual de Inversiones (DGPMI) del MEF, en coordinación con los gobiernos regionales. Hace referencia asimismo a una priorización de asignación presupuestal que se realizada por el MINSA.
200. Asimismo, corresponde advertir, como ya se indicó previamente, que en este extremo de la ley impugnada el Congreso de la República incorporó la observación realizada por el Poder Ejecutivo.
201. En efecto, la Comisión de Salud y Población del Congreso de la República, en relación con la observación realizada por el Poder Ejecutivo a este respecto, dejó establecido que:

El Decreto Legislativo N° 1252, al cual hacen referencia crea el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, que a su vez en el numeral a) de su artículo señala que como principio rector “La programación multianual de la

inversión debe ser realizada considerando como principal objetivo el cierre de brechas de infraestructura o de acceso a servicios públicos para la población”, a su vez en el numeral c) del mismo marco jurídico se establece que “Los fondos públicos destinados a la inversión deben relacionarse con la prestación de servicios y la provisión de la infraestructura necesaria para el desarrollo del país, con un enfoque territorial”, normatividad que no se contrapone con lo dispuesto en la autógrafa de ley, pues esta busca que el Ministerio de Salud como ente rector, en coordinación con los gobiernos regionales formulan y aprueban un plan de infraestructura en salud y a efectos de que no existan interpretaciones erróneas con el texto, acogemos el sentido del ejecutivo que dicha programación a su vez debe ser coordinada con la Dirección General de Programación Multianual de Inversiones (DGPMI). La Comisión de Salud y Población desvirtúa la observación planteada por el Poder Ejecutivo e INSISTE Y SE ALLANA EN PARTE EN EL CONTENIDO DE LA AUTÓGRAFA⁶⁷ (mayúsculas incluidas en el original).

202. En lo que aquí interesa, este Tribunal advierte que, en primer término, la norma no habilita de forma inmediata la ejecución de un gasto público con cargo al Presupuesto Anual vigente. Solo dispone la formulación y aprobación de un plan, esto es, de un conjunto de medidas y lineamientos a llevar a cabo, en el ámbito de la infraestructura en salud. Asimismo, no debe perderse de vista que, en ambas etapas, junto al MINSA, participará la Dirección General de Programación Multianual de Inversiones (DGPMI) del MEF.
203. Siendo ello así, la norma en cuestión no contraviene los artículos 77, 78, 79 (primer párrafo) y 118.17 de la Constitución.
204. Por otro lado, la Séptima Disposición Complementaria Final alude al financiamiento de la implementación de la ley bajo los siguientes términos: “La implementación de lo establecido en la presente ley

⁶⁷ Congreso de la República. Dictamen de Insistencia recaído en las observaciones del poder ejecutivo a la autógrafa de ley que declara en emergencia el sistema nacional de salud y regula su proceso de reforma. Recuperado de: https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/04927DC21_MAY20200806.pdf, p. 17. Consulta realizada el 8 de agosto de 2022.

se financiará con cargo al presupuesto institucional de los pliegos involucrados sin demandar recursos adicionales al tesoro público”.

205. Este Tribunal aprecia que la propia norma establece que la implementación de lo dispuesto en la ley impugnada será financiada con el presupuesto institucional de los pliegos involucrados, sin que se demanden recursos adicionales al tesoro público. Efectivamente, la disposición cuestionada no autoriza de forma inmediata la afectación del presupuesto vigente.
206. De hecho, la propia norma se refiere a la incorporación progresiva del nuevo personal asistencial para el período 2020-2024, pero, además, establece que ello se sujetará a un Plan de Implementación a cargo del MINSA, que debe contar con la opinión del MEF, precisamente para la correspondiente consideración de los aspectos presupuestales que dicho proceso pueda suponer.
207. Por ello, este Tribunal también descarta en este extremo de la demanda la vulneración de los mandatos constitucionales referidos previamente.
208. Por su parte, la Octava Disposición Complementaria Final ha establecido la autorización para efectuar modificaciones presupuestarias en el nivel institucional del MINSA, a favor de los gobiernos regionales, indicando que:

Autorízase al Ministerio de Salud para realizar modificaciones presupuestarias en el nivel institucional con cargo a la fuente de financiamiento Recursos Ordinarios, a favor de los gobiernos regionales para el financiamiento de infraestructura, equipamiento y del proceso de mejoramiento del recurso humano en salud, autorizados en los numerales 6.1, 6.2 y 6.4 del artículo 6 de la presente ley. Dichas modificaciones presupuestarias se autorizan mediante decreto supremo refrendado por el ministro de Economía y Finanzas y el ministro de Salud, a propuesta de este último.

209. Con relación al examen de esta disposición, este Tribunal entiende que, si bien se autoriza al MINSA a realizar modificaciones presupuestarias en el nivel institucional con cargo a la fuente de financiamiento Recursos Ordinarios, lo cierto es que ello se lleva a cabo a través de un decreto supremo que es refrendado por el Ministro de Economía, junto al MINSA, a propuesta de éste.

210. De este modo, mientras el MEF no autorice la realización de dichas modificaciones, estas no podrían ejecutarse, sin que se afecte la fuente de financiamiento aludida por la norma.
211. Además, corresponde destacar que las acciones previstas por la norma sometida a control se circunscriben al ámbito de decisión y funciones del propio Poder Ejecutivo.
212. Siendo ello así, corresponde desestimar la demanda en este extremo.
213. Por otro lado, la Novena Disposición Complementaria Final declaró de interés nacional y necesidad pública los estudios de pre-inversión y ejecución de proyectos de infraestructura de establecimientos de salud a nivel nacional en todos los niveles de atención adscritos a los gobiernos regionales, Ministerio de Salud, EsSalud, Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú.
214. Al respecto, este Tribunal entiende que esa sola declaración no conlleva, en sí misma, a la habilitación inmediata de gastos públicos imputables al Presupuesto vigente.
215. En efecto, una declaración, como la realizada en la disposición bajo análisis, no conlleva *per se* a la inmediata ejecución de gastos públicos con cargo al Presupuesto Público vigente ni desconoce lo dispuesto en el artículo 118.17 de la Constitución.
216. Incluso, debe advertirse que dicha declaración alcanza en primer término a la realización de estudios de preinversión. Esto último es relevante por cuanto tales estudios deben preceder a la ejecución de los proyectos de infraestructura mencionados por la norma.
217. Por consiguiente, la demanda también debe ser desestimada en este extremo.
218. Por su parte, la Décima Disposición Complementaria Final ha previsto que el personal de salud en condición de suplencia a plazo fijo bajo el régimen del Decreto Legislativo 728 del Seguro Social de Salud (EsSalud), que mantenga vínculo laboral ininterrumpido durante cinco (5) años, cuente con plaza presupuestada y considerada en el cuadro de asignación de personal pasa a contrato a plazo indeterminado en el mismo régimen.

219. Este Tribunal entiende que la aplicación de esta disposición está sujeta a la verificación, en cada caso, de los requisitos que contempla:
- i. mantener un vínculo laboral ininterrumpido durante 5 años;
 - ii. contar con una plaza presupuestada; y
 - iii. que dicha plaza esté considerada en el cuadro de asignación de personal.
220. Solo en caso de que se cumpla con los requisitos anotados, la norma dispone que se modificará el plazo de duración del contrato, que dejaría de ser fijo para convertirse en indeterminado, pero dentro del mismo régimen.
221. En efecto, lo aquí dispuesto solo se lleva a cabo dentro del mismo régimen laboral, correspondiente al establecido por el Decreto Legislativo 728.
222. Ahora bien, respecto al contrato de suplencia, este Tribunal aprecia que el artículo 61 del T.U.O. de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR (T.U.O. del D. Leg. 728) no ha previsto expresamente un límite en su duración. En efecto, dicho artículo señala que:

El contrato accidental de suplencia es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador con el objeto de que este sustituya a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral se encuentre suspendido por alguna causa justificada prevista en la legislación vigente, o por efecto de disposiciones convencionales aplicables en el centro de trabajo. *Su duración será la que resulte necesaria según las circunstancias.*

En tal caso el empleador deberá reservar el puesto a su titular, quien conserva su derecho de readmisión en la empresa, operando con su reincorporación oportuna la extinción del contrato de suplencia.

En esta modalidad de contrato se encuentran comprendidas las coberturas de puestos de trabajo estable, cuyo titular por razones de orden administrativo debe desarrollar temporalmente otras labores en el mismo centro de trabajo (énfasis añadido).

223. Dicho cuerpo normativo también ha previsto que:

Artículo 74.- Dentro de los plazos máximos establecidos en las distintas modalidades contractuales señaladas en los artículos precedentes, podrán celebrarse contratos por períodos menores pero que sumados no excedan dichos límites.

En los casos que corresponda, podrá celebrarse en forma sucesiva con el mismo trabajador, diversos contratos bajo distintas modalidades en el centro de trabajo, en función de las necesidades empresariales y *siempre que en conjunto no superen la duración máxima de cinco (5) años* (énfasis añadido).

224. En cuanto a la figura de la desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad (entre los que encuentra el contrato de suplencia), el artículo 77 del T.U.O. de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR (T.U.O. del D. Leg. 728), establece lo siguiente:

Artículo 77.- Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada:

- a) Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si estas exceden del límite máximo permitido;
- b) Cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación;
- c) Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando;
- d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley.

225. Por ello, desde una interpretación sistemática del referido T.U.O. y considerando especialmente lo dispuesto en su artículo 74, el límite máximo de duración de un contrato de suplencia es, en principio, de cinco años, con excepciones debidamente sustentadas.

226. Este razonamiento llevado a cabo respecto del referido régimen laboral de la actividad privada, se debe aplicar, por extensión, a los trabajadores del Estado, puesto que todo trabajador, en igualdad de condiciones, merece el mismo trato jurídico, lo que constituye una exigencia dimanante de los principios constitucionales laborales a que hace referencia el artículo 26 de la Norma Fundamental: i) igualdad de oportunidades sin discriminación, ii) carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley e iii) interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.
227. Así las cosas, a criterio de este Tribunal, parece bastante claro que una suplencia no puede extenderse indefinidamente. La solución, en el ámbito estatal, debe ser la de convocar en un plazo razonable a concurso público para cubrir esa plaza, pero si esto no sucede no resulta inconstitucional que el legislador prevea un límite.
228. Cinco años es un plazo extenso, evidentemente suficiente como para resolver la situación que hubiese dado lugar a la interrupción de la tarea por parte del titular de la plaza y extender la suplencia más allá de ese plazo puede ser considerada una forma de desnaturalización del contrato.
229. A ello debe añadirse que lo aquí dispuesto no conlleva a un ascenso automático por años de servicio; tampoco establece un cambio de grupo ocupacional o de línea de carrera del personal o el nombramiento automático de profesionales, técnicos o auxiliares asistenciales de la salud contratados. Asimismo, la disposición impugnada tampoco establece el cambio de requisitos para la incorporación de personal a un régimen laboral distinto o la contratación directa de locadores bajo un régimen determinado.
230. Todas estas materias fueron controladas por este Tribunal en la Sentencia 011-2020-PI/TC, donde se declararon inconstitucionales los artículos 1 y 3 al 20, la Única Disposición Complementaria Transitoria y las Disposiciones Complementarias Finales Primera, Segunda, Tercera y Cuarta de la Ley 31039. Por ello, no resulta aplicable en este caso lo resuelto en aquella sentencia.
231. Adicionalmente, este Tribunal no aprecia que la disposición controlada habilite inmediatamente la ejecución de un gasto público

- con cargo al Presupuesto Anual vigente, tanto más cuanto los destinatarios de la norma se mantendrán en el mismo régimen laboral, con los derechos y deberes que aquel prevé.
232. En todo caso, este Órgano de Control de la Constitución estima pertinente destacar que el cumplimiento de lo dispuesto por la norma en cuestión está sujeto a la verificación de los requisitos detallados *supra*.
233. Asimismo, este mandato, que supone una mejora en las condiciones laborales del personal de salud que cuenta con un contrato de suplencia a plazo fijo y cumple con los requisitos antes mencionados no incide directamente en la competencia del Ejecutivo de administrar la hacienda pública; antes bien, se trata de una disposición vinculada con los derechos laborales del personal de salud.
234. Según lo expresado previamente, el legislador puede afirmar y afianzar el contenido y alcance de los derechos fundamentales, con el límite de no contravenir la Constitución. En este aspecto, este Tribunal no considera que esa sola disposición, *per se*, afecte los principios constitucionales presupuestarios recogidos en los artículos 77, 78 y 79 (primer párrafo) así como la competencia del Ejecutivo de administrar la hacienda pública, establecida en el artículo 118.17 de la Norma Fundamental.
235. Finalmente, la Undécima Disposición Complementaria Final declaró “de interés nacional y necesidad pública el incremento del presupuesto público del sector salud de manera progresiva hasta llegar al 8 % del producto bruto interno (PBI)”.
236. Este Tribunal aprecia que, como ya se ha advertido *supra*, la sola declaración de interés y necesidad pública llevada a cabo por el legislador no implica, *per se*, la realización de un gasto público o la afectación inmediata del Presupuesto Público vigente.
237. En efecto, este Tribunal aprecia que dicho mandato dispone un aumento progresivo del porcentaje del PBI destinado al sector salud; sin embargo, el propio legislador ha descartado que se trate de una disposición de inmediato cumplimiento.
238. En todo caso, es pertinente mencionar a este respecto que el Congreso de la República se allanó a la observación formulada por el Poder Ejecutivo sobre el particular, señalando lo siguiente:

Consideramos plausible lo mencionado por el ejecutivo de no incorporar un tiempo específico para el incremento del presupuesto del sector salud en referencia al producto bruto interno, más aún cuando las condiciones económicas de nuestro país por las consecuencias de la pandemia producida por el COVID 19, van a afectar de manera significativa nuestro aparato productivo, por lo que nos allanamos en ese extremo. La Comisión de Salud y Población desvirtúa la observación planteada por el Poder Ejecutivo e INSISTE Y SE ALLANA EN PARTE EN EL CONTENIDO DE LA AUTÓGRAFA⁶⁸.

239. Por último, se debe tomar en cuenta que se trata de un mandato de progresivo cumplimiento, sin que se autorice a una habilitación de ejecución de gasto inmediatamente imputable al Presupuesto Anual. En tal sentido, este órgano de Control de la Constitución advierte que dicha disposición, abstractamente considerada, no vulnera los artículos constitucionales antes mencionados.
240. Por tales consideraciones, corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.

§7. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 76 DE LA CPP, RESPECTO DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

241. La parte demandante cuestiona también la constitucionalidad del artículo 6.2 de la ley sometida a control, por considerar que vulnera el artículo 76 de la Constitución, relacionado con los principios de la contratación pública y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre dicha materia.
242. Específicamente, la disposición cuestionada en este extremo de la demanda establece lo siguiente:

Artículo 6. Medidas para mejorar los recursos y servicios de salud

68 Congreso de la República. Dictamen de Insistencia recaído en las observaciones del poder ejecutivo a la autógrafo de ley que declara en emergencia el sistema nacional de salud y regula su proceso de reforma. Recuperado de: https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/04927DC21_MAY20200806.pdf, p. 19. Consulta realizada el 8 de agosto de 2022.

6.2. Facúltase a los gobiernos regionales durante la declaratoria de emergencia del Sistema de Salud a realizar los procesos de selección correspondientes a concursos y licitaciones públicos para el mejoramiento, ampliación, equipamiento y construcción de infraestructura, siguiendo el procedimiento de adjudicación simplificada, regulado en la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y sus modificatorias. En los contratos suscritos deben incorporarse cláusulas sobre políticas anticorrupción.

243. Ahora bien, en cuanto al texto constitucional, el artículo 76 prevé que:

Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

244. De lo expuesto se desprende que el mandato constitucional establece la obligatoriedad de contrataciones y licitaciones públicas cuando se trate de obras y adquisición de suministros en los que se utilizan fondos o recursos públicos, o cuando se adquieran o enajenen bienes. Por otro lado, cuando se trate de contratación de servicios y proyectos cuya importancia y monto se recojan en el presupuesto público, deben llevarse a cabo concursos públicos.

245. Sin perjuicio de lo anterior, el propio texto constitucional ha habilitado expresamente la posibilidad de que el legislador regule los procedimientos, excepciones y las responsabilidades que correspondan en este ámbito.

246. Ahora bien, este Tribunal aprecia que la disposición cuestionada está dirigida a los gobiernos regionales y los faculta a realizar determinados procesos de selección, pero solo durante la declaratoria de emergencia dispuesta por la ley.

247. Es decir, se trata de una posibilidad de actuación, pero no de una obligación, enmarcada temporalmente, esto es, mientras dura la emergencia declarada por dicha ley.

248. En concreto, la norma autoriza a realizar procesos de selección correspondientes a concursos y licitaciones públicas para diversas actividades relacionadas con infraestructura, como son:

- i) mejoramiento
- ii) ampliación
- iii) equipamiento y
- iv) construcción

249. Para tal efecto, se dispone como una posibilidad la de seguir el procedimiento de adjudicación simplificada que se regula en la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado y normas modificatorias. A ello se añade la obligatoriedad de la incorporación de cláusulas sobre políticas anticorrupción en los contratos suscritos.

250. Siendo ello así, este Tribunal aprecia que la norma impugnada ha previsto un procedimiento establecido en la Ley 30225, ley que aborda las materias contempladas en el artículo 76 de la Constitución.

251. En su jurisprudencia, este Tribunal ha dejado establecido que:

(...) Si bien es cierto que la Ley de Contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76 de la Constitución, también lo es que el contexto socio económico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, conforme lo señala la propia Constitución, y cuya única condición exigible será que estén regulados por ley y que respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública. Es claro, entonces, que ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario (Sentencia 0020-2003-PI/TC, fundamento 19).

252. Asimismo, en dicha sentencia, también se precisó que:

(...) la Constitución sí permite mecanismos alternos, siempre y cuando estén previstos por ley, respeten los principios que subyacen en el artículo 76 de la Constitución, y representen la

consecución de mayores ventajas para el Estado y la sociedad en general. En ningún caso el mecanismo alterno y de excepción estará exento de fiscalización previa o posterior, ni tampoco de la determinación de eventuales responsabilidades a que hubiera lugar (Sentencia 0020-2003- PI/TC, fundamento 21).

253. Ahora bien, la conveniencia de la opción del legislador adoptada en esta disposición, como es la adjudicación simplificada, excede el objeto del control de constitucionalidad realizado en este proceso. Sin embargo, ello no significa que el legislador pueda contravenir los principios que rigen las licitaciones y contrataciones públicas.
254. En efecto, el artículo 21 del Texto Único Ordenado (T.U.O.) de la Ley 30225 establece que los procedimientos de selección, entre los que se encuentra la adjudicación simplificada, deben respetar “los principios que rigen las contrataciones y los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública”.
255. Entre dichos principios se encuentra los de igualdad de trato, transparencia, competencia, eficacia y eficiencia, entre otros, según lo desarrollado en el artículo 2 de dicho cuerpo normativo.
256. Asimismo, debe tenerse presente que el artículo 23 del T.U.O. de la LCE establece lo siguiente respecto a la adjudicación simplificada:

Artículo 23. Adjudicación simplificada

La adjudicación simplificada se utiliza para la contratación de bienes y servicios, con excepción de los servicios a ser prestados por consultores individuales, así como para la ejecución de obras, cuyo valor estimado o referencial, según corresponda, se encuentre dentro de los márgenes que establece la ley de presupuesto del sector público.

257. Este Tribunal aprecia que la disposición controlada solo puede aplicarse mientras dure el período de la emergencia declarada por la ley. Asimismo, no constituye una obligación de estricto cumplimiento para los gobiernos regionales. Al contrario, se trata solo de una facultad, que ellos pueden decidir ejercer o no.
258. En cuanto a su objeto, este Tribunal entiende que la figura elegida por el legislador es una de las previstas en la norma especial sobre

la materia, como es la Ley 30225, con sus modificatorias y desarrollo reglamentario.

259. Ahora bien, en caso de que los gobiernos regionales opten por el ejercicio de esta facultad, los principios que rigen las contrataciones y compromisos internacionales que versen sobre contratación pública no pueden ser desconocidos como tampoco los propios límites que la adjudicación simplificada prevé, como lo relacionado con el valor estimado o referencial, según corresponda, que debe hallarse dentro de los márgenes establecidos en la Ley de Presupuesto Público.
260. A ello debe añadirse que la propia norma controlada ha dispuesto la obligatoriedad de la incorporación de cláusulas sobre políticas anticorrupción en todos los contratos suscritos, sin distinción.
261. En ese entendido, este Tribunal reitera la importancia de la lucha contra el flagelo de la corrupción, como principio y bien constitucional, por mandato de la Constitución y de los compromisos internacionales asumidos a este respecto.
262. En consecuencia, la aplicación de esta disposición no puede desvincularse de la finalidad que cumple en un escenario donde media la declaración de emergencia del sistema nacional de salud; en caso contrario, deberán aplicarse todos los mecanismos que el ordenamiento prevé para la determinación de eventuales responsabilidades y sus correspondientes sanciones.
263. Bajo tales consideraciones, corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.

§8. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA EN CONDICIONES DE IGUALDAD

264. Finalmente, la parte demandante cuestiona también lo establecido en la Décima Disposición Complementaria Final de la Ley 31125, antes citada, al considerar que esta norma autoriza el ingreso automático y de forma permanente de determinados servidores a un régimen laboral en el Estado.
265. En la demanda se alega que dicha disposición contravendría el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad,

reconocido en el artículo 23.1 literal “c” de la CADH y en el artículo 25 literal “c” del PIDCP.

266. Al respecto, el artículo 23.1 literal “c” de la CADH reconoce el derecho de todos los ciudadanos de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. Por otro lado, el artículo 25 literal “c” del PIDCP también reconoce el goce de este derecho, sin distinciones ni restricciones indebidas.
267. Asimismo, el derecho fundamental de acceso a la función pública en condiciones de igualdad está relacionado directamente con diversos principios, reglas y valores constitucionales.
268. Precisamente, en el capítulo IV del Título I “De la función pública” (artículos 39 a 42) de la Constitución de 1993 se ubican una serie de disposiciones sobre la función pública en general y la carrera administrativa en particular. Como ya sostuviera este Tribunal, la función pública ha sido concebida, desde un punto de vista material, como la realización o desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado.
269. Así, según el artículo 39 de la Constitución, todos los funcionarios y servidores públicos, comenzando por el Presidente de la República, se encuentran al servicio de la Nación. Por ello, el ejercicio de sus responsabilidades y funciones debe orientarse, en todo momento, hacia el pleno cumplimiento de los mandatos constitucionales.
270. Por su parte, el artículo 2 de la Ley 27815 (Ley del Código de Ética de la Función Pública) define a la función pública como “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”.
271. Asimismo, este Tribunal también se ha pronunciado en su jurisprudencia sobre la noción de función pública y sobre el derecho de acceso a ella en condiciones de igualdad.
272. Sobre lo primero, en la Sentencia 5057-2013-PA/TC, este Tribunal indicó que “la función pública debe ser entendida como desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado”. Asimismo, añadió que “la condición de funcionario o servidor público no se identifica, por ejemplo, por un tipo de contrato o vínculo de un

trabajador con la Administración Pública, sino por el desempeño de funciones públicas en las entidades del Estado” (fundamento 8).

273. También es importante destacar que en la Sentencia 0025-2005-AI/TC y 0026- 2005-PI/TC, este órgano de Control de la Constitución ha precisado que quienes realizan o desempeñan la función pública son los empleados o servidores públicos en general, y se ha indicado, además, que dicha función se clasifica en:

- i) función pública *representativa*, que se refiere a los cargos o funciones de representación política y que se encuentran directamente relacionados con el ejercicio del derecho a ser elegido, contemplado en el artículo 31 de la Constitución; y
- ii. función pública *no representativa o profesionalizada*, que ejercen todos los servidores públicos de los diversos niveles de la administración del Estado (central, regional y local), de los poderes del Estado y de toda institución pública en general (fundamento 51).

274. En segundo término, con relación al acceso a la función pública, este Tribunal ha indicado que se trata de un derecho fundamental cuyo contenido está comprendido por las siguientes facultades (Sentencia 0025-2005-PI/TC y 0026- 2005-AI, fundamento 43):

- i. Acceder o ingresar a la función pública;
- ii. Ejercerla plenamente;
- iii. Ascender en la función pública; y
- iv. Condiciones iguales de acceso.

275. Ahora bien, el contenido de este derecho garantiza la participación en la función pública, de conformidad con los requisitos que el legislador ha determinado.

276. En todo caso, el derecho de acceder a la función pública tiene como principio consustancial el principio de mérito, exigible en todas las entidades del Estado.

277. Como ha señalado este Tribunal, esto último significa que dicho principio vincula positivamente al legislador a fin de que la regulación sobre el acceso a toda función pública observe irrestrictamente

- el principio del acceso por mérito; asimismo, requiere que toda actuación de la administración del Estado y de toda entidad pública, en general, observe también este principio en todos sus actos en relación al acceso a la función pública de las personas (Cfr. Sentencia 0025-2005- PI/TC y 0026-2005-PI/TC, entre otras).
278. Asimismo, corresponde destacar que la aprobación de un concurso público de méritos constituye un indicador de la idoneidad de los servidores públicos, lo que está relacionado con la mejora en el desempeño de las entidades estatales en beneficio de la ciudadanía (Sentencia 0006-2012-PI/TC, fundamento 45).
279. Así las cosas, el hecho de que el legislador democrático tenga la competencia para legislar en el ámbito de los derechos, deberes y responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos no implica que se pueda desvincular de los principios que orientan el ejercicio del servicio público. Dichos principios son los de igualdad, transparencia, publicidad y meritocracia, entre otros.
280. Sin perjuicio de ello, este Tribunal aprecia que la disposición impugnada no tiene como objeto la incorporación automática de determinados servidores públicos de manera que con ello se ponga en entredicho los principios constitucionales que rigen el ingreso y desempeño de los servidores públicos.
281. Antes bien, dicha disposición establece una consecuencia jurídica, siempre que se cumplan los presupuestos antes mencionados, entre los que cabe destacar el exceso de 5 años en la duración del contrato de suplencia, situación esta última que podría ser considerada como desnaturalización del contrato, conforme se ha indicado *supra*.
282. Este Tribunal entiende que el legislador ha incorporado un límite máximo a la duración de dichos contratos en el Estado y que, además, ha previsto un conjunto de supuestos adicionales, para que surta efectos la consecuencia jurídica establecida en dicha disposición, esto es, que el contrato pase a ser uno de plazo indeterminado conforme se analizara previamente.
283. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto por la norma sometida a control, la contratación permanente no se produce de forma automática o inmediata, sino a condición de la verificación de un conjunto de presupuestos, detallados *supra*.

284. Cabe concluir, en consecuencia, que la disposición analizada, abstractamente considerada, no contraviene las exigencias constitucionales en materia de acceso a la función pública en condiciones de igualdad.
285. Queda claro, entonces, que dicha disposición, en sí misma, no contraviene los principios constitucionales relacionados con la incorporación de personal al servicio del Estado, tal y como se ha dejado establecido en la jurisprudencia de este Tribunal, como es el caso de la Sentencia 011-2020-PI/TC, antes referida.
286. Por tales consideraciones corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.

§9. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 51 DE LA CPP

287. Finalmente, este Tribunal aprecia que la parte demandante también ha señalado que la Ley 31125 vulneraría el artículo 51 de la Constitución, a causa de los vicios de inconstitucionalidad en que habrían incurrido las disposiciones antes controladas.
288. Asimismo, dicha parte ha alegado que, por conexidad, resultan también inconstitucionales las demás disposiciones de la Ley 31125 cuyo cuestionamiento no ha sido desarrollado de manera específica en la demanda.
289. Sobre el particular, el artículo 51 de la Constitución consagra el principio de supremacía constitucional y de jerarquía normativa. Sobre lo primero, este Tribunal ha dejado establecido en la Sentencia 02934-2004-PA/TC, entre otras, que:

El principio de supremacía constitucional constituye uno de los pilares fundamentales del Estado social y democrático de derecho. Exige una concepción de la Constitución como norma jurídica, la primera entre todas, que debe ser cumplida acorde con el grado de compromiso constitucional de los ciudadanos y gobernantes, en el sentido de que todos y cada uno de los preceptos constitucionales tienen la condición de norma jurídica, siendo cada uno parámetro para apreciar la constitucionalidad de otras normas y de los actos de gobierno (fundamento 8).

290. En el presente caso, este Tribunal ha concluido que las disposiciones sometidas a control no resultan inconstitucionales. Por ello, no podría sostenerse válidamente que aquellas contravienen lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución.
291. Esto último conlleva también a desestimar que se haya vulnerado el artículo 51 de la Constitución a causa de la alegada conexidad entre las disposiciones antes analizadas y aquellas que no fueron impugnadas específicamente por el demandante.
292. Siendo ello así, corresponde desestimar también el extremo de la demanda relacionado con la alegada vulneración del artículo 51 de la Constitución.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo contra la Ley 31125.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MORALES SARAVIA

FERRERO COSTA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

OCHOA CARDICH

PONENTE FERRRO COSTA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA PACHECO ZERGA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular, pues concuerdo con la ponencia en la constitucionalidad de la Ley 31125, salvo en lo que respecta a su Décima Disposición Complementaria Final, en la que se hace necesario realizar “una interpretación conforme a la Constitución”⁶⁹ para salvar su constitucionalidad, según paso a exponer:

1. En el caso de los trabajadores de la Administración pública cuyos contratos han sido desnaturalizados, el Tribunal Constitucional ha afirmado repetidamente que la meritocracia es un pilar indispensable para asegurar la calidad de los servicios de las entidades públicas. Esta obligación se desprende del artículo 40 de la Constitución, que ha delegado en el legislador regular el ingreso a la carrera administrativa.
2. En ese sentido, la Ley Marco del Empleo Público⁷⁰ establece entre sus principios el de “mérito y capacidad”, que trae como consecuencia que 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”⁷¹. Y, consecuentemente, que el “acceso al empleo público se realice “mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades”⁷².
3. Por tanto, la Décima Disposición Complementaria Final de la Ley 31125 será conforme a la Constitución siempre que se interprete que se incorpora a un puesto con contrato a plazo indeterminado, al personal de salud que haya excedido los cinco años de servicios ininterrumpidos, laborando bajo los alcances de contratos de suplencia en una plaza vacante y presupuestada; *pero, que su fijeza*

69 Artículo VII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional

70 Ley 28175

71 Artículo IV.7

72 Artículo V

se determinará en base al concurso público, que la entidad está obligada a convocar para cubrir dicho puesto.

4. En caso que el trabajador apruebe el referido concurso, su contrato de trabajo a plazo indefinido habrá adquirido la fijeza exigida por los puestos de la carrera administrativa. Y de este modo, se reinterpreta el precedente Huatuco (Exp. N° 05057-2013-PA/TC), ya que la Constitución no ampara el abuso del derecho del Poder Ejecutivo en su calidad de empleador, que se materializa en la falta de convocatoria a concursos públicos de plazas en las entidades públicas, que impide cumplir con el Cuadro de Asignación de Personal (CAP). Esta inacción del Estado constituye un abuso de posición contractual que no puede ser avalada por este Tribunal.
5. Finalmente, pero no menos importante, es que el artículo VI del Código Procesal Constitucional establece expresamente:

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.

Para crear, modificar, apartarse o dejar sin efecto un precedente vinculante se requiere la reunión del Pleno del Tribunal Constitucional y el voto conforme de cinco magistrados.

6. En consecuencia, al omitir la sentencia en mayoría la referencia al denominado precedente “Huatuco” (Exp. N° 05057-2013-PA/TC) no sólo se está apartando del mismo, sino que no justifica las razones de hecho ni de derecho que sustentan su decisión.

Por estas consideraciones, mi voto es por:

1. Declara **INFUNDADA** la demanda en lo que respecta a la Décima Disposición Complementaria Final de la Ley 31125, siempre que se la interprete conforme a los fundamentos 3 y 4 del presente voto.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

S.

PACHECO ZERGA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MONTEAGUDO VALDEZ

Emito el presente voto porque no comparto lo resuelto por la mayoría de mis colegas en el presente caso. En tal sentido, expresaré las razones por las cuales considero que la demanda debió ser declarada como **FUNDADA en parte**.

& 1. Posición asumida por la mayoría y delimitación de la controversia

1. La mayoría de mis colegas ha considerado que la demanda debe ser declarada como **INFUNDADA**. Esto supone que se deba confirmar la constitucionalidad, en su totalidad, de la Ley 31125, Ley que declara en emergencia el Sistema Nacional de Salud y regula su proceso de reforma.
2. Al respecto, debo precisar, en primer lugar, que el sentido de mi voto solo se relaciona con lo dispuesto en la Décima Disposición Complementaria Final de la Ley 31125, la cual estimo que vulnera diversos principios reconocidos en la Constitución. De este modo, no efectuaré ninguna precisión en relación con el resto de disposiciones que fueron impugnadas en este proceso de inconstitucionalidad, ya que, al igual que mis colegas, considero que no resultan incompatibles con nuestra norma fundamental.
3. La Décima Disposición Complementaria Final dispone que
[e]l personal de salud en condición de suplencia a plazo fijo bajo el régimen del Decreto Legislativo 728 del Seguro Social de Salud (EsSalud), que mantenga vínculo laboral ininterrumpido durante cinco (5) años, cuente con plaza presupuestada y considerada en el cuadro de asignación de personal pasa a contrato a plazo indeterminado en el mismo régimen.
4. La parte demandante alega que esta cláusula: i) supone la introducción de una modificación no formal en el presupuesto público, vulnerando diversos principios presupuestales reconocidos en la Constitución; ii) altera el principio de programación presupuestal,

ya que implica la realización de gastos que no han sido programados, es decir, sin el cumplimiento del procedimiento establecido para tal finalidad; y que iii) genera demandas de recursos adicionales al tesoro público, por lo que atenta contra el principio de equilibrio y estabilidad presupuestaria, así como la prohibición de iniciativa de gastos público por los congresistas.

5. Por su parte, el Congreso de la República, en su calidad de parte demandada en el presente proceso de inconstitucionalidad, estima que la Décima Disposición Complementaria Final pretende tutelar el derecho al trabajo y la dignidad del personal de salud contratado en condición de suplencia bajo el régimen del Decreto Legislativo 728. Por ello, no se puede considerar que su adopción suponga la vulneración de alguno de los principios que se reconocen en la Constitución.
6. De este modo, para analizar la inconstitucionalidad de la referida disposición considero que resulta indispensable referirme a los siguientes puntos: i) los principios constitucionales presupuestarios; ii) el principio de equilibrio presupuestal; iii) la prohibición de la iniciativa de gasto público por parte de los congresistas. Una vez precisado el ámbito constitucional de los referidos principios, expresaré las razones que justifican la declaratoria de la inconstitucionalidad de la Décima Disposición Complementaria Final de la Ley 31125.

& 2. Los principios constitucionales presupuestarios en el esquema trazado por la Constitución de 1993

7. El artículo 77 de la Constitución establece que la “administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente apruebe el Congreso”, y este debe asignar equitativamente los recursos públicos. Es por ello que su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización. En similares términos, el artículo 78 exige que el proyecto presupuestal se encuentre debidamente equilibrado.
8. Estimo importante recordar que el desarrollo de estos preceptos constitucionales se desenvuelve en el marco de la denominada “Constitución económica”. Este término, por lo general, ostenta un doble significado. Por un lado, se refiere al conjunto de normas

constitucionales que desarrollan los principios y directivas vinculados con la actividad económica. Sin embargo, también está relacionado con el fundamento constitucional del derecho de la economía⁷³. En la configuración de este concepto se puede advertir un esfuerzo de la economía política por comprender la unidad de los elementos económicos en un contexto constitucional determinado⁷⁴. El desarrollo de la “Constitución Económica” tampoco ha sido ajeno a la labor del intérprete final de nuestra Ley Fundamental, el cual ha señalado que este término engloba todas aquellas disposiciones que “suponen el establecimiento de un plexo normativo que tiene como finalidad configurar el ámbito jurídico en el cual se desarrollará la actividad económica de nuestro país, y cuyo propósito es que la actuación del Estado y los ciudadanos sea coherente con la naturaleza y los fines del Estado social y democrático de derecho. De ahí que el fundamento para la inserción de temas de carácter económico dentro de una Constitución, sea el sometimiento al valor de la justicia de las decisiones económicas que incidan en la vida social, en la promoción y tuitividad de los derechos fundamentales de la persona, y en el aseguramiento del bien común” (sentencia recaída en el expediente 00008-2003-PI, fundamento 8).

9. Los preceptos constitucionales que se vinculan con el presupuesto del Estado también deben ser interpretados en el marco de la denominada “Constitución Económica”. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que el presupuesto tiene cuatro perspectivas: i) política: debido a que se configura como un instrumento clave en el desenvolvimiento de las funciones de gobierno y control, ya que refleja la orientación de la política económica y la aprobación del programa detallado de la ejecución o realización de obras, servicios y cometidos; b) económica: debido a que es un instrumento insoslayable para la aplicación de la política económica; c) administrativa; ya que se presente como un instrumento contable de previsión y como texto confrontativo que establece un balance de resultados

73 Cfr: Herrero de Miñón, Miguel (1999). La Constitución Económica: desde la ambigüedad hasta la integración. En: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 19, número 57, pp. 11 y 12.

74 Ehmke, Horst (2006). Economía y Constitución. Revista de Derecho Constitucional Europeo, N° 5, p. 333.

de la gestión gubernamental durante un determinado lapso; y d) jurídica: ya que emana de un acto legislativo que otorga eficacia y valor jurídico a la actividad económica (cfr. sentencia recaída en el expediente 004-2004-CC/TC, fundamento 8).

10. Del mismo modo, ha señalado que lo que se puede denominar como “Constitución presupuestaria” está integrada por todas aquellas disposiciones que regulan la actuación de los poderes públicos a quienes el constituyente ha encomendado el ejercicio de competencias para el diseño y aprobación del presupuesto anual, y se rige por los principios de legalidad, competencia, justicia presupuestaria y el de equilibrio y estabilidad presupuestaria. De esta forma, la “Constitución presupuestaria” requiere la participación tanto del Poder Ejecutivo como del Congreso de la República (cfr. sentencia recaída en el expediente 00016-2020-PI/TC, fundamento 26).
11. La elaboración de los presupuestos en los modernos Estados Constitucionales suele presentarse como uno de los instrumentos más eficientes con los que cuentan los poderes públicos para la adopción de todas aquellas medidas orientadas a la satisfacción de las necesidades sociales básicas. Sin embargo, la concurrencia tanto del Ejecutivo y del Legislativo que ha previsto nuestro constituyente no solo se orienta a que exista un control mutuo entre ambos órganos del Estado en la realización de esta labor⁷⁵, sino que además está relacionada con la introducción de un mecanismo adecuado para la racionalización del gasto público. Ciertamente, tanto nuestra Constitución como los principales tratados sobre derechos humanos que ha suscrito el Estado peruano reconocen la necesidad de respetar y garantizar los derechos fundamentales de la persona, pero la satisfacción de este deber demanda de un gasto público responsable y que no termine generando perjuicios de carácter colectivo.

75 Como hace recordar José María Pérez Zúñiga, lo que Otto Mayer ha denominado como bifurcación del principio de legalidad financiera tuvo como origen la “caída del Antiguo Régimen y la consolidación de la obligación de la aprobación anual del gasto público por el Parlamento, perdiendo sentido la necesidad de la aprobación anual de los impuestos, pues todo consistió en romper la conexión entre el derecho de consentir los impuestos y el derecho de presupuesto”. Veer, al respecto: Pérez, José María (2020). Aspectos constitucionales de los principios de legalidad y estabilidad presupuestaria en la aprobación del gasto público. En: Presupuesto y Gasto Público, Núm. 99, p. 63.

12. De esta forma, no ignoro la idea que la configuración de los derechos fundamentales demanda, en la mayor cantidad de casos, el desembolso de gasto público. Sin embargo, también resulta evidente que la Ley Fundamental peruana también resguarda la noción de estabilidad al reconocer la necesidad de la concurrencia de más de un actor en el diseño del presupuesto del Estado. Así, puedo afirmar, como señala Gerardo Ruiz-Rico, que la estabilidad ostenta una doble dimensión: por un lado, se preocupa por la capacidad de endeudamiento, en la medida en que se concentra en la emisión de la deuda pública y de qué manera el Estado contrae créditos; y, del mismo modo, prohíbe a la administración incurrir en déficits de carácter estructural⁷⁶.
13. Nuestro modelo constitucional no es ajeno a esta clase de reflexiones, las cuales no solo se fundamentan en un aspecto de carácter formal al requerir la intervención de diversos actores en la elaboración del presupuesto anual de la República, sino que además también ostenta diversos componentes de justicia material. En efecto, la estabilidad del presupuesto también se vincula con la necesidad de evitar que, en el afán de satisfacer ciertas demandas de las generaciones actuales, sean las generaciones futuras las que terminen padeciendo las consecuencias de un gasto público efectuado fuera de las posibilidades reales del Estado. Ahora bien, suele ser natural, como recuerda Kirchhof, que “los Estados tiendan a buscar la salida a menos ingresos y a un mayor gasto en el endeudamiento público, que financie las tareas del presente mediante crédito, que la próxima generación habrá de devolver con intereses más los intereses de esos intereses”, por lo que resulta necesario que la adopción de medidas destinadas a implementar contenidos relacionados con derechos fundamentales sea a través de una política de gasto racional y responsable⁷⁷.

76 Cfr. Ruiz-Rico, Gerardo (2013). La Constitución normativa y el principio de estabilidad presupuestaria. En: Istituzioni del federalismo: Rivisti di Studi Giuridici e Politici, Núm. 1, p. 235.

77 Kirchhof, Paul (2012). La constitucionalización de la deuda soberana. Un diálogo con Antonio Pérez Pina. En: Teoría y Realidad Constitucional, Núm. 29, pág. 78.

14. En este contexto, considero importante efectuar algunas reflexiones respecto del principio de equilibrio presupuestal.

& 3. En principio constitucional de equilibrio presupuestal

15. El principio de equilibrio presupuestal se sustenta en lo previsto en el artículo 78 de la Constitución, según el cual “[e]l proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado”. Del mismo modo, el artículo 2 del Decreto Legislativo 1440 establece, en su artículo 2.1 que el Presupuesto del Sector Público está constituido por los créditos presupuestarios que representan el equilibrio entre la previsible evolución de los ingresos y los recursos a asignar de conformidad con las políticas públicas de gasto, estando prohibido incluir autorizaciones de gasto sin el financiamiento correspondiente.
16. El Tribunal Constitucional, en su desarrollo jurisprudencial, también ha tenido la oportunidad de precisar que el equilibrio presupuestal es un principio fundamental de nuestro modelo constitucional, ya que, por un lado, permite una distribución del presupuesto que atienda las diversas obligaciones que son asumidas por el Estado, y, por otro, representa una prohibición de gasto desmedido de los recursos públicos. En efecto, no puede ignorarse que el cumplimiento y eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales requiere de capacidad presupuestal, por lo que las leyes de presupuesto anualmente consignan determinados montos con el fin de maximizar el uso de los recursos públicos, en atención a las diversas obligaciones del Estado (sentencia recaída en el expediente 00013-2021-PI/TC, fundamento 92).
17. La necesidad que el desarrollo de la configuración de los derechos fundamentales, y particularmente aquellos que ostentan una naturaleza vinculada con lo social, se efectúe a través del respeto de los principios de estabilidad y equilibrio presupuestal cuenta, por lo demás, con sustento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De este modo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos precisa, en su artículo 26, que la adopción de providencias para lograr la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas “económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires,

en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados” (énfasis agregado). De similar modo, el artículo 1 del Protocolo de San Salvador, el cual complementa la protección que dispensa la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales, establece que

[l]os Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, **hasta el máximo de los recursos disponibles** y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo (énfasis agregado)

18. En el ámbito del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé una regulación similar, ya que reconoce, en su artículo 1, que los Estados se comprometen a adoptar medidas “**hasta el máximo de los recursos de que disponga**, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (énfasis agregado).
19. Ahora bien, soy consciente, como lo ha recordado el propio Tribunal Constitucional, que la efectividad de los derechos sociales demanda de un mínimo de actuación estatal, ya que la implementación de toda política requiere de una ejecución presupuestal, y esto se traduce en obligaciones concretar a cumplir para el logro progresivo de estas libertades fundamentales (cfr. sentencia recaída en el expediente 02945-2003-PA, fundamento 12). Sin embargo, esto no supone que el Estado peruano asuma obligaciones más allá de los recursos de los que dispone, ya que el equilibrio presupuestal también es indispensable para el goce, en un marco general, de todos los derechos que se encuentran reconocidos en la Constitución.
20. La determinación de cómo debe configurarse la adopción de medidas destinadas a la implementación progresiva de los derechos fundamentales la encontramos en la necesidad que, en ciertas materias, sea necesaria la previa participación del Poder Ejecutivo,

específicamente del Ministerio de Economía y Finanzas. De conformidad con lo previsto en el artículo 5 de su Ley Orgánica, corresponde a esta entidad “planear, dirigir y cotrolar los asuntos relativos a la tributación, política aduanera, financiación, endeudamiento, presupuesto, tesorería y contabilidad, así como armonizar la actividad económica nacional”.

21. No sorprende, por ello, que en nuestra Constitución se demande en diversos escenarios la elaboración de un informe técnico previo para la adopción de medidas que generen gasto público. Al respecto, el artículo 79 de la Constitución dispone la prohibición de los representantes ante el Congreso para crear o aumentar el gasto público, salvo en lo que se refiere a su presupuesto. Sin embargo, también existen casos en los que, por el especial impacto que puede producirse en el equilibrio presupuestal, se requiere la elaboración de un informe aprobatorio previo por parte del Ministerio de Economía y Finanzas. Esto ocurre, por ejemplo, con el hecho que las leyes de índole tributaria referidas a beneficios o exoneraciones requieren de esta clase de informes favorables. En este mismo sentido, la Ley 30220, Ley Universitaria, dispone en su artículo 26 que “[l]as universidades públicas se crean mediante ley y las universidades privadas se constituyen por iniciativa de sus promotores. Los proyectos de ley de creación de universidades públicas debe contar con **opinión técnica favorable del Ministerio de Educación y del Ministerio de Economía y Finanzas**, a fi n de asegurar su pertinencia, fi nanciamiento y sostenibilidad” (énfasis agregado).
22. La exigencia de esta clase de cláusulas se deriva, como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, de la necesidad de acreditar, de manera previa, la disponibilidad de recursos que aseguren la eficiencia de los servicios a prestar en una futura universidad pública (cfr. sentencia recaída en el expediente 00015-2015-PI/TC, fundamento 24).
23. De esta manera, la introducción del requisito de la participación del Ministerio de Economía y Finanzas obedece a la circunstancia, bien conocida, de que las normas que ocasionan gastos también genera graves consecuencias en otros sectores, “pues se alteraría la cadena de pagos del sistema financiero, ya que al exigirse el desembolso de una determinada cantidad de dinero para favorecer a

unos, podría dejarse de cubrir necesidades de otros, con el resultado de incumplimiento de determinados objetivos trazados, lo que produciría un desbalance financiero, pues cada organismo del Estado programa sus gastos y en base a su presupuesto planifica los objetivos a realizar (sentencia recaída en el expediente 0032- 2008-PI/TC, fundamento 16).

24. Es por ello que la concurrencia del Poder Ejecutivo en la adopción de medidas que generan gasto público se relaciona con la necesidad de evitar un desbalance en el equilibrio presupuestal. La Constitución peruana, por esta misma razón, no permite que los congresistas tengan de forma directa e incondicional iniciativa de gasto público. Considero que la adecuada dilucidación de esta controversia también requiere una serie de reflexiones en torno a este punto.

& 4. La prohibición de iniciativa de gasto público por parte de los congresistas

25. Como se ha señalado, el artículo 79 de la Constitución prohíbe a los congresistas la creación o el aumento del gasto público sin la existencia de un informe favorable previo por parte del Ministerio de Economía y Finanzas, salvo en lo que se refiere a su propio presupuesto.
26. Ciertamente, el Congreso de la República ostenta la competencia de controlar y fiscalizar la acción del Poder Ejecutivo en la administración del tesoro público, pero esto no supone, desde ningún punto de vista, que lo pueda reemplazar en la conducción de la hacienda pública, función que le ha sido encomendada en virtud del artículo 118, inciso 17, de la Constitución. Esto podría suponer la participación de un órgano particularmente político en el diseño de aspectos concernientes al manejo de la economía del Estado, con las consecuencias - bastante conocidas- que ello puede generar. La preocupación por esta clase de interferencias ha sido tal que el propio Tribunal Constitucional ha establecido en su jurisprudencia que si una ley que genera gasto público es aprobada con posterioridad por el Poder Ejecutivo, también resultaría inconstitucional si es que, por vía de la referida ley, la habilitación de dicho gasto pretende ser imputada a la vigente Ley de Presupuesto (cfr. sentencia recaída en el expediente 00007-2012-PI/TC, fundamentos 30 y 32).

27. De este modo, el artículo 79 de la Constitución es un límite directo a la actividad del legislador, y que se sustenta en la preservación del equilibrio presupuestal, aspecto indispensable para evitar perjuicios irreparables en el conjunto de los principios, derechos y valores que se desprenden de nuestra Ley Fundamental. Como bien ha referido Cass Susntein, “la libertad necesita que se cobren impuestos”⁷⁸. Esta frase, en su adecuado contexto, supone que la materialización de los derechos fundamentales requiere que el tesoro público sea administrado de forma responsable, ya que solo a través de la adecuada creación de gasto, y de su uso racional, es posible la satisfacción de derechos sin la necesidad de perjudicar otros. La eficiencia del funcionamiento del Estado depende, así, de una suerte de “Eficiencia de Pareto”, lo cual implica que deba existir una distribución óptima de los recursos⁷⁹.
28. Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, es evidente que la adopción de la presente ley por parte del Congreso ha obedecido al contexto internacional producido a propósito de la pandemia generada por la Covid-19. De hecho, de conformidad con su artículo 1, su objeto radica en “declarar en emergencia el Sistema Nacional de Salud y regular, por necesidad pública de carácter impostergable, su proceso de reforma, a fin de revertir la aguda crisis que atraviesa la gestión de los establecimientos y redes prestacionales de salud, a cargo de las diferentes entidades y en los tres niveles de gobierno que conforman el Sistema Nacional de Salud”.
29. Ahora bien, aunque ciertamente una pandemia es una situación marcadamente excepcional, y que demanda la adopción inmediata de medidas orientadas a reducir las severas consecuencias y el impacto que ella pueda generar, lo cierto es que ello no puede conducir a que el Congreso de la República pueda habilitar el aumento de gasto público, ya que las consecuencias pueden terminar por generar un cuadro general aun más perjudicial para el adecuado reconocimiento de los derechos fundamentales. Deseo referirme, con más detenimiento, a este punto en el siguiente apartado.

78 Sunstein, Cass (2018). *Las cuentas pendientes del sueño americano*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, p. 22.

79 *Cfr.* Satz, Debra (2015). *Por qué algunas cosas no deberían estar en venta*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, p. 35.

& 5. Razones que justifican la inconstitucionalidad de la Décima Disposición Complementaria Final de la Ley 31125

30. Se ha mencionado que, de conformidad con lo expresado en el escrito de demanda, la Décima Disposición Complementaria Final de la Ley 31123 supone la introducción de una modificación no formal en el presupuesto público, lo cual altera la programación presupuestal al implicar la realización de gastos no previstos, y ello genera demandas de recursos adicionales al tesoro público. En esa medida, se señala en la demanda, resultaba indispensable la aprobación previa por parte del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Economía y Finanzas. El Congreso de la República, por su lado, argumentó que la finalidad de la ley impugnada radicaba en la necesidad de tutelar los derechos fundamentales de las personas que integran el sector salud, y particularmente aquellos de naturaleza laboral. La disposición impugnada dispone que

[e]l personal de salud en condición de suplencia a plazo fijo bajo el régimen del Decreto Legislativo 728 del Seguro Social de Salud (EsSalud), que mantenga vínculo laboral ininterrumpido durante cinco (5) años, cuente con plaza presupuestada y considerada en el cuadro de asignación de personal pasa a contrato a plazo indeterminado en el mismo régimen.

31. En el presente caso, considero que resulta indispensable revisar el *iter* legislativo para analizar en qué medida la disposición impugnada supone una modificación no formal en el presupuesto público, tal y como lo sostiene el Poder Ejecutivo.
32. La aprobación de la Ley 31125 obedeció a la previa presentación, por parte de diversas bancadas al interior del Congreso de la República, de una serie de proyectos de ley para modificar lo relativo al sector salud en el contexto de la pandemia generada por la Covid 19. En efecto, los proyectos 4927/2020-CR, 5097/2020-CR y 5181/2020-CR estuvieron orientados a la adopción de normatividad vinculada con la emergencia sanitaria.
33. La validez de estos proyectos, que culminó en la adopción de la Ley 31125, fue examinada por la Comisión de Salud y Población del Congreso de la República en el Dictamen 01-2020-2021/

CSP-CR⁸⁰. En su pronunciamiento, esta entidad, en términos generales, sustentó la viabilidad económica de estas propuestas señalando, en términos generales, que la ley no “implica asumir gastos adicionales para el Estado, ya que se dispone que estas sean con cargo a los presupuestos de los diversos pliegos presupuestales y al concurso del sector privado respecto al financiamiento de proyectos de inversión en infraestructura mediante el proceso de obras por impuesto”. Del mismo modo, se indicó que estos “beneficios” están orientados a “una mejora en la prestación de los servicios de salud y fortalecer el primer nivel de atención que requieren ser dotadas de recursos humanos necesarios, de infraestructura y equipos requeridos a fin de mejorar la calidad de vida de la población”.

34. Con posterioridad, con fecha 27 de mayo de 2020, la autógrafa de Ley fue remitida al Poder Ejecutivo, para su aprobación. Sin embargo, el 17 de junio de ese mismo año el Presidente de la República y el Presidente del Consejo de Ministros observan la propuesta elaborada por el Congreso de la República. Señalan en particular, que

En lo que se refiere a la Décima Disposición Complementaria Final de la Autógrafa de Ley, la Autoridad Nacional del Servicio Civil -SERVIR- ha emitido el Informe Técnico N° 799-2017-SERVIR/GPGSC, sobre el Contrato por Suplencia en el régimen del Decreto Legislativo N° 728, en cuyo punto II -De la Vinculación con el Estado a través de las reglas del acceso al servicio civil-, se menciona la necesidad de que los concursos y principios que rigen el proceso de selección para el ingreso al servicio civil [se respeten]. De lo señalado, el Contrato de Suplencia tendrá vigencia en tanto dure la ausencia del trabajador titular, no siendo válida la continuidad laboral del trabajador suplente una vez ocurrido el retorno del titular de la plaza y/o cumplido el período máximo de los contratos modelos dispuestos por la Ley.

80 Dictamen 01-2020-2021/CSP-CR, pág. 14. Disponible en: https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/04927DC21MAY-20200518.pdf.

Pues, de promulgarse esta autógrafa de Ley se estaría contraviniendo el artículo 79 de la Constitución Política del Perú, y al no tener sustento técnico financiero se podría afectar otro derecho constitucional como es el acceso a prestaciones de la Seguridad Social de en Salud que tienen todos los trabajadores afiliados a EsSalud, establecido en el artículo 10 de la Constitución Política del Perú⁸¹.

35. De la revisión del trámite seguido al interior del Congreso de la República, puedo advertir que no se presentó ninguna iniciativa por parte del Poder Ejecutivo, por lo que nos encontramos en el escenario de un gasto público aprobado por el Poder Legislativo. En efecto, el Poder Ejecutivo no brindó su aprobación a lo que posteriormente sería la Ley 31125, y particularmente a la Décima Disposición Complementaria Final, la cual, en lo particular, he considerado incompatible con la Constitución. El sustento empleado por el Poder Legislativo radica en que no existiría precisión en relación con los alcances del artículo 79 de la Constitución. Así, la Comisión de Salud y Población del Congreso de la República, mediante Dictamen N° 13-2020-2021/CSP-CR, expresó que

Por otro lado, es importante señalar que en referencia al artículo 79° de la Constitución Política, esta establece que “los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto”. Sin embargo, el concepto de “gasto público” utilizado en el artículo 79°, solo es definido en el artículo 20° del Decreto Legislativo N° 1440 del Sistema Nacional del Presupuesto Público, la cual la define como “(. ..) el conjunto de erogaciones que realizan las Entidades con cargo a los créditos presupuestarios aprobados para ser orientados a la atención de la prestación de los servicios públicos y acciones desarrolladas por las Entidades de conformidad con sus funciones, para el logro de resultados prioritarios u objetivos estratégicos institucionales”.

81 Observaciones del Poder Ejecutivo a la autógrafa de Ley presentada por el Congreso de la República, fundamento 10. Disponible en: https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Observacion_a_la_Autografa/OBAU04927-20200617.pdf.

Esta definición de gasto público es netamente financiera y presupuestaria, ya que lo conceptualiza como una erogación, es decir, como un gasto de dinero.

En el Perú no existe norma, jurisprudencia, doctrina ni práctica parlamentaria de alcance general o universal que defina las características de esta figura que nos permita identificar en qué momento nos encontraríamos frente a una iniciativa generadora de gasto público. En ese sentido, parece razonable dejar sentado como criterio de calificación que, en tanto el gasto público no sea real, directo y consubstancial a la propuesta, no podría afirmarse que una iniciativa sea contraria al mandato del artículo 79º (énfasis agregado)⁸².

36. Por estas consideraciones es que, en general, se validó la constitucionalidad de la ley impugnada, y específicamente se confirmó la constitucionalidad de la Décima Disposición Complementaria Final, por lo que se procedió a publicarla.
37. Ahora bien, precisado el *iter* legislativo, me referiré a los motivos que sustentan la inconstitucionalidad de la referida disposición. Considero que es posible identificar dos razones que avalan la tesis de la inconstitucionalidad de esta cláusula: i) su aprobación supone un aumento de gasto público creado por un órgano no habilitado para ello; ii) dispone un modo de resolver la situación de los trabajadores del sector salud que incide en el principio meritocrático.
38. En relación con el primer motivo, el desarrollo del trámite legislativo permite concluir que, en efecto, la Décima Disposición Complementaria Final ha generado un gasto público que fue creado por un órgano no competente constitucionalmente para ello. Como se ha recordado, nuestro modelo constitucional impide la iniciativa por parte de los representantes al Congreso de la República, por lo que el hecho que se disponga un traslado automático de trabajadores

82 Dictamen 13-2020-2021/CSP-CR, pág. 12. Documento disponible en: https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictámenes/Proyectos_de_Ley/04927DC21MAY20200806.pdf

al régimen previsto en el Decreto Legislativo 728, tal y como lo establece dicha disposición, contraviene el mandato previsto en el artículo 79 de la Constitución.

39. En este voto he desarrollado lo que implica el equilibrio presupuestal, y cómo es que su preservación no se relaciona únicamente a una coordinación entre los poderes públicos, sino que se orienta esencialmente a la satisfacción y desarrollo - en forma racional y responsable- de un conjunto de intereses, bienes y derechos de la población en su conjunto. También he mencionado lo perjudicial que puede resultar el hecho que la conducción de la hacienda pública quede a cargo de un órgano esencialmente político, el cual, al desenvolverse en virtud de la lógica mayoritaria, puede terminar por adoptar medidas que, en el corto plazo, pueden resultar beneficiosas para la población, pero que, en el largo plazo, pueden ocasionarle severos perjuicios.
40. Del mismo modo, cabe resaltar que el Poder Ejecutivo observó la Décima Disposición Complementaria Final, por entender que no tiene sustento técnico- financiero. Así, se refirió a la no viabilidad económica de esta propuesta, y cómo es que el aumento inmediato del presupuesto puede impactar negativamente en otros ámbitos a los propios trabajadores del sector salud. Como se pudo apreciar, el dictamen de la Comisión de Salud y Población del Congreso, que pretendía pronunciarse sobre las observaciones del Poder Ejecutivo, solo se limitó a referir que no existían estándares que permitan entender cómo es que debe asumirse la noción de “gasto público”, lo cual, según considera, abona a una importante discrecionalidad a favor del órgano legislativo.
41. Evidentemente, no comparto la posición asumida por el Congreso de la República. En este voto he hecho referencia a múltiples pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que se precisa cómo debe entenderse el artículo 79 de la Constitución, y cómo es que se debe asumirse la prohibición de creación o aumento de la iniciativa de gasto por parte de los representantes ante el Poder Legislativo. También he mencionado los diversos principios constitucionales que se vinculan con la adopción del presupuesto, y cómo es que su debida observancia permite que la configuración de los derechos fundamentales se efectúe de forma progresiva y

responsable, posición que, por lo demás, también cuenta con sustento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

42. Estimo que la imposición de una “planilla” de trabajadores al Estado por los casos de suplencia supone necesariamente una iniciativa de gasto del empleador, como habría ocurrido en el caso de la Ley 31131, Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del sector público, cuya constitucionalidad también fue controvertida ante el Tribunal Constitucional. El intérprete final de la Constitución declaró que, en efecto, la medida adoptada, que suponía un cambio inmediato de régimen laboral de los trabajadores del sector público sin una coordinación previa con el Poder Ejecutivo, afectaba, entre otros principios, el de equilibrio presupuestal (*cfr.* sentencia recaída en el expediente 00013-2021-PI/TC, ver, particularmente, fundamentos 108 al 110).
43. Esta práctica la considero inconstitucional porque afecta la conducción del Ejecutivo respecto de la oportunidad y discernimiento del gasto. Ello además altera los principios de equilibrio presupuestario, que han sido consagrados en la constitución para asegurar un orden económico en beneficio de la población (Constitución Económica). Por estos motivos, estimo que la Décima Disposición Complementaria Final resulta incompatible con el principio de equilibrio presupuestal y con la prohibición de iniciativa o aumento de gasto público por parte de los representantes ante el Congreso de la República.
44. Por otro lado, también considero que la disposición impugnada incide en el principio meritocrático. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reconocido que el ingreso de personal con vínculo laboral indeterminado en la Administración Pública debe efectuarse observando criterios estrictamente meritocráticos. Esto contribuirá a “contar con personal que labore coadyuvando de la manera más efectiva, eficiente y con calidad en los diversos servicios que el Estado brinda a la sociedad, toda vez que la persona que resulte ganadora de un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, llevado a cabo con rigurosidad, debe ser idónea para realizar las funciones para las cuales será contratada, lo que, a su vez, repercutirá

en beneficio de la población” (sentencia recaída en el expediente 05057-2013-PA, fundamento 13).

45. Sin embargo, en el presente caso la introducción de la disposición impugnada supone un quebrantamiento de este mandato. En efecto, con la finalidad de resolver la situación de los trabajadores que cuentan con contrato de suplencia por más de cinco años, el Congreso de la República ha introducido una solución general en la que pretende que el modo para examinar estos casos es a través del nombramiento, en calidad de indeterminado, del trabajador que se encontraba con contrato de suplencia.
46. Considero, sobre este punto, que la discusión respecto de la existencia de un vínculo laboral de naturaleza indeterminada originada a propósito de la suscripción de contratos de suplencia no puede ser resuelta, en términos generales, a través de la adopción de una ley en la que no se cuente con la previa participación del Poder Ejecutivo. En efecto, en el marco del amplio abanico de posibilidades que pueden existir en relación con la forma de solucionar esta clase de casos, el Congreso de la República optó por una de carácter genérico, consistente en que todos los trabajadores pasen al régimen del Decreto Legislativo 728, lo cual atenta contra el principio meritocrático en la medida en que supone la instauración de un vínculo indeterminado sin que haya existido un concurso público en el que se haya evaluado la idoneidad del trabajador respectivo para esta clase de plazas. Es importante recordar, como lo hace Pisarello, que la “justiciabilidad de un derecho no es una cuestión de todo o nada. Es más bien un concepto graduable, que varía de acuerdo al contexto [...]”⁸³. Esto implica que la materialización de cualquier derecho fundamental demanda la adecuada precisión de su contenido constitucional, y la observancia del procedimiento establecido en la Ley Fundamental.
47. Como reflexión final, deseo señalar que no me opongo a la idea de la progresividad de los derechos. Soy un convencido que su adecuada implementación requiere de un uso responsable del tesoro

⁸³ Pisarello, Gerardo (2007). Los derechos sociales y sus garantías. Madrid: Editorial Trotta, p. 88.

público. Sin embargo, abrir la posibilidad, como ha ocurrido en este caso, de introducir reformas no formales a las reglas que orientan la adopción del gasto público supone, en buena cuenta, alterar la idea de la supremacía normativa de la Constitución. Se promueve, de esta manera, que nuestra norma fundamental sea inobservada por los poderes públicos, con todos los problemas que ello acarrea en el ámbito de una sociedad democrática.

48. Por todo lo expuesto, mi voto es por declarar **FUNDADA en parte** la demanda, y, en consecuencia, que la Décima Disposición Complementaria Final de la Ley 31125 resulta contraria a la Constitución.

S.

MONTEAGUDO VALDEZ



Pleno. Sentencia 374/2022

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 24 de noviembre de 2022, los magistrados Morales Saravia, Pacheco Zerga (con fundamento de voto), Gutiérrez Ticse y Domínguez Haro, sin la participación del magistrado Ferrero Costa, han emitido la sentencia que resuelve:

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el procurador público del Poder Ejecutivo contra la Ley 31399.

Asimismo, el magistrado Monteagudo Valdez votó en fecha posterior, por declarar infundada la demanda, con fundamento de voto.

Por su parte, el magistrado Ochoa Cardich emitió un voto singular a favor de declarar 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.

MORALES SARAVIA

PACHECO ZERGA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

MONTEAGUDO VALDEZ

OCHOA CARDICH

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 00001-2022-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

24 de noviembre de 2022

Caso de la regulación del referéndum

PODER EJECUTIVO C. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 31399, Ley que fortalece el proceso de aprobación de leyes de reforma constitucional regulado en los artículos 40 y 44 de la Ley 26300, Ley de los derechos de participación y control ciudadanos.

Magistrados firmantes:

SS.

MORALES SARA VIA

PACHECO ZERGA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

MONTEAGUDO VALDEZ

TABLA DE CONTENIDOS

Norma impugnada	Parámetro de control
Ley 31399	Constitución Política del Perú - Artículo 2, inciso 17, - Artículo 31, - Artículo 32, - Artículo 43, - Artículo 45, - Artículo 102, inciso 1, - Artículo 103, - Artículo 118, inciso 3, - Artículo 206 Convención Americana sobre Derechos Humanos - Artículo 23, inciso 1, y 23, inciso 2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - Artículo 25

I. Antecedentes

A. Petitorio constitucional

B. Debate constitucional

B-1. Demanda

B-2. Contestación de demanda

II. Fundamentos

1. Delimitación de la controversia

2. Contenido normativo de la ley 31399

3. El poder constituyente

3.1 El poder constituyente originario

3.1.1 El origen de un nuevo estado (poder constituyenteoriginario fundacional)

3.1.2 Cambio de régimen político (poder constituyenteoriginario refundacional)

3.1.3 Pronunciamientos del tribunal constitucional respecto al poder constituyente originario

- 3.2** El poder constituyente derivado: El órgano revisor de la constitución
 - 3.3** El lugar del poder constituyente derivado en la democracia constitucional
 - 4.** La asamblea constituyente como salida al problema del poder de reforma constitucional
 - 5.** Reforma de la constitución de 1993
 - 5.1** Mecanismos para la reforma de la constitución vigente
 - 6.** El referéndum en la constitución de 1993
 - 7.** Análisis de constitucionalidad formal de la ley 31399
 - 7.1** Sobre la alegada vulneración del artículo 206 de la constitución
 - 7.2** Sobre la alegada vulneración del artículo 102.1 De la constitución
 - 8.** Análisis de constitucionalidad por el fondo de la ley 31399
 - 8.1** Sobre la alegada vulneración del derecho de participación política en la constitución y en el bloque de constitucionalidad.
 - 8.2** Sobre la alegada vulneración de los artículos 43 y 45 de la constitución.
 - 8.3** Sobre la alegada vulneración del artículo 103 de la constitución
 - 8.4.** Sobre la alegada vulneración del artículo 118.3 De la constitución
 - 9.** La “constitucionalización” de la participación popular en la reforma de la constitución

III. Fallo

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 24 días del mes de noviembre de 2022, reunido el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de 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 y Monteagudo Valdez, y el voto singular del magistrado Ochoa Cardich, que se agregan. Sin la participación del magistrado Ferrero Costa.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 7 de febrero de 2022, el Poder Ejecutivo interpone demanda de inconstitucionalidad contra la totalidad de la Ley 31399, publicada el 30 de enero de 2022 en el diario oficial *El Peruano*, “Ley que fortalece el proceso de aprobación de leyes de reforma constitucional regulado en los artículos 40 y 44 de la Ley 26300, Ley de los derechos de participación y control ciudadanos”, por considerar que contraviene lo dispuesto en los artículos 2.17, 31, 32, 43, 45, 102.1, 103, 118.3 y 206 de la Constitución, así como el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Por su parte, con fecha 7 de junio de 2022, el apoderado especial del Congreso de la República contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos. Dicho escrito es firmado conjuntamente por los abogados Víctor García Toma y Aníbal Quiroga León.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

Las partes presentan una serie de argumentos sobre la constitucionalidad de la norma impugnada que, a manera de resumen, se presentan a continuación:

B-1. DEMANDA

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- El procurador público del Poder Ejecutivo impugna, por razones de forma y de fondo, la totalidad de la Ley 31399, por cuanto dicha ley contravendría diversos artículos constitucionales, así como lo dispuesto en la CADH y el PIDCP respecto del derecho a la participación política.
- En primer término, alega que esta sería la segunda oportunidad que tiene el Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre una ley del Congreso que limita el ejercicio del derecho a la participación política a través del referéndum.
- Refiere que la primera vez se produjo en el año 1996, a propósito de la demanda de inconstitucionalidad entablada contra la Ley 26592, que modificó el artículo 16 de la Ley 26300, a fin de establecer que todo referéndum debía ser aprobado de forma previa por el Congreso de la República.
- Afirma que la Ley 26592, impugnada en aquella oportunidad, fue emitida con la finalidad de evitar una situación concreta, esto es, que la ciudadanía fuese convocada a referéndum para pronunciarse sobre la Ley 26657, que permitía, a través de una interpretación auténtica del artículo 112 de la Constitución, una segunda reelección de Alberto Fujimori.
- Añade que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe del año 2000 sobre la “Situación de los derechos humanos en el Perú”, se pronunció sobre esta ley del Congreso de la República que restringía el referéndum, y dio cuenta de la interferencia estatal en el ejercicio efectivo del derecho a la participación política de la ciudadanía.
- Sostiene que, al igual que en el presente caso, se incorporó, a través de una ley, un supuesto de improcedencia del referéndum no previsto en la Constitución.
- Asevera que, en aquella oportunidad, el Tribunal Constitucional, contra la expresa voluntad de la mayoría de sus miembros, se vio impedido, por el voto en minoría de dos magistrados, de garantizar

el derecho a la participación política, a fin de que puedan pronunciarse, libre y democráticamente, sobre la “precisión” a la Constitución realizada en aquel momento por el Congreso, mediante una ley de “interpretación auténtica”, respecto a la segunda reelección de Alberto Fujimori.

- Por ello, solicita que, en esta ocasión, el Tribunal se pronuncie sobre una ley que vuelve a limitar el derecho a la participación directa en asuntos públicos, al agregar requisitos, no previstos en la Constitución, para la realización del referéndum. En tal sentido, enfatiza que el voto en mayoría de los cinco magistrados de aquel caso podría ser empleado para la resolución de la presente controversia.
- En segundo término, la parte demandante hace referencia a los vicios de inconstitucionalidad formal en que habría incurrido la Ley 31399. Al respecto, asegura que toda propuesta normativa sobre límites a los derechos políticos y sobre los supuestos en los cuales no procede el referéndum como resultado de una iniciativa legislativa ciudadana, debe ser evaluada y analizada de acuerdo con el procedimiento de reforma constitucional (artículo 206 de la Constitución).
- Sostiene que la Ley 31399 establece una restricción a los derechos políticos, al agregar un supuesto de improcedencia del referéndum (mediante la modificación al artículo 40 de la Ley 26300) y un procedimiento para su convocatoria (artículo 44 de la misma ley) no prevista a nivel constitucional. Asimismo, afirma que se siguió, para su debate y aprobación, la vía establecida para la aprobación de leyes ordinarias, al margen de la prevista para las reformas al texto constitucional. Por lo tanto, se contravendría el artículo 206 de la Constitución.
- El demandante aduce que la Ley 31399 vulnera la competencia del Congreso, establecida en el artículo 102.1 de la Constitución. Alega que en el trámite de aprobación de dicha ley se ha utilizado la competencia del legislativo para realizar “precisiones” respecto a una materia de índole constitucional, y ha establecido restricciones al ejercicio del derecho de referéndum y a las reglas sobre su convocatoria, más allá de lo previsto en el artículo 32 de la Constitución. Por ello, concluye que dicha actuación excedería las competencias normativas del legislador ordinario.

- Por otro lado, el demandante sostiene que la Ley 31399 ha sido emitida con la única finalidad de evitar un hecho concreto, como el desarrollo de iniciativas ciudadanas orientadas a la aprobación de una ley, vía referéndum, que permita la convocatoria a una asamblea constituyente para la elaboración de un nuevo texto constitucional.
- Sobre ello, el demandante menciona que diversos proyectos de iniciativa legal ciudadana sobre dicha materia han sido presentados ante la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), con la finalidad de obtener el respectivo “Kit electoral para referéndum”, que permita el inicio de recolección de firmas.
- Al respecto, precisa que la demanda no tiene como objetivo plantear un debate sobre el contenido específico de tales iniciativas ciudadanas, sino el cuestionamiento de una ley cuya finalidad es impedir, de forma inconstitucional, que aquellas sean sometidas a referéndum.
- Por ello, la parte demandante alega que la Ley 31399 vulnera el principio de generalidad de las leyes, establecido en el artículo 103 de la Constitución.
- En tercer lugar, en cuanto a los alegados vicios de inconstitucionalidad por el fondo, la parte demandante precisa que la cuestionada norma vulnera el derecho a la participación política, reconocido en los artículos 2.17, 31 y 32 de la Constitución, por cuanto establece un supuesto adicional de improcedencia del referéndum no previsto en el artículo 32 de la Constitución, y condiciona cualquier referéndum a la aprobación previa por parte del Congreso.
- La parte demandante manifiesta que toda interpretación constitucional sobre el referéndum debe considerar que dicha institución complementa el régimen representativo previsto en la Constitución. Acota que el Congreso de la República no puede aprobar normas que limiten inconstitucionalmente el ejercicio del referéndum y menoscaben la democracia directa.
- Del mismo modo, el procurador público del Poder Ejecutivo sostiene que la ley impugnada vulnera el artículo 23 de la CADH y del artículo 25 del PIDCP. Al respecto, anota que, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, corresponde al Tribunal Constitucional realizar un control de

convencionalidad de la Ley 31399, toda vez que establece restricciones indebidas al ejercicio del derecho a la participación política directa a través del referéndum, contraviniendo los mencionados instrumentos internacionales de derechos humanos, vinculantes para el Estado peruano.

- En la demanda también se resalta que la democracia constituye un pilar fundamental del Estado constitucional y de la defensa de los derechos humanos, incluyendo el derecho a la participación política, el cual debe ser fortalecido a fin de garantizar la participación ciudadana en la adopción de decisiones de interés nacional.
- En consecuencia, enfatiza que la Ley 31399 vulnera el principio democrático (artículo 43 de la Constitución) y el principio de soberanía popular (artículo 45 de la Constitución), debido a que impide a la población pronunciarse de manera directa sobre propuestas normativas de iniciativa ciudadana.
- Por último, el demandante expone que, con la finalidad de alcanzar el desarrollo integral del país, mediante el Decreto Supremo 164-2021-PCM se aprobó la Política General de Gobierno para el periodo 2021-2026, en concordancia con el artículo 4.1 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, y artículo 7.1 del Decreto Supremo 29-2018-PCM.
- En atención a ello, el procurador público del Poder Ejecutivo refiere que la ley cuestionada contraviene la competencia del presidente de la República para dirigir la “Política general del Gobierno”, reconocida en el artículo 118. 3 de la Constitución, debido a que se impide al Poder Ejecutivo dar cumplimiento al lineamiento 6.1 de dicha política concerniente al período 2021- 2026, sobre el fortalecimiento del sistema democrático y, específicamente, la consolidación de la institucionalidad democrática, la gobernabilidad y la participación política de los ciudadanos.
- Por tales consideraciones, la parte demandante solicita a este Tribunal que se declare la inconstitucionalidad de la Ley 31399.

B-2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

- El apoderado especial del Congreso comienza analizando el artículo 206 de la Constitución y sostiene que la reforma constitucional está sujeta a límites materiales (explícitos e implícitos) y formales, según lo desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- Al respecto, afirma que los límites materiales aluden a los principios supremos del ordenamiento que no pueden ser objeto de modificación por el poder reformador de la Constitución. Por otra parte, destaca que los límites formales del poder reformador dan cuenta de los requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para llevar a cabo la reforma del texto constitucional, y que han sido abordados en el fundamento 72 de la Sentencia 00014-2002-PI/TC.
- En tal sentido, sostiene que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la existencia de dichos límites formales permite considerar que “el rol cumplido por el Poder de Reforma Constitucional no es, ni puede ser, el mismo que el del Poder Constituyente, que es por definición plenipotenciario. Se trata, por consiguiente, de un órgano constituido y, como tal, potencialmente condicionado” (página 4 del escrito que contiene la contestación de demanda, punto 11).
- Alega que una interpretación sistemática del artículo 32.1 y del artículo 206 de la Constitución permite concluir que el cauce de la reforma total o parcial de la Constitución, inclusive la que se pueda efectuar a través del referéndum, requiere de la aprobación del Congreso, como Poder Constituyente Derivado.
- En cuanto a los alegados vicios de inconstitucionalidad por la forma, el apoderado especial del Congreso sostiene que la ley impugnada no ha vulnerado el artículo 206 de la Constitución, por cuanto no se trata de una ley de reforma constitucional.
- Al respecto, precisa que la modificación del artículo 40 de la Ley 26300 solo se refiere al supuesto de improcedencia del referéndum que ya se encuentra previsto en la Constitución, para el caso de la reforma total o parcial.
- Aduce que, según el texto constitucional, procede el referéndum sobre toda reforma constitucional, total o parcial, aprobada por el

Congreso, con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros, salvo que en el procedimiento de reforma el acuerdo parlamentario se obtenga en dos legislaturas ordinarias sucesivas, con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

- Sin embargo, menciona que el Congreso puede disponer que el Poder Ejecutivo convoque a referéndum en aquellos casos en los que la primera votación haya superado los dos tercios del número legal de parlamentarios, como ocurrió en el año 2018. Indica, además, que el supuesto de improcedencia del referéndum también se encuentra previsto en el literal “a” del artículo 39 de la Ley 26300. Por ello, concluye que la Ley 31399 no modifica el artículo 32 de la Constitución.
- Con relación a la modificación del artículo 44 de la Ley 26300, explica que antes de su entrada en vigencia, dicha disposición había establecido como regla general que la autoridad electoral era competente para convocar a referéndum en los casos promovidos por ciudadanos.
- Añade que, de acuerdo con la Constitución, es posible comprender que, para su reforma total o parcial, el Congreso tiene la iniciativa de referéndum y que el presidente de la República puede ser la autoridad encargada de convocarlo.
- Por ello, descarta que la ley impugnada, en cuanto modifica el artículo 44 de la Ley 26300, reforme o vulnere la Constitución.
- Al respecto, expone que la norma sometida a control es una ley de desarrollo constitucional que regula el referéndum para la reforma total o parcial de la Constitución, de acuerdo con lo establecido en los artículos 2.17, 32 y 206 de la Constitución.
- Sobre ello, indica que la ley impugnada dota de contenido legislativo al límite formal de la reforma constitucional, previsto en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución.
- Así, dicha norma precisa el procedimiento a seguir para someter a referéndum materias relacionadas con la reforma total o parcial, con lo cual se evitaría que el debate sobre tales temas sea utilizado como instrumento político por los gobiernos de turno en su

permanente pugna con el Congreso, como ha sido característico de la última década.

- Expresa que la ley controlada precisa también que corresponde al presidente de la República convocar a referéndum, en caso de reformar total o parcial la Constitución, por expresa disposición del Congreso, en el marco de lo previsto en su artículo 206.
- En suma, alega que la ley impugnada es una concreción legislativa del límite formal previsto en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución, para el caso de la utilización del referéndum en la reforma total o parcial, y establece precisiones y límites razonables para su ejercicio.
- Asevera que resulta inexacto lo afirmado en la demanda -en el sentido de que el artículo único de la ley impugnada ha introducido un supuesto de improcedencia del referéndum no previsto en la Constitución-, puesto que dicho supuesto concretiza el límite formal del artículo 206, antes referido, que asigna los roles que corresponden al Congreso y al pueblo como titulares del Poder Constituyente Derivado en los procesos de reforma a través del referéndum; lo que conlleva a reafirmar a nivel legislativo su plena vigencia.
- Aduce que dicho supuesto de improcedencia rige únicamente para el referéndum que verse sobre reforma total o parcial de la Constitución, conforme prevé el artículo 32.1 de la Norma Fundamental, y no para aquellos referendos que se celebren con respecto a otras materias reguladas por dicho artículo, como se resalta en el propio título de la ley impugnada.
- Asegura que, al no tratarse de una ley de reforma, dicha ley se ciñó estrictamente al procedimiento parlamentario de expedición de leyes, conforme a la Constitución y el Reglamento del Congreso.
- Sobre la alegada vulneración del artículo 102.1 de la Constitución, (relacionado con las atribuciones normativas del Congreso), el apoderado especial del Poder Legislativo sostiene que dicho argumento carece totalmente de asidero, puesto que en el orden jurídico peruano no existe, a su criterio, ninguna norma ni interpretación del Tribunal Constitucional que impida expedir normas de desarrollo constitucional.

- A ello agrega que resulta plenamente compatible con la Constitución la expedición de leyes de desarrollo constitucional que, partiendo de ella, establezcan precisiones y limitaciones razonables a la legislación vigente, como fue destacado en los fundamentos adicionales al voto singular conjunto emitido en el Expediente 00032-2021-PI/TC; lo que resulta más atendible si se tienen en cuenta los límites formales a la reforma constitucional establecidos en el primer párrafo del artículo 206 del texto constitucional.
- Así, afirma que el artículo único de la ley impugnada constituye una norma de desarrollo constitucional, expedida en ejercicio legítimo de las atribuciones legislativas del Congreso, según los artículos 102.1 y 106 de la Constitución, lo que, a su vez, hace resaltar la primacía del artículo 206 de la Norma Fundamental ante la falta de precisión del texto original del artículo 40 de la Ley 26300, que podía dar lugar a interpretaciones totalmente contrarias a la Constitución sobre la aplicación del referéndum para la reforma constitucional total o parcial.
- Concluye entonces que la ley impugnada es una ley de desarrollo que regula el referéndum para la reforma total o parcial de la Constitución, sobre la base de lo establecido en los artículos 2.17, 32 y 206 de la Norma Fundamental.
- En cuanto a la supuesta vulneración del artículo 103 de la Constitución, la parte demandada manifiesta que el análisis de las condiciones para el establecimiento de una regla de diferenciación en materia de referéndum para la reforma total o parcial de la Constitución, revela que la intervención legislativa realizada por la ley impugnada se encuentra plenamente justificada, por cuanto se orienta a un fin constitucionalmente válido, como es asegurar la plena vigencia de los límites formales a la reforma constitucional establecidos en el artículo 206 de la Carta Política.
- Además, el apoderado especial del Congreso destaca que dicha intervención se refiere solo a la reforma total o parcial de la Constitución, y no al referéndum concebido de manera genérica. Por ello, resultaba estrictamente razonable y adecuado precisar los artículos 40 y 44 de la Ley 26300, a fin de ajustarlos al texto vigente del primer párrafo del artículo 206, para reafirmar la improcedencia del

referéndum que no se ciña a dichos límites y precisando la autoridad que debe convocarlo cuando se refiera a la reforma constitucional.

- Asimismo, subraya la existencia de una estricta concordancia lógica entre el fin perseguido y el medio empleado y, precisamente por ello, considera que la ley impugnada no vulnera el artículo 103 de la Constitución.
- En relación con los vicios de inconstitucionalidad por el fondo, y específicamente, respecto a la alegada vulneración del derecho a la participación política a través del referéndum reconocido en los artículos 2.17, 31 y 32 de la Constitución, indica que el referéndum es la expresión típica de pronunciamiento popular, a través del cual el pueblo ejerce su potestad decisoria, en vía consultiva o deliberativa.
- Anota que a través del sufragio se ratifica o desaprueba, con carácter definitivo, expresiones normativas generadas por los órganos representativos del Estado, y que el referéndum es una de las más importantes manifestaciones de la democracia directa.
- Mediante el referéndum -menciona- se crean, modifican, adicionan, abrogan o derogan normas jurídicas y se trasladan las decisiones de la democracia representativa a la democracia directa. Y se clasifica según sus efectos jurídicos (constitutivo, modificativo, abrogativo o derogatorio), su naturaleza jurídica (obligatorio o facultativo), su origen (popular o gubernamental), su eficacia jurídica (decisorio y vinculante, cuando se le emplea para ratificar o rectificar una decisión ya adoptada) y su materia (constituyente y legislativo).
- Asevera que existen las siguientes vías de participación ciudadana, según los artículos 32 y 206 de la Constitución y la sentencia emitida en el Expediente 00014-2002-PI/TC: i) iniciativa de reforma constitucional de la ciudadanía, equivalente al 0.3% de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral; ii) referéndum ratificatorio de proyecto de ley de reforma, aprobado por 66 votos en el Congreso y iii) consulta adicional a la ciudadanía, mediante referéndum, respecto del proyecto de ley de reforma constitucional, aprobado por una votación superior a los 2/3 del número legal de Congresistas.

- Precisa que el referéndum no debe ser identificado con la figura del plebiscito, donde lo político excede en importancia a lo estrictamente jurídico. Y que el referéndum no normativo implícitamente contiene las características del plebiscito, al solicitar la intervención directa de la ciudadanía para que adopte una determinación política, lo que no se encuentra reconocido en nuestro ordenamiento.
- Aduce que el Poder Constituyente puede llevar a cabo una reforma parcial o total (nueva Constitución). Y que el artículo 32 de la Norma Fundamental “(...) ha constitucionalizado concurrentemente la función constituyente a cargo del Congreso de la República y el Poder Constituyente cuya titularidad está a cargo del Estado” (página 45 del escrito que contiene la contestación de demanda, punto 146).
- Manifiesta que la ley controlada se refiere a un supuesto de improcedencia del referéndum para el caso de la reforma total o parcial de la Constitución, conforme a sus artículos 32.1 y 206 (primer párrafo) y al artículo 39 literal “a” de la Ley 26300. Y busca fortalecer el proceso de aprobación de leyes de reforma constitucional, regulado en los artículos 40 y 44 de la Ley 26300, complementando y desarrollando el límite formal el artículo 206 de la Constitución.
- Por ello, a su criterio, la ley impugnada reafirma la vigencia del artículo 206 de la Constitución frente a la acción de algunos sectores interesados en convocar a una Asamblea Constituyente, que redacte una nueva Constitución, en cuyo empeño prescinden de los límites formales establecidos por la Constitución vigente y pretenden utilizar mecanismos plebiscitarios. En tal sentido, considera saludable que el Ejecutivo haya presentado el Proyecto de Ley 1840/2021-PE, con el objetivo explícito de que el Congreso debata y apruebe su propuesta y sea consultada a la ciudadanía a través de referéndum en el acto electoral de las Elecciones Regionales y Municipales 2022.
- Sostiene que el artículo 2.17 reconoce derechos de participación que se ejercen conforme a ley. Reitera que la ley impugnada no es aplicable a los referendos sobre materias distintas a las contempladas en el artículo 32.1 de la Constitución. Y concluye que no existe ninguna intervención ilegítima en el derecho de participación ciudadana ni un despojo del contenido del referéndum con la entrada en vigor de la Ley 31399.

- Sobre la alegada vulneración del artículo 23 de la CADH y del artículo 25 del PIDCP, refiere que la parte demandante no ha expresado ningún hecho o argumento que acredite la vulneración de los instrumentos internacionales, que no sea el establecimiento de restricciones indebidas al ejercicio del derecho a la participación política directa a través del referéndum, que no concurren en el caso de la ley impugnada.
- Respecto a la supuesta vulneración de los artículos 43 y 45 de la Constitución, asevera que se trata de límites legítimos que encauzan el referéndum como mecanismo de reforma constitucional, en cumplimiento de los artículos 2.17, 31 y 206 (primer párrafo) de la Constitución, y que la competencia para ejercer el poder de reforma constitucional únicamente la tienen el Congreso y el pueblo mediante referéndum, exclusivamente en la forma que contempla el referido artículo 206 de la Norma Fundamental.
- Finalmente, respecto a la presunta vulneración del artículo 118.3 de la Constitución, enfatiza que dicho cuestionamiento carece de sustento y acota que evidencia una imprecisa delimitación conceptual entre normas jurídicas y políticas públicas nacionales, por cuanto la ejecución de políticas públicas está en un plano distinto del plano de las normas jurídicas.

II. FUNDAMENTOS

§1. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA

1. En el presente caso se cuestiona la totalidad de la Ley 31399, “Ley que fortalece el proceso de aprobación de leyes de reforma constitucional regulado en los artículos 40 y 44 de la Ley 26300, Ley de los derechos de participación y control ciudadanos”, toda vez que contravendría la Constitución por la forma y por el fondo.
2. En relación con tales vicios, la parte demandante alega que la ley sometida a control vulneraría los artículos 2.17, 31, 32, 43, 45, 102.1, 103, 118.3 y 206 de la Constitución, el artículo 23 de la CADH y el artículo 25 del PIDCP.
3. A fin de resolver la presente controversia, este Tribunal Constitucional considera indispensable comenzar determinando el contenido normativo de la ley sometida a control, para luego analizar diversos

aspectos relacionados con el proceso de reforma de la Constitución y la convocatoria a referéndum con dicha finalidad y, por último, examinar las razones impugnatorias concretamente planteadas.

§2. CONTENIDO NORMATIVO DE LA LEY 31399

4. La Ley 31399 consta de un artículo único, que expresamente modifica los artículos 40 y 44 de la Ley 26300, Ley de los derechos de participación y control ciudadanos.

5. Con respecto a la primera modificatoria, la ley establece lo siguiente:

Artículo 40.- Improcedencia de referéndum

No pueden someterse a referéndum las materias y normas a que se refiere el segundo párrafo del artículo 32 de la Constitución, ni aquellas que no se tramiten según el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política.

6. Con relación a la segunda modificatoria, dicha ley ha dispuesto que:

Artículo 44.- Autoridad que convoca a referéndum

La convocatoria a referéndum corresponde efectuarla a la autoridad electoral en plazo no mayor de cuatro meses después de acreditadas las respectivas iniciativas, salvo que se trate de una reforma constitucional, en cuyo caso es convocado por el presidente de la República, por disposición del Congreso, de conformidad con el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política.

7. Respecto a la primera modificatoria, queda claro que a diferencia de lo previsto en el texto original del artículo 40 de la Ley 26300, la disposición impugnada en el presente proceso ha añadido el siguiente texto:

(...) ni aquellas que no se tramiten según el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política.

8. La disposición cuestionada, entonces, conserva la prohibición de someter a referéndum las materias y normas a que se refiere el

segundo párrafo del artículo 32 de la Constitución y añade la prohibición de someter a referéndum las materias y normas que no se tramiten según el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política.

9. En relación con la segunda modificatoria detallada *supra*, la disposición sometida a control ha agregado la siguiente frase:

(...) salvo que se trate de una reforma constitucional, en cuyo caso es convocado por el presidente de la República, por disposición del Congreso, de conformidad con el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política.

10. Al respecto, se advierte que la disposición conserva la convocatoria a referéndum por parte de la autoridad electoral, pero introduce una excepción para el supuesto de reformas constitucionales, en cuyo caso la convocatoria a referéndum pasará a realizarla el Poder Ejecutivo por disposición del Congreso.
11. Como paso previo a analizar los alegatos de las partes respecto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo único de la Ley 31399, este Tribunal considera indispensable abordar diversas materias jurídico-constitucionales, como las vinculadas con el Poder Constituyente Originario y el Poder Constituyente Derivado, la Asamblea Constituyente en el derecho comparado, la reforma de la Constitución y el referéndum en una democracia representativa, entre otros.

3. EL PODER CONSTITUYENTE

12. El surgimiento del Estado democrático liberal tuvo como una de sus consecuencias la redefinición del concepto de Constitución, y del órgano competente para su concreción y reforma.
13. Desde Sieyès se ha diferenciado entre el Poder Constituyente y los Poderes Constituidos; es decir, entre la potestad de dar una Constitución que diseña y atribuye competencia a los Poderes Constituidos, y la de ejercer funciones legislativas, ejecutivas, de impartición de justicia, entre otras, bajo dicho marco constitucional.
14. Asimismo, el Poder Constituyente puede presentarse en dos momentos:

- a) en el origen del Estado, o
- b) en el momento de su refundación sobre nuevas bases de dicho Estado.

Por otra parte, también puede desarrollarse la actividad constituyente como poder de reforma.

- 15. Al respecto Orbegoso Venegas señala que el Poder Constituyente tiene un carácter formal y material. El primero, es aquel que se instituye y funciona con el objeto de dar una Constitución a un Estado que nace por primera vez o que ha decidido cambiar de Constitución. El carácter material del Poder Constituyente está determinado por el objeto de normación o la materia constitucional, esto es la función por sí misma y en cuanto se legisla materia constitucional que por principio corresponde al Poder Constituyente⁽⁸⁴⁾.
- 16. Esta cuestión, que debe ser analizada para determinar el alcance de la ley impugnada, impone distinguir entre el denominado Poder Constituyente Originario y el Poder Constituyente Derivado.

3.1 EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

- 17. El Poder Constituyente —expresa Hernández Valle⁽⁸⁵⁾—, aparece cuando surge un Estado a la vida jurídica, o bien cuando rompe el orden constitucional por un hecho ilegítimo respecto del ordenamiento jurídico; verbigracia, un golpe de Estado, una revolución, un cuartelazo, etc. Para que ello ocurra, siguiendo a Sánchez Viamonte⁽⁸⁶⁾, deben concurrir tres presupuestos: el Acto Constituyente, el Poder Constituyente y la Constitución.
- 18. Así pues, el poder que crea una Constitución es un Poder Constituyente Originario, omnipotente, sin límites jurídicos, y eminentemente político. A diferencia de los Poderes Constituidos, que son

84 Orbegoso Venegas, S. (2002). *El poder constituyente y otros ensayos*. Trujillo: Normas Legales (p. 73).

85 Hernández Valle, R. (1993). "El poder constituyente derivado". *Revista Española de Derecho Constitucional*, (37), 143-155. (p. 146)

86 Sánchez Viamonte, C. (1957). *El constitucionalismo, sus problemas*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina S.A. (p. 60)

diseñados con competencias limitadas, el Poder Constituyente Originario es un poder creador que rompe las barreras de la juridicidad, ya que su fuente no está en una regla preestablecida, sino en el acto popular que, cual sinergia social, se consuma.

19. Si esto es así, entonces el Poder Constituyente Originario no puede ser invocado sino de manera extraordinaria, o bien en la fundación de un nuevo Estado, o en la refundación de uno ya constituido; y ello implica una conexidad entre el acto político, su legitimidad ciudadana y la emisión del documento constitucional.
20. De lo anterior se desprende que un Poder Constituido se encuentra impedido de elaborar una Constitución, y no está facultado para modificar o alterar el marco de ejercicio del poder que le ha sido asignado. En cambio, el Poder Constituyente Originario implica una participación popular que es fundante de un nuevo orden político y jurídico, ya sea que esto suceda en el origen o con posterioridad, cuando se cambien radicalmente las bases de su ordenamiento y que todos los destinatarios deberán aceptar, respetar y cumplir.
21. Por lo hasta aquí expuesto, el Poder Constituyente Originario es la forma más importante de participación política con que cuentan los ciudadanos de un Estado y el resultado de su actuación no es otro que la emergencia de una nueva Constitución. El Poder Constituyente Originario y la Constitución aparecen como un binomio inescindible.
22. Corresponde ahora detenerse en el ejercicio de la fuerza política del Poder Constituyente Originario, la que puede llevarse a cabo en distintos escenarios: i) cuando se origina jurídicamente un nuevo Estado, donde el Poder Constituyente Originario es fundacional; y ii) cuando se produce un cambio de régimen jurídico, al que se le denomina Poder Constituyente Originario Refundacional.

3.1.1 EL ORIGEN DE UN NUEVO ESTADO (PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO FUNDACIONAL)

23. Un primer supuesto de manifestación del Poder Constituyente Originario es el relacionado con el origen de un nuevo Estado, que pasará a contar con una Constitución que establezca su marco jurídico interno.

24. En tal sentido, dicho poder es originario “cuando se ejerce en la etapa fundacional o de primigeneidad del Estado, para darle nacimiento y estructura” (87). Por ello, en este supuesto, el Poder Constituyente Originario aparece como una fuente de creación de una primera Constitución para un nuevo Estado.
25. Asimismo, corresponde destacar que existen diversos procesos relacionados con la formación de los Estados, los cuales pueden formarse como consecuencia de la decisión popular de independizar su territorio (como sucedió así con las colonias americanas de España y de Portugal), o luego de la decisión de los pueblos de continuar su existencia de forma separada (como ocurrió con Checoslovaquia en 1992, cuya escisión dio lugar a la República Checa y a Eslovaquia).
26. Más allá del caso concreto o las particularidades que caractericen la formación de un nuevo Estado, lo cierto es que en cada caso se necesitará de una Constitución que lo organice y estructure jurídicamente, de acuerdo con los fines, valores y principios básicos que se establezcan.

3.1.2 CAMBIO DE RÉGIMEN POLÍTICO (PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO REFUNDACIONAL)

27. El segundo escenario de aparición del Poder Constituyente Originario es cuando se refunda jurídicamente un Estado preexistente. En este supuesto, el Poder Constituyente es una fuerza transformadora, cuyo efecto es el establecimiento de un orden constitucional distinto del anterior, sobre la base de nuevos supuestos, sean estos políticos, sociales, económicos, culturales o propiamente jurídicos.
28. Ejemplos de la obra del Poder Constituyente Originario Refundacional son la Constitución de la República Española de 1931 y, décadas después, el regreso de la monarquía en la Constitución Española de 1978. Asimismo, otro ejemplo se halla en el caso de la Constitución de la República Italiana de 1949, que dejó sin efecto

87 Bidart Campos, G. (2005), *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediar. (p. 478).

el Estatuto Albertino de 1848, ley fundamental de impronta monárquica, que siguió rigiendo durante el período fascista.

29. En el Perú, tanto con la Constitución de 1979 como la vigente de 1993, se advierte que la fuente del Poder Constituyente no radica en el derecho, sino en el acto político *per se* (hechos prejurídicos), puesto que la primera no siguió el procedimiento de reforma previsto en la Carta de 1933, y la segunda tampoco respetó el procedimiento de reforma señalado en la Carta de 1979.
30. No obstante, en estos casos, como es evidente, el Estado ya está formado, pero la voluntad popular decide transformar las bases mismas del sistema político fuera de los mecanismos estipulados por la Constitución, y el resultado es un Estado bajo una nueva estructura diseñada libremente por el constituyente.

3.1.3. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO AL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

31. Este Tribunal, en pronunciamientos anteriores, también dejó establecidas ciertas consideraciones sobre el Poder Constituyente Originario. Entre ellos cabe destacar las Sentencias 00014-2002- PI/TC, 00014-2003-PI/TC y 00050-2004-PI/TC y acumulados.
32. En el primero de dichos casos, el Tribunal Constitucional sostuvo que el Poder Constituyente es un representante plenipotenciario del pueblo, único en su género, capaz de crear un nuevo orden constitucional, de dotarlo de sentido, de impregnarlo de valores materiales y, también, de poner fin al orden constitucional precedente, en caso exista (fundamento 63). Este es el denominado Poder Constituyente Originario, cuya fuerza y autoridad son evidentemente políticas, siendo el pueblo el único titular de la soberanía y su decisión fundamenta el poder del constituyente (fundamento 58).
33. Así, este Tribunal sostuvo que la Constitución es creación del Poder Constituyente y “norma jurídica fundamental”, por ser la depositaria objetiva de sus intenciones, tanto respecto al reconocimiento de los derechos de la persona como para establecer la organización del Estado (fundamento 58). La razón de esta modalidad es el propósito de dotar de una primera Constitución al nuevo Estado o

dotar de una nueva Constitución al Estado preexistente, supuesto este último donde dicho poder despliega su fuerza transformadora (fundamento 59), la misma que opera ante nuevos supuestos políticos, económicos, sociales, culturales, etc., sobre los que se asentará –precisamente– la nueva Constitución.

34. Además, el Tribunal también se refirió a las características del Poder Constituyente Originario, el cual goza, principalmente, de tres características:
 - a) Es único y omnímodo, porque no puede ser reemplazado en el ejercicio de sus funciones por otro poder ni admite ningún poder paralelo.
 - b) Es extraordinario, por cuanto sus responsabilidades son excepcionales, pues pueden presentarse en momentos o circunstancias históricas específicas.
 - c) Es ilimitado, ya que asume plenipotenciariamente todas sus facultades sin restricciones, salvo las directamente vinculadas con las valoraciones sociales dominantes (Sentencia 00014-2002-PI/TC, fundamento 60).
35. Por su parte, en la Sentencia 00014-2003-PI/TC, se reiteró que al Poder Constituyente Originario “no se le pueden imponer límites formales, pues se encuentra más allá del Derecho positivo, y - siendo un poder *extra ordinem*- se fundamenta en sí mismo y en las valoraciones sociales dominantes” (fundamento 17). Lo anterior significa también que “la elaboración de la Constitución no se encuentra sujeta a normas que disciplinen su proceso de creación” toda vez que dicha obra, “es algo que se autoimpone el Poder Constituyente” (Sentencia 00014-2003-PI/TC, fundamento 19).
36. Esta idea de Poder Constituyente Originario, como previo y sin control jurídico, o como entidad única, extraordinaria e ilimitada formalmente, fue destacada también en la Sentencia 00050-2004-PI/TC, fundamento 17.
37. Las características anotadas, como se verá a continuación, distinguen y separan al Poder Constituyente Originario del denominado Poder Constituyente Derivado.

3.2 EL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO: EL ÓRGANO REVISOR DE LA CONSTITUCIÓN

38. A diferencia del Poder Constituyente Originario, analizado *supra*, el Poder Constituyente Derivado alude a la competencia para reformar la Constitución, bajo los alcances y límites que ella misma establezca; en una lógica conforme a la cual, si bien las constituciones tienen una vocación de permanencia y estabilidad, también incorporan cláusulas que hacen viable su reforma por medio de mecanismos especiales. Así, mientras se ha remarcado que el Poder Constituyente Originario carece de límites jurídicos, en cambio el Poder Constituyente Derivado (o poder de reforma) se encuentra siempre reglado, por cuanto se trata de un Poder Constituido.
39. Ahora bien, dicha distinción hace que en la dogmática actual no solo se distinga entre el Poder Constituyente y los Poderes Constituidos, sino además entre Poderes Constituidos primarios y Poderes Constituidos secundarios, siguiendo la propuesta de Carpizo.
40. Para el profesor mexicano, los Poderes Constituidos primarios son el órgano revisor de la Constitución y el Tribunal Constitucional, y precisa sobre el primero que

El órgano revisor de la Constitución –prosigue el extinto jurista mexicano– es jerárquicamente superior o goza de esa competencia superior a los órganos o poderes secundarios, en virtud de que puede alterar la estructura, integración y funciones de los segundos, e incluso los puede crear como el caso de los órganos constitucionales autónomos. Al contrario, estos últimos no poseen ninguna facultad respecto al órgano revisor de la Constitución⁽⁸⁸⁾.

41. El poder de reforma se refiere, entonces, a la facultad de revisión de la Constitución, función que es encargada por el constituyente a uno de los Poderes Constituidos. En el caso peruano, como en la mayor parte de las democracias occidentales, el poder revisor de la Constitución se ha otorgado al Congreso de la República.

88 Carpizo, J. (2008). *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Lima: Grijley. (p. 30).

42. Ahora bien, se ha expresado que el órgano revisor es un Poder Constituido Primario, al igual que el Tribunal Constitucional, sobre el que Carpizo asevera que

Mientras la función primordial del tribunal es la defensa de la Constitución, controlando la constitucionalidad de normas y actos de los poderes constituidos secundarios, así como sus conflictos, su decisión debe desprenderse de una interpretación correcta o adecuada de la Constitución; en cambio, la función del órgano revisor es actualizar la propia obra del Poder Constituyente, alterando, reformando o adicionando a la Constitución, creando algo nuevo aunque no tenga antecedentes en ese orden jurídico. Desde luego, alterar, reformar o adicionar es algo completamente diverso de sustituir o destruir. La importancia de esta función resalta en las diversas denominaciones que ha recibido, aunque sean erróneas por no corresponder a su naturaleza de poder constituido, tales como Poder Constituyente permanente y Poder Constituyente constituido (*pouvoir constituant institué*).

43. Entonces, al ser el Poder Constituyente Derivado un poder jurídicamente limitado, hay cauces procedimentales preestablecidos que la reforma de la Constitución deberá obligatoriamente observar. Pero qué duda cabe que su connotación como constituyente por delegación le otorga una amplia potestad para actualizar, modificar, suprimir, regular, las demandas que se configuren con el paso del tiempo; tal como ha ocurrido en todos los sistemas constitucionales, en donde los Textos Supremos se han ido adaptando a las necesidades de cada sociedad, como se advierte, acaso con mayor duración, en las Constituciones de los Estados Unidos (1787) y de Bélgica (1831).

3.3 EL LUGAR DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

44. La cuestión central radica en establecer el lugar político de la reforma constitucional en el marco de la democracia de tipo constitucional. Al respecto, Loewenstein asevera que

(...) la ideología del estado constitucional democrático exige que para la competencia para la reforma constitucional no

sólo sea el monopolio de un único detentador del poder, si no que debe de estar lo más distribuida posible. Todos los detentadores legítimos del poder -gobierno, parlamento y pueblo organizado como electorado- deben poder participar en ella, a través de la máxima dispersión de esta participación, la reforma constitucional realizada requiere el más amplio consenso y, con ello, la más elevada legitimidad. si se permite expresar el problema de la situación del *pouvoir constituant* en forma de máxima se podría decir: soberano es aquel entre los detentadores del poder que decide sobre la reforma constitucional. El material de derecho comparado hasta permite sacar la conclusión de que a partir de la técnica de reforma constitucional aplicada respectivamente se puede deducir el carácter político del régimen. Allí, donde tanto la competencia para iniciar la reforma como la capacidad para llevarlo a cabo radica fundamentalmente en el ejecutivo, se trata de una forma de gobierno autoritario⁽⁸⁹⁾.

45. Precisamente, una vez constituido el Estado o concretizada una refundación, la proyección de la Carta Constitucional intenta perdurar en el tiempo, y surge allí el problema de la perdurabilidad de la Constitución frente a nuevas realidades. Entonces, con la finalidad de evitar el surgimiento de un nuevo Poder Constituyente Originario en vía de quiebra del ordenamiento jurídico, el Constituyente Derivado es el que debe cumplir ese rol de adaptación, razón por la cual es importante dotarlo de las condiciones necesarias para cumplir su finalidad revisora de la Constitución.

Demás está recordar cómo es que una Constitución como la de los Estados Unidos -donde no participaron ni las mujeres, ni los afroamericanos ni los hombres sin tierras- ha perdurado a lo largo del tiempo gracias a la reforma constitucional (enmiendas) que es responsable de sus permanentes actualizaciones.

Similar situación ha ocurrido en América Latina, donde Ferreyra —a partir del contexto argentino— sostiene que:

89 Loewenstein, K. (1979). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Ariel. (p. 172).

(e)l poder de reforma se ejercita para modificar un sistema constitucional creando, suprimiendo o agregando nuevas disposiciones. Es un poder eminentemente político porque crea Derecho Constitucional, sometido a reglas de competencia predeterminadas. Admitiéndose que las constituciones no son eternas sino tan sólo permanentes, esta ventana al futuro es abierta (...) ⁽⁹⁰⁾.

46. Lo expuesto demuestra, en principio, que el órgano revisor de la Constitución es por naturaleza, el Parlamento, órgano que -en el correlato de la doctrina de la separación de poderes- materializa el mandato representativo. Sin embargo, ello no implica que, en atención a la importancia de la reforma constitucional, esta deba estar diseñada de forma tal que haya una participación colectiva que la democratice con mayor alcance entre los diferentes grupos sociales de la comunidad. Gobierno y pueblo deben tener libertad de iniciativa, y debe permitirse fórmulas de participación colectiva en su aprobación, como una forma de legitimación mayoritaria.
47. En el caso peruano, el artículo 206 de la Constitución prevé el poder de revisión constitucional y combina dicho nivel de participación al permitir que: i) el Gobierno pueda presentar una iniciativa de reforma constitucional, y ii) el pueblo no solo participe a través de sus representantes libremente elegidos (en el Congreso ordinario), sino también que la ratifique por la vía del referéndum.
48. El aludido artículo 206 de la Constitución de 1993 establece lo siguiente:

Artículo 206.- Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

90 Ferreyra, R. (2006). "Sobre el control del proceso de reforma constitucional, según los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina". *Revista Estudios Constitucionales*, 4 (2), 477-508. (p. 479).

La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral.

49. Así pues, se advierte de dicho dispositivo que el constituyente de 1993 ha condicionado el ejercicio de la reforma a la estricta observancia del procedimiento que este prevé, ya que debe ser aprobada por el Congreso de la República con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros (66 votos) y, posteriormente, ser sometida a referéndum. O, en siguiente opción, se puede omitir el referéndum siempre que el acuerdo del Congreso se obtenga en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas (87 votos); se exige claramente, en este supuesto, un consenso parlamentario de dos tercios. En cualquiera de los supuestos, la ley de reforma constitucional no puede ser observada por el presidente de la República, y ello es así porque –como tal– representa a un Poder Constituido Secundario.
50. Por consiguiente, en nuestro ordenamiento jurídico, el Poder Constituyente Derivado, que se ejerce conforme al artículo 206 de la Constitución, no puede ser equiparable al Poder Constituyente Originario -en sus versiones fundacional o refundacional-, el mismo que reside exclusivamente en el pueblo como comunidad, pero que, a contraparte de la legitimidad jurídica de la reforma constitucional, es un acto emergente de un momento revolucionario en su forma más compleja.
51. Ciertamente, la reforma constitucional *per se* es un acto de respeto al derecho al que recurre el Estado por medio de los poderes públicos competentes y en los que el pueblo participa activamente conforme a la fórmula construida por el Poder Constituyente Originario; razón por la cual el debate sobre si la reforma es total o parcial, en realidad puede ser bizantina, ya que lo cierto es que en el derecho comparado la reforma total por el Poder Constituyente Derivado sí es admisible. Así se encuentra prevista en Suiza y en

los Estados Unidos, mientras que en Latinoamérica han ocurrido también procesos de cambio, como el que tuvo lugar con la Constitución argentina de 1853, reformada varias veces, siendo la última –y acaso la más importante– la del año 1994.

52. En el Perú esta dinámica se intentó en el año 2001 a instancia del entonces congresista Henry Pease, pero la iniciativa se vio frustrada por la falta de consenso, condición fundamental para un proceso de revisión total.
53. La alegada reforma total, ergo, no implica la afectación de las *normas pétreas*, conocidas también como *cláusulas de intangibilidad*, estén o no señaladas expresamente. Y es que en el derecho comparado contamos con diversos diseños de Constitución, tal como lo destaca Carbonell citando a Ignacio de Otto:

Lo único que no podía estar sujeto a reforma constitucional en aquellos países que no tienen cláusulas de intangibilidad (las tiene Italia, las tiene Alemania, las tienen otros países; México no tiene cláusula intangibilidad), cuando no hay cláusula intangibilidad lo único que no puede destruir el poder de reforma es la democracia misma. El poder de reforma no podría decir, pues la reforma constitucional la va a hacer el Presidente de la república por ejemplo, eso sería un mecanismo de destrucción democrática o que dijera la reforma constitucional nadie tiene derechos fundamentales, se acabaron los derechos fundamentales es un invento extranjero, vamos a quitarlo aquí no queremos esas influencias malignas, eso desde luego estaría implícitamente prohibido para el poder de reforma constitucional⁽⁹¹⁾.

54. En conclusión, una reforma realizada por el Congreso puede ser total, siendo la barrera limitante en países sin cláusulas de intangibilidad expresas (como es el caso del Perú) distintas disposiciones implícitas que se pueden concretizar en perspectiva de la constitución histórica, la cual repite las instituciones y la estructura del modelo político de la nación.

91 Conferencia dictada en el seminario “Reforma y control de la Constitución implicaciones y límites”. México 3 al 5 de febrero de 2009.

55. Por otro lado, y en una visión constitucional, la formula descrita es una que contribuye a preservar la institucionalidad, siendo por ello que Loewenstein afirma con énfasis lo siguiente:

Como una necesaria válvula de escape, la revisión total no puede ser criticada teóricamente; pero su valor práctico puede ser pequeño. Si el descontento de los destinatarios del poder con su constitución está tan extendido que aspira a una transformación radical, o -el caso más frecuente- si un grupo desea apoderarse del poder, pero se siente impedido por el procedimiento de reforma en vigor, suele producirse, por lo general, un golpe constitucional revolucionario. Los nuevos detentadores del poder elaboran entonces una constitución en la que ellos aparecen como los correctos detentadores legales del poder⁽⁹²⁾.

56. En efecto, si es que no se concatenan los mecanismos para poder asegurar la continuidad jurídica sobre la base de la Constitución, la vía que se apertura es la de la fuerza o el apartamiento de la juridicidad, tal y como lo ha advertido Guastini cuando asevera que la concepción sustantiva de la reforma (empleada como referente en nuestro ordenamiento por medio de la Sentencia 00014-2002-AI/TC), advierte como consecuencia relevante que no existen modos legales de cambiar la Constitución (entendida, precisamente, como el conjunto de los principios supremos). La Constitución, así, sólo podría ser cambiada de forma ilegal, revolucionaria⁽⁹³⁾.
57. Siendo precisamente ello lo que debe evitarse, toda fórmula ajena al derecho no puede ser inadmisibles, menos justificable, puesto que, si los poderes constituidos tienen su origen en una Constitución (por más que se disienta de su origen), *¿cómo es que se puede hacer apología a su desconocimiento si somos guardianes de la constitucionalidad?* Si la lógica del Estado constitucional es la continuidad del derecho, es claro que la reforma constitucional puede llegar a desarrollar un proceso de cambio altamente transformador, sin alterar los caminos democráticos del derecho.

92 Loewenstein, K. (1979). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Ariel. (p. 185).

93 Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. México: Distribuciones Fontamara. (p. 64).

58. El Tribunal Constitucional en la aludida Sentencia 00014-2002-AI/TC, enfatiza en los límites de la reforma, pero –a renglón seguido–, constitucionaliza el Informe de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, y expresa como alternativa de reforma total el retorno a la Carta de 1979. Es decir, mediante el desconocimiento y la ruptura del procedimiento jurídicamente vigente previsto en el artículo 206 de la Constitución de 1993.
59. Estas fórmulas ajenas al derecho son las que no se pueden admitir desde una vertiente del control constitucional en un Estado que se consolide dentro del modelo del Estado constitucional; más aún cuando su proyección se hizo en un contexto histórico concluido.
60. En conclusión, asevera Guastini, el poder de revisión constitucional:
- (...) se distingue del constituyente sólo por el hecho de ejercerse en los modos previstos y regidos por la Constitución. Por lo tanto, la modificación constitucional, cuando se realice en las formas previstas por la misma Constitución, queda como mera revisión –no se transforma en instauración de un nuevo ordenamiento constitucional– cualquiera sea su objeto, aunque, en el fondo, la revisión puede incidir sobre los principios supremos. Consecuencia relevante de este modo de ver es que la Constitución puede ser modificada también profundamente en las formas legales, sin que se ocasionen revoluciones o guerras civiles⁽⁹⁴⁾.
61. Son por estas razones que el ilustre jurista Pérez Royo ha enfatizado que:
- (...) la reforma de la Constitución es el mecanismo jurídicamente ordenado para dar una respuesta política por parte de la sociedad a las insuficiencias que puedan detectarse en el pacto constituyente. Lo predominante en el procedimiento de reforma es la voluntad política de modificar el pacto constituyente,

94 Guastini, R. Op. cit. (p. 64).

forzando la consecución de un consenso político similar al que dio origen al pacto constitucional⁽⁹⁵⁾.

62. Esta es la razón, prosigue Pérez Royo,

(...) por la que al órgano que se confía la función de reforma constitucional es un órgano complejo, en el que se combina la exigencia de una mayoría cualificada del Parlamento con un pronunciamiento expreso sobre la misma del cuerpo electoral. En este terreno se hace lo posible por seguir un principio esencial en el mundo del derecho, el del paralelismo de las formas. Aunque tal principio es imposible de alcanzar de manera absoluta, dada la irrepetibilidad del momento constituyente, las cláusulas de reforma tienden a aproximarse a él lo más posible, esto es, a aproximar el ejercicio de la función de reforma a la función constituyente⁽⁹⁶⁾.

63. Así las cosas, la Constitución peruana combina una fórmula totalmente válida, que se caracteriza por conjugar un sistema de reforma donde el Congreso de la República aprueba, y el pueblo es consultado a través del referéndum ratificatorio.

64. En este extremo -como se ha apuntado líneas arriba- resulta indispensable precisar la particularidad de lo “total”. En materia constitucional, la alusión a este tipo de reforma total no involucra lo que en la doctrina se denomina las “cláusulas de intangibilidad”, también llamadas *cláusulas pétreas*; precisamente porque la connotación de Poder Constituido hace que en ellas residan los límites de la reforma total. En tal perspectiva, dichas cláusulas podrán ser abordadas únicamente para el Poder Constituyente Originario.

65. Por ello, siguiendo a Loewenstein, se deben distinguir aquí dos situaciones de hecho: por una parte, medidas para proteger concretas instituciones constitucionales (intangibilidad articulada), y, por otra parte, aquellas que sirven para garantizar determinados valores fundamentales de la constitución que no deben estar necesariamente

95 Pérez Royo, J & Carrasco, M. (2018). Curso de derecho constitucional. (Vol. 16). Marcial Pons. (p. 571).

96 Pérez Royo, J & Carrasco, M. Op. cit. (p. 571).

expresados en disposiciones o en instituciones concretas, sino que rigen como “implícitos”, “inmanentes” o “inherentes” a la Constitución. En el primer caso, determinadas normas constitucionales se sustraen a cualquier enmienda por medio de una prohibición jurídico-constitucional, mientras que, en el segundo caso, la prohibición de reforma se produce a partir del “espíritu” o *telos* de la constitución ⁽⁹⁷⁾.

66. Al respecto, como ya sostuviera este Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, la “fórmula política”, el “núcleo irreformable” o los “elementos de identidad constitucional”, implican la materialización irreversible de los principios, cláusulas y elementos nucleares e intangibles de la Constitución que no pueden ser afectados por una reforma constitucional. Así, las nociones de soberanía popular, separación de poderes, dignidad humana y derechos fundamentales, son sin duda las cláusulas incuestionables por parte del Poder Reformador en el modelo constitucional peruano, y que trascienden no solo del *telos* de la Constitución, sino de nuestra historia republicana.
67. Este Tribunal Constitucional ha afirmado que es el principal garante de la Constitución y se encuentra a cargo de velar por la Norma Suprema, labor de control que alcanza, incluso, a las leyes de reforma constitucional que transpongan los límites materiales ya desarrollados. Sin embargo, dicho control de la reforma constitucional es altamente limitado, tal y como asevera Pérez Royo cuando apunta que “el Tribunal Constitucional es un órgano que existe fundamentalmente para “impedir la inconstitucionalidad”, razón por la cual está constitucionalmente organizado de tal manera que, “siendo todopoderoso para defender y socorrer”, se convierte en completamente nulo “tan pronto como cambiando su finalidad, se intentara hacer uso de él para oprimir” (Bergasse). “Negativamente lo puede todo. Positivamente nada” ⁽⁹⁸⁾.
68. Dentro de esta línea discursiva, queda claro que el Tribunal Constitucional actúa como guardián de la Constitución.

97 Loewenstein, K. (1979). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Ariel. (p. 189).

98 Loewenstein, K. Op. Cit. (p. 572).

4. LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE COMO SALIDA AL PROBLEMA DEL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL

69. Como se ha podido advertir, la reforma constitucional encuentra determinadas tensiones que pueden dar lugar a tener que enfrentarse y resolverse por la vía del control constitucional, cuando no a la censura popular, lo cual incide en su legitimidad; razón por la cual la alternativa de una Asamblea Constituyente, en situaciones de alto consenso popular, surge como alternativa legítima.
70. En el derecho comparado, la Asamblea Constituyente es una de las formas de expresión del Poder Constituyente, que se convoca principalmente para redactar una nueva Constitución o para llevar a cabo reformas al Texto Constitucional; y pueden presentar diversas características, según sus manifestaciones en cada caso. A contraparte, no es menos cierta la doctrina que sostiene que la consulta popular es un instrumento idóneo, pero altamente moldeable para el populismo presidencial, ya que, en muchos casos, es más fácil aprobar un cambio normativo por la vía plebiscitaria que por el consenso parlamentario. Precisamente en esta particularidad radican los mayores frenos para aceptar el referéndum consultivo sobre la reforma constitucional; más aún si el objetivo sea aniquilar la propia obra constitucional.
71. En ese sentido, este Tribunal estima oportuno analizar diversas experiencias constitucionales de la región, que incluyen en su Constitución la figura de la reforma total a través de una Asamblea Constituyente.
72. En primer lugar, corresponde mencionar el caso de la Constitución Política de Costa Rica de 1949, cuyo artículo 196 ⁽⁹⁹⁾ dispone que:

La reforma general de esta Constitución sólo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto. La ley que haga esa convocatoria, deberá ser aprobada por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa y no requiere sanción del Poder Ejecutivo.

(Énfasis agregado).

99 Disponible en el Sistema Costarricense de Información Jurídica (SCIJ). Recuperado de: https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871. Consulta realizada el 15 de julio de 2022.

73. Se aprecia en este caso que la “reforma general” de la Constitución, solamente se puede llevar a cabo a través de una Asamblea Constituyente, luego de la expedición de la ley que la convocase para tal fin, con el voto favorable mínimo de dos tercios del total de los integrantes de la Asamblea Legislativa. Es decir, tiene autorización expresa en la Constitución, y se realiza como voluntad legislativa.
74. De forma similar, en el artículo 30 ⁽¹⁰⁰⁾ de la Constitución de la Nación Argentina de 1994 se ha establecido que:

La Constitución puede reformarse *en el todo o en cualquiera de sus partes*. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero *no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto*. (Énfasis agregado).

75. En el texto constitucional argentino se ha previsto la posibilidad de reformar total o parcialmente la Constitución, para lo cual –previamente– debe haberse declarado la necesidad de la reforma, a cargo del Congreso, con el voto favorable, cuando menos, de dos tercios del número de sus miembros; luego de lo cual corresponderá a una Convención convocada para tal fin llevar a cabo la reforma. Nuevamente, la habilitación es expresa en la Constitución y a iniciativa del Legislativo.
76. Por otro lado, en el caso de la Constitución de Bolivia de 2009, el artículo 411 ⁽¹⁰¹⁾ ha previsto que:
- I. La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, *tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo*. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por

100 Disponible en el Sistema Argentino de Información Jurídica. Recuperado de: Constitución Argentina. Consulta realizada el 15 de julio de 2022.

101 Disponible en el sitio web de la Cámara de Senadores de Bolivia. Recuperado de: <https://web.senado.gob.bo/senado/marco-normativo>. Consulta realizada el 15 de julio de 2022.

mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio.

- II. La reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Cualquier reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio”. (Énfasis agregado).
77. Como puede apreciarse, en el caso de la Constitución boliviana también se ha previsto la posibilidad de reformar total o parcialmente el texto constitucional, a través de la figura de la Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria que, de forma exclusiva y excluyente, se encarga de llevar a cabo la reforma total de la Constitución en dicho país.
78. En consecuencia, queda claro que diferentes países de la región han constitucionalizado la posibilidad de una reforma a través de una Asamblea Constituyente; pero debe precisarse que no todos los textos constitucionales prevén, de forma originaria, el mecanismo de una Asamblea Constituyente o figura similar para aprobar una nueva Constitución Política. Sin embargo, ello no ha impedido que con posterioridad se intente aprobar un nuevo texto constitucional, como ha ocurrido hace poco en el caso chileno y el referéndum constitucional que optó por no aprobar el proyecto sometido.
79. En el Perú, la Asamblea Constituyente al amparo de una disposición constitucional también ha sido empleada. Así, estuvo regulada en el artículo 177 de la Constitución de 1828, que consagró:

Artículo 177.- En julio del año de mil ochocientos treinta y tres se reunirá una Convención Nacional, autorizada para examinar y reformar en todo o en parte esta Constitución.

La Convención del año 1834 elaboró un nuevo texto constitucional, que dio lugar, precisamente, a la Constitución de ese año.

80. De todo lo expuesto, se puede advertir que el Congreso podría constitucionalizar la Asamblea Constituyente como una alternativa para la legitimación de los procesos de reforma. Sin embargo, en tanto no exista dispositivo expreso en la Constitución, es una alternativa antijurídica y solo posible mediante un acto contrario al derecho.

5. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993

81. Hasta aquí se ha destacado que las constituciones pueden establecer mecanismos para su reforma total o parcial y que, sobre dicha base, cabe diferenciar entre los sujetos que pueden llevar a cabo el proceso, la forma en que se realiza y el objeto o alcance de dicha reforma, principalmente. Desde ya debe precisarse que, más allá de las concepciones jurídicas que se asocien a la reforma constitucional, como categoría constitucional, lo cierto es que la determinación de sus alcances depende de cada experiencia constitucional concreta.
82. La Constitución vigente hace referencia a la posibilidad de que el constituyente derivado someta a referéndum la reforma total de la Constitución. Es factible esquematizar lo explicado según el siguiente detalle:

TIPO DE REFORMA	SUJETO TITULAR	MECANISMO	OBJETO
Total (incluyendo cláusulas de intangibilidad)	Poder Constituyente Originario Fundacional o Refundacional (ciudadanía del Estado)	Acto pre jurídico	Nueva Constitución
Total o Parcial (no incluye cláusulas de intangibilidad)	Poder Constituyente Derivado (poder constituido)	Congreso de la República y referéndum o doble votación calificada	La misma Constitución reformada total o parcialmente

83. Así las cosas, la Constitución Política de 1993 ha previsto que se lleve a cabo la reforma total o parcial a través del Parlamento en combinación con la consulta popular vía referéndum, consagrando como alternativa la posibilidad del consenso generalizado en dos legislaturas.

84. Se debe poner énfasis en que, en una reforma total, el referéndum se convierte en una condición casi ineludible, por lo que el reformista debe admitir en todo el proceso una permanente actuación inclusiva que permita legitimar dicho proceso; es precisamente ello lo que propiciará el asentimiento de las reformas a la Carta Magna, y la necesidad del alto consenso o del respaldo vía referéndum. Ambas opciones se combinan de una lectura sistémica de los artículos 206 y 32 de la vigente Constitución.
85. Así las cosas, las materias abordadas imponen desarrollar, de modo conclusivo, los mecanismos vigentes previstos en la Constitución para su reforma.

5.1 MECANISMOS PARA LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE

86. Respecto al artículo 206 de la Norma Fundamental, este ha previsto dos mecanismos procedimentales que pueden seguirse para dicha reforma:
 - a) El primero exige que el proyecto de ley de reforma sea aprobado por el Congreso de la República con una votación favorable de la mayoría absoluta del número legal de sus miembros (66 votos) y, luego de ello, que sea ratificado a través de un referéndum.
 - b) En segundo lugar, la reforma puede ser realizada, con la posibilidad de omitir el referéndum, a condición de que el proyecto de ley de reforma constitucional sea aprobado en dos legislaturas ordinarias sucesivas, con una votación favorable superior a los dos tercios del número legal de Congresistas en cada caso.
87. Así las cosas, en el ámbito de las competencias del Congreso de la República, se encuentra la de aprobar proyectos de ley de reforma constitucional siempre y cuando se observe escrupulosamente lo establecido en el artículo 206 de la Constitución, donde se ha incorporado específicamente el *iter* procedimental para llevar a cabo su reforma; además de precisar qué sujetos cuentan con iniciativa en esta materia, y de mencionar la imposibilidad de que el Presidente de la República observe la ley de reforma constitucional.

88. Por lo expuesto, es el Congreso de la República el poder constituido que cuenta con la competencia para realizar *toda* reforma constitucional, y realiza esta función de forma compartida (cuando se lleva a cabo el referéndum ratificatorio) o de forma exclusiva (cuando se omite dicho referéndum), si se alcanza la votación favorable superior a los dos tercios del número legal de congresistas en dos legislaturas ordinarias sucesivas.
89. Corresponde ahora analizar la institución del referéndum, que está relacionada con la reforma constitucional, pero también con otros mecanismos de participación directa.

6. EL REFERÉNDUM EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

90. En nuestro ordenamiento jurídico el referéndum es un derecho de participación ciudadana.
91. El referéndum ha sido incorporado en el artículo 2.17 de la Carta Fundamental, que reconoce los derechos de participación “en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”. Dicho artículo prescribe también que “los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum”. Asimismo, el artículo 31 de la Constitución Política de 1993 dispone que “los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas”.
92. Por su parte, en la Ley 26300, “Ley de los derechos de participación y control ciudadanos”, se ha reconocido al referéndum como un derecho ciudadano (artículo 2). Además, según el artículo 32 de dicha ley, “el referéndum es el derecho de los ciudadanos para pronunciarse conforme a la Constitución en los temas normativos que se le consultan”.
93. Además, corresponde tomar en cuenta que, según el artículo 6 de la Ley Orgánica de Elecciones, los procesos electorales, entre ellos el de referéndum, “tienen carácter mandatorio. Pueden ser requeridos por el Estado o por iniciativa popular, de acuerdo con las normas y los principios de Participación Ciudadana”.

94. En relación con el referéndum, este Tribunal ha destacado que los ciudadanos tienen el derecho de autoconvocatoria al referéndum, que no puede ser desconocido y del que no se puede privar al electorado (Sentencia 00003-1996-PI/TC).
95. Indicado lo anterior, debe tenerse presente que la propia Constitución ha establecido en el artículo 32 las materias que pueden someterse a referéndum:
 - a) La reforma total o parcial de la Constitución;
 - b) La aprobación de normas con rango de ley;
 - c) Las ordenanzas municipales; y
 - d) Las materias relativas al proceso de descentralización
96. Asimismo, en dicho artículo se ha establecido que “no pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor”. Además, el constituyente también se ha referido explícitamente al referéndum en el tercer párrafo del artículo 190, según el cual: “Mediante referéndum podrán integrarse dos o más circunscripciones departamentales contiguas para constituir una región, conforme a ley. Igual procedimiento siguen las provincias y distritos contiguos para cambiar de circunscripción regional”.
97. A nivel legislativo, el ámbito material del referéndum ha sido desarrollado en la mencionada Ley 26300, donde se ha establecido en qué casos procede esta consulta a la ciudadanía. Según el artículo 39 de dicha ley, el referéndum puede llevarse cabo cuando se trate de las reformas constitucionales (totales o parciales); la aprobación de leyes, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales; la desaprobación de leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales; y las materias a las que se refiere el artículo 190 de la Constitución, de conformidad con la ley.
98. De otra parte, la Ley Orgánica de Elecciones –en su artículo 125– reproduce lo ya previsto en el artículo 32 de la Constitución previamente citado.

99. Asimismo, el constituyente ha previsto de forma expresa que, en el caso de la reforma de la Constitución, el referéndum sea de naturaleza ratificatoria. En efecto, conforme al primer supuesto, previsto en el artículo 206 del Texto Constitucional, cuando el proyecto de ley de reforma es aprobado por el Congreso con una mayoría absoluta, será necesaria la realización de un referéndum ratificatorio, cuyo resultado es plenamente vinculante.
100. Corresponde advertir que, si bien no es obligatorio someter a referéndum un proyecto de ley de reforma de la Constitución cuando ha sido aprobado en dos legislaturas ordinarias sucesivas, con una votación, en ambas, que sea superior a los dos tercios del número legal de congresistas; lo cierto es que ésta constituye la regla, y la doble votación calificada, la excepción. La realización de dicha consulta es parte integrante del derecho al referéndum y abona en favor de la legitimidad democrática de la reforma emprendida conforme ya lo hemos expuesto párrafos arriba.
101. Por lo tanto, este Tribunal aprecia que el *referéndum* en materia de reforma constitucional se ejecuta de conformidad con el artículo 206 de la Constitución, y se convierte en un trascendental mecanismo legitimador de la actuación del parlamento como poder constituido.

7. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD FORMAL DE LA LEY 31399

102. A continuación, este Tribunal evaluará, en primer lugar, si la ley objeto de control ha incurrido en un vicio de inconstitucionalidad formal, consistente en la alegada vulneración de los artículos 206, 102.1 y 103 de la Constitución.
103. Sobre ello, debe precisarse que la invocada vulneración del artículo 103 del texto constitucional será analizada por este Tribunal al momento de dilucidar si la ley impugnada ha vulnerado la Constitución por el fondo.
104. Con relación a la infracción de la Constitución por la forma, este Tribunal ha precisado en reiterada jurisprudencia (Sentencia 00020-2005-PI/TC y 00021-2005-PI/TC, fundamento 22), que se aprecian tres supuestos:

- a) Cuando se produce el quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución para su aprobación.
 - b) Cuando se ha ocupado de una materia que la Constitución directamente ha reservado a otra específica fuente formal del derecho.
 - c) Cuando es expedida por un órgano que, constitucionalmente, resulta incompetente para hacerlo.
105. En el presente caso, se cuestiona que el contenido normativo de la ley impugnada haya sido aprobado a través de una ley (supuesto “b”), y no a través de una ley de reforma constitucional, y se ocupa así de una materia que la Constitución reserva directamente a este tipo de leyes. Asimismo, en esta controversia también se cuestiona que el Congreso de la República haya excedido las competencias que la Constitución le confiere en materia del ejercicio de la función legislativa, conforme a su artículo 102.1 (supuesto “c”).
106. Precisamente, en el ámbito de la expedición de leyes, este Tribunal ha enfatizado que, si bien el desarrollo de la función legislativa el Congreso es el primer intérprete de la Constitución y cuenta con un margen de apreciación discrecional, esto no implica que puedan dejar de observarse las reglas que emanen de la Constitución y del Reglamento del Congreso, pues ello ingresaría en el ámbito de lo constitucionalmente prohibido u ordenado (Sentencia 00015-2012-PI/TC, fundamento 4).
107. En otras palabras, el procedimiento parlamentario cuenta con un considerable margen de maniobra política, lo que le permite desarrollar los contenidos constitucionales, pero su poder de normación no puede ser contrario a las obligaciones que emanan de la Constitución o de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad.
108. Finalmente, cabe recordar que el proceso de inconstitucionalidad supone un control abstracto de las normas con rango de ley tomando a la Constitución, en su carácter de Norma Suprema del ordenamiento, como parámetro de evaluación.

7.1 SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 206 DE LA CONSTITUCIÓN

109. En relación con este extremo de la demanda, corresponde dilucidar si la expedición de la ley impugnada ha vulnerado -o no- lo establecido en el artículo 206 de la Constitución, que establece los mecanismos procedimentales para reformar la Carta Magna.

110. Como ya se dejó establecido previamente, la Ley 31399 ha modificado los artículos 40 y 44 de la Ley 26300; es decir, que no se ha enmendado, directamente, la Constitución. Sin embargo, sí ha modificado dos artículos de una ley que desarrolla la Constitución, en materia de derechos de participación directa, por mandato de los artículos 2.17 y 31 de la Norma Fundamental.

111. Los mencionados artículos de la Constitución disponen:

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. *Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.*

(...)”.

(Énfasis añadido).

“Artículo 31.- Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica (...).

112. Así pues, al tratarse de un conjunto de derechos fundamentales vinculados con el ámbito de la participación directa en asuntos públicos, corresponde, por mandato del constituyente, que, en todos

esos casos, el legislador desarrolle las condiciones y procedimientos para su ejercicio, de acuerdo con la Constitución y con el bloque de constitucionalidad.

113. En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 1 de la Ley 26300 preceptúa lo siguiente:

La presente ley regula el ejercicio de los derechos de participación y control ciudadanos de conformidad con la Constitución.

114. Siendo ello así, este cuerpo legal constituye la norma especial en el ámbito de la regulación de las condiciones y procedimiento para el ejercicio de derechos fundamentales propios de la democracia directa.

115. Corresponde determinar ahora el objeto y alcance de las modificaciones llevadas a cabo por la Ley 31399, que ya fueron detalladas al inicio de la presente sentencia.

116. Este Tribunal aprecia que la primera modificatoria se refiere a determinados supuestos de improcedencia del ejercicio del referéndum, y se expresa que no procederá el ejercicio del referéndum, salvo en aquellos supuestos a los que la propia norma se remite. En el caso de la segunda modificatoria, esta versa sobre un aspecto procedimental, dado que precisa a qué autoridad le corresponde convocar al referéndum cuando se trate de una reforma constitucional. Sin embargo, entre los dos artículos modificados existe una diferencia crucial: respecto de la improcedencia del referéndum, el propio constituyente ha dejado establecidos los ámbitos en los que no puede realizarse tal tipo de consulta; en cambio, el objeto de la segunda modificatoria no ha sido abordado por la Constitución.

117. Por consiguiente, en el primer caso existe una limitación que el legislador, al desarrollar lo que el constituyente le encomendó, no podría transgredir, alterar o modificar, y se alude entonces a lo “constitucionalmente prohibido”, con lo cual debe quedar claro que, fuera de ello, el legislador sí podía establecer las regulaciones que resulten admisibles, en el marco de lo “constitucionalmente posible”. En el segundo caso, no existe limitación expresa alguna respecto al sentido de la regulación que pueda establecer el legislador, debiendo precisarse -sin embargo- que lo anterior no impide que

la obra del legislador se encuentre condicionada a las exigencias expresas e implícitas de los principios, reglas y valores constitucionales.

118. Así las cosas, este Tribunal debe dilucidar si tales modificatorias, por el solo hecho de haber sido establecidas a través de una ley distinta a la de reforma constitucional, vulneran la Constitución.
119. En el caso de la primera modificatoria realizada por la Ley 31399 respecto del artículo 40 de la Ley 26300, el legislador ha añadido en calidad de supuesto de improcedencia- el texto “ni aquellas que no se tramiten según el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política”. Cabe precisar que dicho extremo es lo verdaderamente relevante en la modificatoria del artículo 40 mencionado *supra*, toda vez que el texto restante se remite a los supuestos ya previstos por el segundo párrafo del artículo 32 de la Constitución, por lo que este Tribunal entiende que, con esta modificatoria, en definitiva, se ha reducido el ámbito de *procedencia* del referéndum, como fluye del propio texto legal impugnado.
120. En efecto, con anterioridad a la expedición de la Ley 31399, las leyes que en nuestro ordenamiento jurídico establecían ámbitos prohibidos para llevar a cabo un referéndum se remitían al texto expreso de la Constitución, siendo ese el caso de la propia Ley 26300, antes mencionada, y de la Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones.
121. Por otro lado, en el caso de la modificatoria realizada por la Ley 31399 al artículo 44 de la Ley 26300, relativa a la autoridad que convoca a referéndum, la disposición impugnada ha incorporado la siguiente frase: “salvo que se trate de una reforma constitucional, en cuyo caso es convocado por el presidente de la República, por disposición del Congreso, de conformidad con el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política”. Este Tribunal advierte, entonces, que esa frase incorpora una regla especial en el caso del referéndum realizado para la reforma de la Constitución, pues se precisa qué autoridad convoca la consulta en dicho supuesto; y se aprecia además que la redacción empleada mantiene los términos del texto modificado del artículo 40 antes descrito; esto es, que, al tratarse de un referéndum,

realizado para reformar la Constitución, este deberá seguir el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206.

122. Ahora bien, debe recordarse, como ya se indicó previamente, que los ciudadanos ejercen los derechos de participación directa conforme a ley. Ello significa que el legislador puede regular, respetando el marco constitucional, diversos aspectos vinculados a ellos, las condiciones de ejercicio de tales derechos, así como los procedimientos correspondientes, siempre que dicha regulación no vulnere los mandatos constitucionales.
123. En ese entendido, este Tribunal asume que cuando el legislador añada supuestos de improcedencia o precisa aspectos relacionados con ámbitos procedimentales del referéndum, no se vulnera la Constitución por el solo hecho de hacerlo. En consecuencia, a criterio de este Tribunal, la sola ampliación de los supuestos improcedencia para llevar a cabo el referéndum no exige que para tal fin se realice necesariamente una reforma a la Constitución.
124. Un aspecto distinto es determinar si el contenido normativo de la legislación establecida resulta conforme o no con la Norma Fundamental y el bloque de constitucionalidad, lo que se evaluará en el examen de constitucionalidad por el fondo de la ley impugnada.
125. Por las consideraciones antes expuestas, corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.

7.2 SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 102.1 DE LA CONSTITUCIÓN

126. A continuación, este Tribunal se pronunciará respecto del segundo vicio de inconstitucionalidad formal alegado por la parte demandante: a saber, que la expedición de la ley sometida a control implicaría un exceso en el ejercicio de las competencias del Poder Legislativo, previstas en el artículo 102.1 de la Constitución.
127. Debe tenerse presente que, a tenor del referido artículo 102.1 de la Norma Fundamental, son atribuciones del Congreso de la República: “Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes”; por lo que al legislador le compete no solo la expedición de normas legales, como las leyes propiamente dichas y las resoluciones legislativas, sino

la facultad de interpretarlas, modificarlas parcialmente o derogarlas. En efecto, el legislador cuenta con la competencia de dar leyes o normas con rango de ley, pero con el límite de no vulnerar la Constitución, siendo ese sentido en el que debe entenderse el marco de competencias previstas en el artículo 102.1 del Texto Fundamental.

128. Ahora bien, en el presente caso, lo que se encuentra en discusión es si las modificatorias realizadas por el artículo único de la Ley 31399 han excedido el marco de competencias y atribuciones del Congreso de la República.
129. Al respecto, y como se ha expresado previamente, el legislador puede regular diversos aspectos relacionados con los derechos de participación directa, con el límite de no vaciarlos de contenido, limitar irrazonablemente y de forma desproporcionada su ejercicio, contravenir algún principio constitucional, explícito o implícito, o desconocer las exigencias dimanantes del bloque de constitucionalidad.
130. En esta controversia, ha quedado claro que, a través de una ley del Congreso, se han fijado reglas adicionales respecto a la procedencia del referéndum y a la autoridad que lo convoca en el caso de una reforma a la Constitución, debiendo quedar claro que el solo hecho de establecerlas no implica una contravención manifiesta del artículo 102.1 del Texto Constitucional.
131. En consecuencia, este Tribunal aprecia que la sola expedición de la ley impugnada no vulnera lo dispuesto en el artículo 102.1 de la Constitución; por lo que corresponde desestimar la demanda en el presente extremo.
132. Evidentemente, cosa distinta es el examen del contenido de dicha regulación o el contraste de su objeto y alcances con los mandatos constitucionales y convencionales, lo que se realizará con ocasión del análisis de compatibilidad por el fondo de la Ley 31399.

8. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO DE LA LEY 31399

133. A continuación, este Tribunal emitirá pronunciamiento respecto de cada una de las alegadas infracciones sustantivas a la Constitución en las que habría incurrido la cuestionada Ley 31399.

8.1. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN LA CONSTITUCIÓN Y EN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

134. Corresponde ahora determinar si la ley sometida a control ha vulnerado los artículos 2.17, 31 y 32 del Texto Fundamental, los cuales se encuentran relacionados con los derechos fundamentales de participación directa y, específicamente, con el referéndum.
135. Como paso previo a dicho análisis, este Tribunal estima pertinente dejar establecidas ciertas consideraciones relacionadas con el control que aquí nos ocupa, teniendo en cuenta para ello que el examen de constitucionalidad de las leyes implica un esfuerzo riguroso y complejo del intérprete de la Constitución, que comprende, entre otros, la clara y cierta determinación del objeto a controlar, la identificación precisa del parámetro de control y el esclarecimiento de los vicios por los cuales una ley o norma con rango de ley ha sido impugnada.
136. En dicho entendido, es necesario detenerse, en primer término, en la determinación del objeto de control en el presente caso, teniendo presente que este Tribunal ha dejado establecido en su jurisprudencia que en un proceso de inconstitucionalidad no solo se controla la *disposición legal* en cuanto tal –también denominada *significante* o *enunciado lingüístico*–, sino también las *normas*, entendidas estas como aquellas interpretaciones jurídicas válidamente atribuibles a las disposiciones o textos.
137. Así, pues, la prohibición establecida en el artículo único de la Ley 31399, que modificó el artículo 40 de la Ley 26300, puede ser interpretada en más de un sentido:

Disposición objeto de control	Norma objeto de control
“Artículo 40.- Improcedencia de referéndum No pueden someterse a referéndum las materias y normas a que se refiere el segundo párrafo del artículo 32 de la Constitución, ni aquellas que no se tramiten según el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política (texto a analizar).	Norma 1: Queda prohibido someter a referéndum todas las materias y normas que no se tramiten según el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución. En consecuencia, no puede someterse a referéndum <u>ninguna de las materias y normas a las que se refiere la Ley 26300, que no se aprueben bajo dicho procedimiento.</u>

Disposición objeto de control	Norma objeto de control
	Norma 2: Queda prohibido someter a referéndum todas las materias y normas que no se tramiten según el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 del texto constitucional. En consecuencia, no puede someterse a referéndum <u>las materias y normas que no se aprueben bajo dicho procedimiento, en el supuesto de reforma o modificación parcial de la Constitución.</u>

138. Corresponderá entonces a este Tribunal determinar si la ley impugnada, considerando dicho texto y las normas que se desprenden de él, resultan o no compatibles con la Constitución y el bloque de constitucionalidad, para lo cual se aludirá necesariamente al parámetro de constitucionalidad aplicable al presente caso.
139. Como se ha establecido, los artículos 2.17 y 31 citados *supra* reconocen a la ciudadanía un conjunto de derechos que se ejercen en el ámbito de la democracia directa, complementariamente a lo cual el artículo 32 instituye el marco constitucional básico relacionado con el ejercicio del derecho al referéndum. En efecto, el propio constituyente de 1993 ha dispuesto, conforme a dicho artículo 32, que se pueda someter a consulta de la ciudadanía, mediante referéndum, diversos aspectos, como la aprobación de un nuevo Texto Constitucional, la reforma o enmienda constitucional, la aprobación de normas con rango de ley, la aprobación de ordenanzas municipales y las materias relativas al proceso de descentralización.
140. Por otro lado, al expedir la Ley 26300 -norma especial en el caso de los derechos de participación propios de la democracia directa, como ya se dejó establecido previamente-, el legislador ha ampliado los supuestos en que se puede realizar el referéndum, y debe destacarse que dicho dispositivo ha habilitado que el referéndum pueda llevarse a cabo para desaprobar leyes y diversas normas con rango de ley (artículo 39). También ha consagrado que se puede someter a referéndum una iniciativa legislativa promovida por la ciudadanía que, previamente, fuese rechazada en el Congreso; o cuando sus promotores consideren que, pese a haber sido aprobada, se introdujeron modificaciones sustanciales que desvirtúan su finalidad original (artículos 16 y 41).

141. Ahora bien, este Tribunal considera que la interpretación del artículo único de la Ley 31399, respecto de la modificación del artículo 40 de la Ley 26300, en el sentido de que no se puede someter a referéndum ninguna de las materias y normas a las que se refiere la ley de los derechos de participación y control ciudadanos que no se aprueben bajo el procedimiento previsto en el artículo 206 de la Constitución, es constitucional, ya que se trata de un espacio previsto exclusivamente para el órgano revisor de la Constitución: el Parlamento.
142. Estando así diseñado en el caso peruano, corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.
143. En segundo lugar, la modificatoria realizada por el artículo único de la Ley 31399, respecto del artículo 44 de la Ley 26300, ha precisado en su artículo 44 una regla especial para la convocatoria a referéndum en el caso específico de la reforma constitucional. Habiendo dejado establecido lo anterior, este Tribunal Constitucional aprecia que la regla especial prevista por el legislador, en el sentido de que el presidente de la República es la autoridad que convoca la realización de un referéndum, por disposición del Congreso, no resulta manifiestamente incompatible con la Constitución.
144. Asimismo, debe tenerse en cuenta que en el ordenamiento jurídico ya se encuentra previsto que sea el presidente quien convoque a un proceso electoral, como se desprende del artículo 79 de la Ley Orgánica de Elecciones. Si bien se trata de una regla que opera fundamentalmente en el ámbito de procesos electorales asociados a la democracia representativa, esta permite advertir que no resultaría irrazonable que el legislador confiera dicha atribución al presidente, considerando dicho antecedente normativo. A ello debe añadirse que el texto vigente del artículo 48 de la Ley 26300 ha establecido que los procesos de consulta que ella contempla se rijan, de forma supletoria, por las normas de la Ley Orgánica de Elecciones.
145. Por lo tanto, este Tribunal aprecia que el texto del artículo 44 de dicha ley, modificado por el artículo único de la Ley 31399, no es inconstitucional. En consecuencia, corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.

8.2 SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 43 Y 45 DE LA CONSTITUCIÓN

146. Por otra parte, la Ley 31399 también ha sido cuestionada en la demanda porque vulneraría el artículo 43 de la Constitución -que reconoce el principio democrático- y el artículo 45 de dicho texto -que consagra el principio de soberanía popular-, en la medida en que, a criterio de la parte demandante, esta ley impediría a la población pronunciarse directamente sobre diversas propuestas normativas de iniciativa ciudadana.

147. Al respecto, el artículo 43 de la Constitución dispone que:

Artículo 43.- La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, *representativo* y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

(Énfasis añadido).

De esto queda claro que el principio democrático es un principio fundamental, no solo para el ordenamiento jurídico, sino para la propia estructura, organización y funcionamiento del Estado. En buena cuenta, el principio democrático confiere uno de los más importantes rasgos de identidad al Estado peruano. Complementariamente, el mandato del poder es representativo; es decir, se ejerce por los órganos de poder diseñados por la Constitución.

148. Por su parte, el artículo 45 ha contemplado uno de los principios fundantes del orden jurídico-político, cuando establece que:

Artículo 45.- *El poder del Estado emana del pueblo*. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición.

(Énfasis añadido).

Así, la soberanía popular aparece como aquella fuente de legitimidad del poder que se ejerce en nuestro Estado constitucional.

149. Junto a la supremacía constitucional, se afirma el principio jurídico fundante y a la vez estructurador del ordenamiento: la soberanía popular, la misma que –como principio esencialmente político– sienta las bases de legitimidad para el ejercicio del poder público en nombre de su auténtico titular, el pueblo.
150. El Perú se suscribe a una democracia representativa y es expresa el pluralismo político en el Congreso, donde confluyen legítimamente las fuerzas imperantes y actúan en representación de la comunidad. En ese sentido, las vías participativas son formas complementarias que coadyuvan al fortalecimiento de la democracia, pero no sustituyen al poder y sus instituciones.
151. En relación con este extremo de la demanda, se ha cuestionado que la Ley 31399 habría vaciado de contenido tanto el principio democrático como el principio de soberanía popular, porque dicha norma privaría a los ciudadanos de pronunciarse a través del referéndum respecto de diversas propuestas normativas que ellos mismos hubiesen presentado o, lo que es lo mismo, de iniciativa ciudadana. Dicha afirmación carece de fundamentación dogmática, en razón de que el principio democrático y el de soberanía popular, se encauzan por la vía representativa, como se ha puesto de relieve en el punto anterior.
152. Bajo la interpretación ya desarrollada de la ley impugnada, corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.

8.3 SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 103 DE LA CONSTITUCIÓN

153. En el presente caso, este Tribunal debe analizar si la ley impugnada ha vulnerado el artículo 103 de la Constitución -en relación con el principio de generalidad de las leyes-, el mismo que establece lo siguiente:

Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas.

154. En dicho artículo se ha incorporado, implícitamente, el principio de generalidad de las leyes, toda vez que solo se habilita la expedición de leyes especiales tomando en cuenta la naturaleza de las cosas. *Ergo*, como regla general, las leyes de nuestro ordenamiento deben responder al principio de generalidad.
155. Asimismo, un aspecto sustancial de dicho mandato constitucional reside en la prohibición de expedir legislación por razón de la diferencia de las personas; disposición que recoge la exigencia constitucional de garantizar la igualdad en la ley, así como la prohibición de discriminación, conforme al artículo 2.2 de la Constitución. Todo ello exige también la igualdad en la aplicación de la legislación.
156. El principio de generalidad es un mandato constitucional que garantiza que la obra del legislador no establezca, fomenta o genere diferencias prohibidas por la Constitución en la esfera jurídica de sus destinatarios. Así pues, en principio, la ley es general y abstracta. No obstante, en el Estado social y democrático de derecho, las leyes especiales posibilitan un trato de justicia hacia los ciudadanos, no solo impidiendo que el legislador genere diferencias sociales, sino promoviendo que fomenta las condiciones para promover la igualdad sustancial entre ellos.
157. En el presente caso, se encuentra en discusión si la Ley 31399 ha quebrantado el principio de generalidad.
158. A criterio de la parte demandante, la ley controlada tiene como finalidad impedir que determinadas iniciativas ciudadanas sean sometidas a referéndum, lo que contravendría el principio en mención. Sin embargo, si se repara en el contenido normativo de la ley sometida a control, este Tribunal Constitucional aprecia que en él no existe ninguna mención o referencia a alguna iniciativa que se pretendiese prohibir o, en caso contrario, fomentar. En efecto, no surge de la disposición un mandato dirigido a impedir o promover determinadas y concretas iniciativas ciudadanas, sino una regla que emerge de la Constitución para toda reforma total o parcial.
159. Por lo tanto, este Tribunal no aprecia que la Ley 31399 incumpla el principio de generalidad de las leyes; por lo que -en consecuencia- corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.

8.4. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 118.3 DE LA CONSTITUCIÓN

160. Finalmente, la parte demandante también sostiene que la Ley 31399 vulnera el artículo 118 inciso 3 de la Constitución y el artículo 4.1 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), porque impide al Poder Ejecutivo cumplir con la Política general de gobierno para el período 2021-2026, que ha sido plasmada en el Decreto Supremo 164-2021-PCM, que contempla el fortalecimiento del sistema democrático y, de modo específico, la consolidación de la institucionalidad democrática, la gobernabilidad y la participación política de los ciudadanos.

161. Sobre ello, debe tenerse en cuenta que el artículo 118.3 de la Norma Fundamental ha establecido que corresponde al presidente de la República “Dirigir la Política General del Gobierno” y que, a su vez, dicha competencia ha sido desarrollada por el legislador orgánico en la LOPE, cuyo artículo establece que corresponde el Poder Ejecutivo:

Diseñar y supervisar políticas nacionales y sectoriales, las cuales son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno (...).

162. En el presente extremo de la demanda, se impugna la ley porque impediría al Poder Ejecutivo ejercer la política general del gobierno, aprobada para el período 2021-2026 y, específicamente, cumplir con el fortalecimiento de la institucionalidad democrática y la participación política de los ciudadanos, entre otros aspectos relacionados o afines.

163. Siendo ello así, este Tribunal entiende que, en definitiva, la ley cuestionada se desarrolla dentro del margen asignado al legislador, en resguardo del poder constituyente y su diseño de reforma, por lo que la Política general de gobierno que compete al Poder Ejecutivo se mantiene incólume, al no ser competencia del gobierno imponer una reforma constitucional ni tampoco la del Poder Legislativo realizarla con mayorías simples o sin convalidación ciudadana. En todo caso son los límites que el constituyente ha impuesto en el caso peruano y deben ser acatados por todos.

164. La reforma constitucional puede ser parte de una propuesta de gobierno, pero no puede definirse como una política a implementar de manera dominante cuando la tarea de la reforma de la Constitución, como se ha citado en palabras de Carpizo, “es una tarea del órgano revisor de la Constitución”.
165. Así las cosas, este Tribunal considera que, bajo esta última interpretación, la ley impugnada no vulnera la competencia del Poder Ejecutivo de dirigir la Política general de gobierno, prevista en el artículo 118.3 de la Constitución. Al contrario, en sus decisiones de gobierno puede impulsar diversas propuestas de gobierno, por ejemplo en materia económica, tributaria, social, e incluso es posible que haga cuestión de confianza por dichas políticas; sin que corresponda en este estadio incluir como política de Estado un referéndum constitucional, por trascender la voluntad de los poderes constituidos.
166. En consecuencia, con sujeción a la interpretación antes referida, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

9. LA “CONSTITUCIONALIZACIÓN” DE LA PARTICIPACIÓN POPULAR EN LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

167. La Constitución de 1993 consagra la denominada “constitucionalización de la función constituyente” en el artículo 32, inciso 1, de la Constitución que señala expresamente:

Artículo 32.- Pueden ser sometidas a referéndum:

1. La reforma total o parcial de la Constitución;

(...).

(El subrayado es nuestro).

168. Así las cosas, habiendo sido voluntad del constituyente peruano de 1993 que el pueblo participe de manera directa en la decisión de “darse” una nueva Constitución (reforma total) que sustituya a la vigente en ese momento, el titular indiscutible del poder constituyente (el pueblo) debe expresar su *voluntad de cambio constitucional* en el momento de **la aprobación del Proyecto de nueva Constitución** que el congreso elabore.

169. Por tal razón, este Tribunal asume que el espíritu del artículo 32, inciso 1 de la Constitución Política de 1993, en cuanto a la reforma total se refiere, debe ser empleada como proceso de legitimación y respaldo a la desarrollada por el Congreso de la República. En tal sentido la decisión de “darse” una nueva Constitución que sustituya a la vigente, supone que el pueblo –titular indiscutible del Poder Constituyente Originario (refundacional, en ese caso)– debe expresar, de manera clara y democrática, su *voluntad de cambio constitucional*, con el referéndum.
170. De esta manera, el mandato constitucional que establece la participación del pueblo para reformar totalmente la Constitución vía referéndum, consagrada en el inciso 1 del artículo 32 de la Constitución de 1993, debe interpretarse tomando en cuenta el diseño del proceso o *íter* constituyente, en el que el pueblo debe ser consultado para aprobar el nuevo Texto Fundamental, luego del debate y de la deliberación correspondientes en el Congreso de la República.

IV. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el procurador público del Poder Ejecutivo contra la Ley 31399.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MORALES SARA VIA

PACHECO ZERGA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

MONTEAGUDO VALDEZ

PONENTE GUTIÉRREZ TICSE

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA PACHECO ZERGA

Con el debido respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto, pues coincido con la parte resolutive y, por eso, suscribo los fundamentos 1 a 10, 102 a 135 y 137 a 169 de la sentencia, pero me aparto del resto de sus fundamentos por los argumentos que expongo a continuación.

La sentencia, a partir de abundante cita de autores, sienta posición en temas de la teoría general del Derecho constitucional, donde los autores presentan diversas teorías dogmáticas que, a mi entender, deben quedar a la discusión o preferencia de los lectores o especialistas, sin que el Tribunal Constitucional deba tomar partido por alguna de ellas, consagrándolas en sus sentencias, a riesgo de incurrir en conceptualizaciones controvertibles, que considero no son indispensables para resolver el presente litigio.

Estos son los motivos que me llevan a no suscribir los siguientes apartados de la sentencia: 3 («El Poder constituyente»), 4 («La asamblea constituyente como salida al problema del poder de reforma constitucional»), 5 («La reforma de la Constitución de 1993») y 6 («El referéndum en la Constitución de 1993»).

S.

PACHECO ZERGA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MONTEAGUDO VALDEZ

Si bien coincido con el sentido del fallo, emito el presente fundamento de voto pues considero necesario exponer algunas consideraciones que permiten clarificar los argumentos que, a mi juicio, llevan a tal decisión.

I. Delimitación del objeto de control

1. La Ley 31399, denominada “Ley que fortalece el proceso de aprobación de leyes de reforma constitucional regulado en los artículos 40 y 44 de la Ley 26300, Ley de los derechos de participación y control ciudadanos”, impugnada en el presente proceso, tiene un artículo único que modifica los referidos artículos 40 y 44, quedando redactados del modo siguiente:

“Artículo 40.- Improcedencia de referéndum

No pueden someterse a referéndum las materias y normas a que se refiere el segundo párrafo del artículo 32 de la Constitución, ni aquellas que no se tramiten según el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política.” (subrayado agregado).

“Artículo 44.- Autoridad que convoca a referéndum

La convocatoria a referéndum corresponde efectuarla a la autoridad electoral en plazo no mayor de cuatro meses después de acreditadas las respectivas iniciativas, salvo que se trate de una reforma constitucional, en cuyo caso es convocado por el presidente de la República, por disposición del Congreso, de conformidad con el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política” (subrayado agregado).

2. Aunque el texto del artículo 40 de la Ley 26300, tal como ha quedado reformado por la Ley 31399, puede llevar a más de una

interpretación, la propia denominación de la Ley 31399, y la interpretación del referido precepto en sistemática con el artículo 44 de la misma Ley 26300 (tal como ha quedado reformado), permite llegar a la conclusión de que el legislador no ha tenido la intención de que toda iniciativa que se quiera someter al referéndum deba ser tramitada según el procedimiento establecido en el artículo 206 de la Constitución, sino solo aquellas materias que supongan una reforma de la Constitución. Es este el sentido interpretativo que corresponde asignar en conjunto a los artículos 40 y 44 de la Ley 26300, una vez reformados por la Ley 31399, y es el sentido interpretativo cuya constitucionalidad corresponde analizar.

3. En otras palabras, la norma (sentido interpretativo) derivada de las disposiciones (textos) contenidas en los artículos 40 y 44 de Ley 26300, reformados por la Ley 31399, cuya constitucionalidad se encuentra sometida a juicio en este proceso es la siguiente: ***Toda iniciativa de reforma de la Constitución debe ser tramitada de conformidad con el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución.***

II. ¿Quién y cómo se puede llevar a cabo una reforma constitucional? Sobre la imposibilidad de acudir a un referéndum directo para reformar la Constitución.

4. Un primer argumento orientado a sostener que una norma que establece que toda iniciativa de reforma de la Constitución debe ser tramitada siguiendo el procedimiento establecido en su artículo 206, es compatible con la Constitución consiste en remarcar su cuasi identidad semántica con lo que establece el propio artículo 206 de la Norma Fundamental. En efecto, el referido precepto establece lo siguiente: “Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. (...)” (subrayado agregado).
5. Así pues, ateniéndose a la literalidad del precepto, este establece que, con prescindencia de la característica intrínseca que ostente la iniciativa de reforma constitucional y con prescindencia de por cuál

de las dos vías se decante el procedimiento para llevarla a cabo (con o sin referéndum ratificatorio), **toda reforma constitucional** debe ser aprobada por el Congreso.

6. Ciertamente es que el artículo 32, inciso 1, de la Constitución, establece que puede someterse a referéndum la reforma total o parcial de la Constitución. Sin embargo, a la luz de principio interpretativo de unidad de la Constitución, en base al cual “la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un „todo“ armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto” (cfr. Sentencia recaída en el Expediente 5854-2005-PA/TC, fundamento 12 a.), no es razonable asumir que el artículo 32, inciso 1, autoriza un camino distinto de los previstos en el artículo 206 para reformar la Constitución, de modo tal que esta pueda ser reformada acudiendo directamente a un referéndum. Lo razonable más bien es asumir que el referéndum para reformar la Constitución al que alude el artículo 32, inciso 1, es justamente el referéndum al que alude el artículo 206, el cual ciertamente puede realizarse, pero mediando necesariamente la actuación del Congreso de la República.
7. Ahora bien, hasta aquí se ha desarrollado un argumento esencialmente literal (donde la Constitución dice “toda” es “toda”, no “algunas”) o, si se quiere, autoritativo, para respaldar la validez de la norma sometida a control en este proceso. Por cierto, se trata de un argumento que, no por literal, debe ser menospreciado. La claridad semántica de ciertos términos que utiliza la Constitución, a menos que también con claridad sean inconsistentes con otros, deben ser prudentemente atendidos por el intérprete constitucional, pues son aquellos en los que con mayor nitidez se trasluce la voluntad del Poder Constituyente, la cual no puede ser desatendida por ningún poder constituido, incluyendo, desde luego, al Tribunal Constitucional.
8. No obstante, lo expuesto no debe ser confundido con la defensa de la tesis de que el juez constitucional -parafraseando a Montesquieu- debe ser algo así como “la boca muda que pronuncia las palabras de la Constitución”. Y es que la carga axiológica de la Norma Fundamental y la amplia gama de principios en ella reconocidos, exige siempre poner a prueba la corrección de los argumentos autoritativos a la luz de razones provenientes de los valores normativamente reconocidos en la Carta.

9. En ese sentido, tal como fundamentaré a continuación, la imposibilidad de que quepa la convocatoria a un referéndum directo para reformar la Constitución, no solo deriva de la semántica de lo ordenado por el artículo 206, sino también de un correcto entendimiento de cómo deben conjugarse los principios de soberanía popular y de democracia representativa, ambos de singular importancia en nuestro constitucionalismo.
10. La Constitución fue pionera en consagrar importantes mecanismos de democracia directa o semidirecta como el referéndum, la iniciativa legislativa popular, la remoción y revocación de autoridades y la demanda de rendición de cuentas (artículo 31° de la Constitución); pero, a todas luces, sería un error considerar que ello convierte al Perú en una suerte de democracia plebiscitaria.
11. Una de las características medulares del Estado Constitucional es situar en posición preponderante a los valores de la democracia y de la soberanía popular, pero en ningún caso por encima del valor del respeto por la dignidad humana. Por ello, el artículo 1 de la Constitución reconoce a este, y no a otro, como el fin supremo de la sociedad y del Estado. Y de ahí que autorizada doctrina haya caracterizado a los derechos fundamentales emanados de la dignidad como “triunfos frente a la mayoría”¹⁰² o como un “coto vedado” para la democracia¹⁰³. El propio Kelsen llamaba la atención sobre la importancia de distinguir entre el “principio de la mayoría” y el “dominio de la mayoría”¹⁰⁴.
12. Desde luego, ello no significa que exista *per se* una oposición conceptual entre la defensa del principio democrático y la defensa de los derechos. Significa tan solo que la moralidad subyacente a los derechos fundamentales no es dependiente de una decisión mayoritaria, sino de una racionalidad intersubjetivamente sustentable. Y, en no pocas ocasiones, el criterio de la mayoría puede encontrarse

102 Cfr. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, traducción de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, p. 37.

103 Cfr. Garzón Valdés, E., *Consenso, racionalidad y legitimidad*, en: Isegoría, N° 2, 1990, p. 13 y ss.

104 Cfr. Kelsen, H., *Das Problem des Parlamentarismus*, Viena/Leipzig, 1925, p. 31

en abierta contravención al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales.

13. Es por ello que el constitucionalismo siempre ha defendido la institucionalización de ciertas “ataduras al mástil” para poner a buen recaudo los principios fundamentales de la Constitución de los “cánticos de sirenas”, propios de los avatares de la política, que puedan ponerlos en riesgo¹⁰⁵.
14. Algunas de tales limitaciones a las decisiones democráticas son de tipo sustantivo. La más evidente en nuestro sistema, y sobre la que volveré luego, es la imposibilidad de someter a referéndum la supresión o disminución de los derechos fundamentales de la persona (artículo 32 de la Constitución). Pero otras se desenvuelven dentro de la propia configuración constitucional del principio democrático.
15. En efecto, la preponderancia que el constitucionalismo le brinda a la democracia representativa por sobre la democracia directa, no obedece solo a razones de orden práctico u operativo; son también razones de orden axiológico. La democracia representativa tiene la ventaja de permitir, usualmente, una deliberación más institucionalizada y menos fragmentaria, sin dejar de ser plural. La institucionalización del discurso a través de la participación de los movimientos políticos representados en el Congreso, constituye un primer freno a aquellos requerimientos de una mayoría social no solamente muchas veces carentes de una previa deliberación, sino también en ocasiones consecuencia de previas manipulaciones por parte de algún gobernante de turno popular, pero poco apegado a los límites constitucionales.
16. Es esta la razón medular por la que el artículo 93 de la Constitución establece que, si bien los congresistas “representan a la Nación”, sin embargo, “[n]o están sujetos a mandato imperativo”, y es que el ejercicio de representación nacional no debe ser solo atendiendo a los requerimientos sociales, sino fundamentalmente y, sobre todo, a las exigencias constitucionales, en bien de la sociedad.

105 Cfr. Elster, J., *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, traducción de J. Mundó, Gedisa, Barcelona, 2002.

17. De esta manera, tal como ha señalado con suma precisión el Tribunal Constitucional,

[b]ien puede decirse que hemos ingresado -hace tiempo ya- a un escenario de “democratización de la sociedad” en el que, si bien cobran singular protagonismo los mecanismos de democracia directa, un primer peligro consistiría en creer que lo hacen como si fueran la antítesis de la democracia representativa, cuando no son más que su natural complemento.

No puede olvidarse que la defensa cerrada de los mecanismos de democracia directa en contraposición a los supuestos perjuicios generados por la democracia representativa, ha sido, finalmente, el recurrente argumento de las dictaduras para pretender fundamentar la supuesta validez de sus organizaciones totalitarias de partido único, en las que por vía de la argucia de una aparente mayor participación ciudadana en los asuntos públicos, en los hechos las decisiones terminan siendo monopolio del dictador, en la mejor muestra recreada de la fórmula hobbesiana: *Auctoritas, non veritas, facit legem* (La autoridad -no la verdad- hace la ley) (cfr. Sentencia recaída en el Expediente 0030-2005-PI /TC, fundamento 11).

18. Y en esa línea, se ha enfatizado que “[d]escartada la posibilidad de que una sociedad se rija de una vez y para siempre en base a la manifestación directa de su voluntad para la adopción de todas las decisiones que le atañen, es la democracia representativa el principio que articula la relación entre gobernantes y gobernados, entre representantes y representados. Ella rige nuestro Estado social y democrático de derecho, encontrándose reconocida en el artículo 45° de la Constitución, en cuanto señala que „[e]l poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen” (cfr. Sentencia recaída en el Expediente 0030-2005-PI/TC, fundamento 5).
19. De otro lado, un aspecto singularmente relevante en un ordenamiento es la necesidad de velar porque la Constitución sea un documento con vocación de perdurabilidad. La cualidad de “fundamental” de una Constitución suele ponerse a prueba por su duración y rigidez, por lo que, de no preocuparse ella de estos aspectos, y

que, por el contrario, se muestre como débil frente a una eventual modificación, o que no se encuentre lo suficientemente defendida frente a la posibilidad de la inserción de disposiciones contrarias a ella, puede suponer el cuestionamiento de esa característica¹⁰⁶. Esto no supone, desde luego, que se puedan bloquear nuevos desarrollos que sean más acordes con la realidad, pero invita a reflexionar sobre la posibilidad de una continua y recurrente capacidad directa del pueblo para reformar la Constitución, con todas las consecuencias que ello puede ocasionar en sociedades con una institucionalidad democrática frágil. Puede pensarse que en la medida en que el pueblo resulta el titular del poder constituyente originario, eso lo habilitaría a que, al margen de lo dispuesto en el ordenamiento pre-existente, pueda activarse en un momento constituyente y dotar a la sociedad de una nueva Ley Fundamental. Sin embargo, es pertinente recordar que no resulta viable, desde el punto de vista jurídico, que el pueblo pueda accionar al margen de la Constitución, la cual lo limita.

20. Se podría objetar que esta posición resulta contraria a la idea del pueblo como titular indiscutible del poder constituyente. Considero que ello no es así. Nuestro modelo de democracia habilita la posibilidad que la ciudadanía pueda, a través de los representantes que ella misma elija, activar los mecanismos pertinentes para la dación de una nueva Constitución, si es que ella así lo considera. Y es que “[l]a característica más importante de los sistemas representativos, que permite a los votantes influir en las decisiones de sus representantes, es el carácter periódico de las elecciones. En efecto, las elecciones periódicas proporcionan uno de los incentivos Claves a los que gobiernan para que tengan en cuenta a la opinión pública”¹⁰⁷.
21. Así, es en el desarrollo del acto electoral en el que, según nuestro actual la posibilidad de un nuevo texto constitucional, y no a través de mecanismos ajenos a los procedimientos previstos en nuestra Ley Fundamental, la cual supone una auto-restricción vital para la

106 Cfr. Fioravanti, M., *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Trotta, Madrid, 2014, pp. 80 y 81.

107 Cfr. Manin, B., *Los principios del gobierno representativo*, Alianza Editorial, Madrid, 2019, p. 215.

preservación de un nivel mínimo de estabilidad institucional. Es por ello que, por lo general, resulta impensable la prevalencia de cualquier otro sujeto político al margen de lo previsto en la propia Constitución, sea que se trate de un monarca o del propio pueblo, el cual, “sólo en el Estado y en su constitución encuentra orden y forma y, por ello, capacidad de existir en el plano constitucional”¹⁰⁸. También se ha precisado, sobre ello, que existe “un flujo y reflujo entre democracia y constitución. Si la democracia opera en el entorno del sistema, es el propio sistema el que la encauza y desde cierto punto de vista intenta su aseguramiento”¹⁰⁹.

22. Esto es particularmente importante en el contexto de la política peruana de los últimos años, en los que la ciudadanía ha apreciado una crisis recurrente. Y es que, en medio de toda esa turbulencia, es posible identificar una mayoritaria expectativa porque se preserven los procedimientos constitucionales. En estos mismos términos se viene ratificando un sentido político común, según el cual lo único que puede evitar el colapso de la institucionalidad democrática, es el respeto de las reglas reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico para el emprendimiento de cualquier cambio o actualización constitucional.
23. Así pues, que, de acuerdo a nuestro diseño constitucional vigente, una reforma constitucional deba ser aprobada por el Congreso antes de ser sometida a un referéndum, no solo deriva de la clara semántica del artículo 206 de la Constitución, incluso luego de interpretarlo en sistemática con el artículo 32, inciso 1, sino también de una razonable interpretación valorativa que, sin desmerecer la valía de los mecanismos de democracia directa, reconoce que estos son solo el complemento de la principal institucionalización del valor de la democracia en nuestro sistema, a saber, el principio de democracia representativa, el cual, tratándose de reformas a la Norma que recoge los valores esenciales de nuestro sistema, representa un primer límite a ciertas posiciones de la mayoría de la sociedad que puedan ponerlos en riesgo.

108 Cfr. Fioravanti, M., *Constitución*, Trotta, Madrid, 2011, p. 137.

109 Cfr. Ferreyra, R., *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2007, pp. 89 y 90.

24. Desde luego, lo expuesto no significa que el propio artículo 206 de la Constitución no pueda ser objeto de reforma. Dentro de ciertos límites, ello es constitucionalmente posible. Uno de tales límites, por ejemplo, es que por vía de tal reforma no podría eliminarse la rigidez de la Constitución para convertirla en una Constitución flexible, pues con ello dejaría de ser suprema¹¹⁰. No obstante, resultaría plenamente viable, por ejemplo, que a través de una reforma del artículo 206, se incorpore la posibilidad de convocatoria y elección de una Asamblea *ad hoc* para la elaboración de una nueva Constitución cuya aprobación sea luego ratificada vía referéndum. Tal reforma no eliminaría la rigidez constitucional y constituiría una alternativa plenamente compatible con los elementos esenciales que debe ostentar un procedimiento reforma de la Constitución.
25. Ahora bien, aún cuando se respete escrupulosamente el procedimiento de reforma constitucional estipulado en el artículo 206, existen límites materiales que toda reforma debe respetar para resultar constitucionalmente válida. De ello me ocupo a continuación.

III. Sobre los límites materiales al poder de reforma de la Constitución.

26. En los modernos Estados Constitucionales, la idea de “Constitución” no se reduce, únicamente, a la calidad de ser la norma jurídica suprema. En la actualidad, su contenido se encuentra asociado a la preservación de ciertos valores y principios fundamentales. Por ello, las constituciones bajo este paradigma se caracterizan por contar con una Constitución rígida que responde, además, a las pretensiones normativas del constitucionalismo político, esto es, la limitación del poder y la garantía de los derechos¹¹¹. Esta precisión resulta fundamental, ya que aquella norma jurídica que se considere como suprema y que no reconozca dichos pilares fundamentales, no podrá ser considerada, en el sentido contemporáneo, como una

110 Cfr. Bayón, J. C., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en: M. Carbonell y L. García (coordinadores), *El cánón neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, p. 285 y ss.

111 Cfr. Aguiló, J., *La Constitución del Estado Constitucional*, Palestra, Lima, 2010, pp. 51

verdadera “Constitución”. Sobre ello, se ha señalado que “[s]i la existencia de una constitución depende de la protección de ciertos derechos y de la separación de poderes, un intento de suprimir esos principios - aunque respete el procedimiento establecido para las enmiendas- no puede ser entendido como una mera enmienda; el mismo equivaldría a la destrucción de la constitución y no a su modificación, y resultaría en una constitución de contenido inconstitucional”¹¹².

27. Esto supone que cualquier pretensión relacionada con una posible supresión de estos valores deba ser oportunamente controlada no solo por parte de los órganos jurisdiccionales, sino que también amerita el deber de la ciudadanía de ejercer una vigilancia constante para la protección de su Norma Fundamental. En efecto, soy consciente que, en principio, es en el propio fuero de la política en el que se dilucidan esta clase de situaciones. Sin embargo, no han faltado experiencias en el derecho comparado en las que se ha advertido que la alternación del orden institucional se ha efectuado a través del uso de las herramientas que el propio sistema jurídico habilita. De esta manera, cierto sector de la doctrina se ha referido a la existencia, en algunos regímenes, de una suerte de “constitucionalismo abusivo”, el cual suele definirse como “el uso de mecanismos de cambio constitucional en aras de hacer a un Estado significativamente menos democrático de lo que era con anterioridad”¹¹³.
28. En esta clase de escenarios, se ha facultado la intervención de la justicia constitucional para reparar el orden institucional quebrantado. La legitimidad de su control obedece a que, por lo mismo que la reforma constitucional se desarrolla en sede de un órgano de poder constituido, existe el riesgo que este también pueda ignorar los principios elementales del sistema democrático. Al respecto, se ha observado que el poder de reforma no puede emplearse para socavar el propio régimen constitucional, ya que la idea subyacente para su uso debe ser el de preservar a la propia Constitución, por lo

112 Cfr. Colón-Ríos, J., *La constitución de la democracia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 117.

113 Cfr. Landau, D., *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 26.

que su estructura básica no puede dejarse de lado. En ese sentido, el poder de reforma, si se encuentra facultado para adoptar cualquier alteración del texto, podría incluir el poder de destruir a la propia Constitución¹¹⁴.

29. Es por ello que en los modernos Estados Constitucionales se hace una continua referencia al control judicial de las leyes de reforma constitucional, lo cual, de hecho, también ha sido reconocido en la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional. Al respecto, el intérprete final de la Ley Fundamental ha precisado que “[l]as leyes de reforma constitucional son susceptibles de control de validez, debido a que, si bien la Constitución es creación de un Poder Constituyente, las leyes de reforma constitucional son creación de un Poder Constituyente Constituido y, consecuentemente, restringido en su actuación por los límites formales y materiales establecidos en la Constitución” (Sentencia recaída en el expediente 0050-2004-PI, fundamento 4). Existe un consenso importante en relación con estos conceptos en la jurisprudencia del Tribunal, por lo que solo deseo efectuar algunas consideraciones concernientes a los límites materiales.
30. Por lo general, estos límites se encuentran asociados a principios como la soberanía popular, el pluralismo, la separación de poderes y los derechos fundamentales reconocidos y tutelados tanto a escala nacional como internacional. Esto no impide que, en virtud del propio desarrollo histórico de cada país, se inserten valores adicionales. Como bien ha señalado, Pedro de Vega, “[c]onsiderar [...] desde un criterio puramente normativista, y desde la lógica exclusiva de la legalidad, como únicos límites implícitos a la reforma de las normas de procedimiento, equivaldría a despojar al concepto de Constitución de toda significación política y de cualquier tipo de proyección histórica”¹¹⁵. Ahora bien, sin perjuicio de ello, es posible identificar una suerte de núcleo duro común, y que se relaciona con la necesidad de respetar y garantizar los derechos fundamentales

114 Cfr. Roznai, Y., *Reformas constitucionales inconstitucionales: los límites al poder de reforma*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 276 y 277.

115 Cfr. De Vega, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 284.

de la persona, así como con la preservación del carácter democrático del ordenamiento, sobre el cual gira todo el andamiaje jurídico. Sin embargo, “para que esta construcción se mantenga, es necesario un corolario ulterior: la supremacía constitucional, que asegura continuidad y estabilidad al sistema y resulta imprescindiblemente relacionada con todos los elementos mencionados con antelación”¹¹⁶.

31. Ahora bien, resulta fundamental entender que varios de los conceptos relacionados con la reforma constitucional fueron acuñados entre los siglos XVIII y XX. Esto implica que su origen se ha efectuado al margen de la evolución y los conceptos vinculados con el derecho internacional. De manera particular, el derecho constitucional contemporáneo no puede ser indiferente a los notorios progresos que se han advertido en el derecho internacional, particularmente luego de la Segunda Guerra Mundial y lo que supuso la necesidad de establecer límites al poder del Estado, el cual se había caracterizado por ser una entidad cuyos actos no eran objeto de control. Por ello, considero que cualquier reflexión actual sobre los límites materiales de la reforma constitucional debe incluir, imperiosamente, un riguroso análisis sobre el rol del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los ordenamientos locales. De hecho, en la doctrina francesa ya destacaba el jurista Louis Favoreau que era posible distinguir una supraconstitucionalidad interna, o concretada en principios constitucionales que debe cumplir el poder de reforma constitucional; de una supraconstitucionalidad externa, “referida a contenidos o estándares internacionales o supranacionales a los que debe ajustarse el poder constituyente”¹¹⁷.
32. La reformulación de estos conceptos propios del Derecho Constitucional de los siglos XVIII a XX obedece a que, como bien ha anotado Ferrajoli, conceptos como el estado de derecho, la democracia, la legislación o incluso la propia constitución “se desarrollaron y modelaron históricamente dentro de los espacios de los estados nacionales,

116 Cfr. Ragone, S., *El control judicial de la reforma constitucional*. Aspectos teóricos y comparativos, Porrúa, México, D. F., 2012, pp. 199 y 200.

117 Cfr. Ugartemendia, J. y Donaire, F., *La triple justiciabilidad de las reformas constitucionales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 277.

en los que derecho y política continúan preferentemente anclados todavía. Y por eso corren el riesgo de convertirse en cascarones vacíos de contenido desde el momento en que tanto el estado como la política han abandonado en gran parte las sedes representativas y constitucionalmente vinculadas de los estados”¹¹⁸ En la actualidad, los Estados y sus respectivos ordenamientos ya no se comportan como entidades autárquicas, indiferentes a cualquier interés general y colectivo, sino que suelen encontrarse identificados con el cumplimiento de los principios propios de la comunidad internacional¹¹⁹. Del mismo modo, las constituciones estatales ya no pueden regular la totalidad de los fenómenos normativos, ya que la comunidad internacional ha ido adquiriendo un mayor protagonismo y responsabilidad para afrontar problemáticas que ya no pueden ser resueltas de forma aislada por los Estados, como ocurren en el caso de la protección de los derechos fundamentales de la persona. No sorprende, por ello, que se haya hecho referencia a un fenómeno progresivo de “constitucionalización de la comunidad internacional”¹²⁰.

33. En este orden de ideas, estimo que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos supone un límite al proceso de reforma material, sea que se trate de una de carácter parcial o total. Por lo general, en nuestro ordenamiento se ha apelado a la Cuarta Disposición Final y Transitoria y al principio de interpretación de unidad de la Constitución para optimizar el contenido de los derechos reconocidos en nuestra Ley Fundamental. Sin embargo, es también pertinente recordar que su contenido normativo puede ser empleado para controlar eventuales escenarios en los que el uso de la reforma se emplee con la finalidad de implementar cambios que generen regresiones en el ámbito de los derechos¹²¹.

118 Cfr. Ferrajoli, L., *Constitucionalismo más allá del Estado*, Trotta, Madrid, 2018, p. 71.

119 Cfr. Cassese, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 232.

120 Cfr. Peters, A., “Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales”, en: A. Peters y otros (editores), *La constitucionalización de la Comunidad Internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 209.

121 Cfr. Quesada, L., “Reforma constitucional y estándares internacionales de derechos humanos”, en: B. Aláez (coordinador), *Reforma constitucional y defensa de la democracia*, ob. cit., p. 165.

34. Por otro lado, la existencia de límites actuales al poder constituyente en virtud del derecho internacional se materializa, sin duda alguna, en las denominadas normas *ius cogens*, las cuales se caracterizan por ser aceptadas y reconocidas como imperativas por la comunidad internacional de estados, y que, por ello mismo, no tienen un límite geográfico para su aplicación¹²². En la evolución actual del derecho internacional, se ha reconocido como normas *ius cogens* a la prohibición del genocidio, la esclavitud, y la discriminación racial. En el conocido caso *Barcelona Traction*, la Corte Internacional de Justicia se refirió, de forma general, al respeto de los “derechos básicos de la persona humana”, aunque no ha tenido la oportunidad de efectuar alguna precisión adicional respecto de este último supuesto¹²³.
35. Ahora bien, esta referencia al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como límite material a la reforma constitucional obedece a que, desde hace una considerable cantidad de tiempo, en los ordenamientos jurídicos suelen existir principios que han adquirido un particular nivel de autonomía, y que son reconocidos como válidos debido a sus méritos intrínsecos “y no por el hecho que cierta autoridad humana, divina o convencional los prescribió a través de actos lingüísticos registrados en ciertos documentos”¹²⁴. El consenso que han generado estos principios básicos del ordenamiento ha generado que se delibere sobre una eventual “globalización de las constituciones estatales”, y ello con el fin de graficar el fenómeno de la expansión progresiva de los derechos humanos en diversas jurisdicciones y familias jurídicas¹²⁵. Ello implica que, así como es posible aludir a una “constitucionalización de la comunidad internacional”, también resulta necesario entender que existe una actual tendencia a la internacionalización de los ordenamientos estatales, lo cual implica que, además de la comunidad internacional,

122 Cfr. Casado, R., *Notas sobre el ius cogens internacional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1999, p. 36.

123 Cfr. Díez-Picazo, L. M., “Límites internacionales al Poder Constituyente”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 76, 2006, p. 16.

124 Cfr. Nino, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2021, p. 18.

125 Cfr. Krisch, N., *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 8.

sean los propios Estados los que inserten en su derecho interno todos aquellos principios y derechos sobre los que existe un importante de aceptación a nivel global respecto de la necesidad de su protección¹²⁶.

36. Esto supone que, en nuestro modelo, la evaluación de los límites a la reforma también se efectúe desde la perspectiva de lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos humanos, así como de los estándares efectuados por los principales tribunales y organismos internacionales. En ese sentido, debe existir una suerte de tendencia a la “amabilidad de la ley internacional” o a la apertura hacia la ley internacional (*Völkerrechtsfreundlichkeit*), ya que ello refleja la conexión entre el derecho interno y el internacional, fórmula que, en los modernos Estados Constitucionales, resulta indisoluble. No sorprende, por ello, que la Corte Interamericana haya habilitado a favor de los Estados la posibilidad de efectuar el denominado “control de convencionalidad”, a fin de determinar si es que el ordenamiento nacional resulta conforme con las pautas fijadas en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Desde luego, el empleo de esta clase de criterios también puede ser efectuado por los tribunales para optimizar el nivel de tutela que emplean nuestras cláusulas constitucionales.
37. Por otro lado, otro límite material a la reforma constitucional se relaciona con la “identidad constitucional”. Inicialmente, este concepto fue empleado por diversas cortes constitucionales europeas para referirse a la existencia de principios constitucionales que no podían ceder incluso frente al proceso de integración del derecho comunitario. Sin embargo, también se ha destacado su uso como límite material al proceso de reforma. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que

[a]unque toda Constitución se caracteriza por ser un cuerpo normativo integral, donde cada disposición cumple un determinado rol, ciertas cláusulas asumen una función que resulta mucho más vital u omnicomprensiva que las del resto. Se trata de

126 Cfr. Nikken, P., “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno”, en: *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, N° 53, 2013, p. 17.

aquellos valores materiales y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional (la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el Estado de Derecho, la separación de poderes, etc.). Sin ellos, la Constitución sería un texto formalmente supremo pero, en cambio, materialmente vacío de sentido (cfr. Sentencia recaída en el Expediente 0014-2002-PI/TC, fundamento 75).

38. De este modo, la identidad constitucional alude a aquellos principios que se relacionan con la esencia del texto constitucional, y sin la cual no es posible identificarla como tal. Esto implica, en primer lugar, que las constituciones se caracterizan, en todos los casos, por referirse a ciertos contenidos mínimos que resulta indispensable precisar, lo que ocurre, como se ha mencionado, con el caso del principio democrático, la soberanía popular o la tutela de los derechos fundamentales. Sin embargo, la identidad también se vincula con un componente “nacional”, en la medida en que cada Estado cuenta con un conjunto de experiencias sociales, políticas e históricas que lo hacen singular frente a la comunidad internacional. Esto implica que, contra lo que pudiera creerse, la identidad constitucional también ostenta un elevado carácter dinámico y adaptable, ya que alude a aquello que es perdurable y que desea ser resguardado del acecho de mayorías que sean provisionales o temporales¹²⁷.
39. En el caso de la Constitución de 1993, es también necesario precisar que el artículo 44 también puede ser considerado como un componente fundamental de su identidad, y ello en la medida en que precisa los deberes fundamentales que le corresponden al Estado peruano, entre los que se precisa a la defensa de la soberanía nacional; la garantía de la plena vigencia de los derechos humanos, o a la protección de la población frente a posibles amenazas contra su integridad. Es natural que nuestra Ley Fundamental se refiera a esta clase de principios o derechos, ya que ellos suelen ser indispensables para la garantía de la vigencia de la propia constitución.

¹²⁷ Cfr. Jacobsohn, G., “Constitutional Identity”, en: *The Review of Politics*, N° 68, 2006, p. 372.

40. Ahora bien, considero necesario precisar que, a mi juicio, estos límites al poder de reforma de la Constitución, son aplicables a toda reforma, es decir, tanto a la reforma parcial como a la reforma total.
41. La diferencia entre la reforma total y parcial de la Constitución no reside en que por vía de la primera se destruye el Estado Constitucional y por vía de la segunda no, por el sencillo motivo de que ni una ni otra puede violar los límites materiales o núcleo duro de nuestra Constitución histórica.
42. A mi juicio, la reforma total de la Constitución alude a la refundación normativa, más no material o sustantiva de nuestro Estado Constitucional. Es decir, a la posibilidad -por razones políticas, de conveniencia social, o de otra índole semejante- de derogar la Constitución de 1993 y reemplazarla, como fuente formal fundamental del sistema jurídico, por una nueva Norma Fundamental, pero que, como no podía ser otra manera, respete, cuando menos, los elementos identitarios de nuestro constitucionalismo histórico y, ciertamente, el *ius cogens* internacional. Y así, en contrapartida, la reforma parcial de la Constitución, alude a aquella que, siempre respetuosa del núcleo duro, reforme determinados aspectos de la Constitución vigente.
43. Ahora bien, así las cosas, aunque siempre respetuosa de los principios fundamentales, como se decía, siquiera desde un punto de vista normativo, la reforma total no deja de ser un acto refundacional y, por ende, suscitada por episodios políticos y sociales de extraordinaria trascendencia.
44. En tal escenario, tal como está regulado el procedimiento de la reforma en la Constitución vigente —es decir, en la hipótesis de que no se realice una reforma del propio artículo 206 para dicho cometido— la participación del Congreso me parecería necesaria, pero no suficiente. Y es que no puede dejarse de considerar que, si bien el pueblo en el Estado Constitucional también es un poder constituido, es de él de quien emana todo poder; es políticamente el mandante y el representado, aun cuando jurídicamente existan mandatarios y representantes, y la elaboración y aprobación de una nueva Constitución, que inexorablemente establecerá la defensa de cada persona del pueblo como su fin supremo, en tanto acto normativamente refundacional, no puede prescindir de su participación.

45. En definitiva, a menos que medie reforma del artículo 206 de la Constitución, a mi juicio, de conformidad con la Constitución vigente, existe solo un procedimiento que cumpliría con las exigencias axiológicas para hacer válida una reforma total de la Constitución: que sea aprobada por el Congreso con cuando menos la mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum.
46. Así pues, en conclusión, considero que la reforma introducida en los artículos 40 y 44 de Ley 26300, reformados por la Ley 31399, que establece que toda iniciativa de reforma de la Constitución debe ser tramitada de conformidad con el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución, no resulta inválida pues se limita a reiterar lo que ya deriva literal y axiológicamente de la Norma Fundamental vigente. Sin perjuicio de lo cual es conveniente precisar que ninguna reforma, sea total o parcial, puede afectar los límites materiales al poder de reforma.

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

S.

MONTEAGUDO VALDEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO OCHOA CARDICH

Con relación a la sentencia en mayoría, con el debido respeto a los integrantes del Colegiado, expreso mi discrepancia y formulo voto singular en el sentido de que se debe **DECLARAR FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 31399, en base a los fundamentos que expongo a continuación:

Soberanía del pueblo: el poder constituyente originario y el poder constituido o derivado

1. En primer lugar, debemos referirnos a la *soberanía* que según Matteucci se define como:

[...] poder de mando en última instancia en una sociedad política y, consiguientemente, para diferenciar a esta de otras asociaciones humanas, en cuya organización no hay semejante poder supremo y no derivado. Por lo tanto este concepto está estrechamente ligado al de poder político: en efecto, la soberanía quiere ser una racionalización jurídica del poder, en el sentido de transformar la fuerza en poder legítimo, el poder de hecho en poder de derecho¹²⁸.

2. Así, actualmente se la conceptúa como el poder originario y supremo del Estado para organizarse como tal, dictar y modificar su Constitución Política, dirigir su desarrollo interno y sus relaciones con los demás Estados y organizaciones y proteger la existencia y los derechos de su población, la integridad de su territorio y la autonomía del ejercicio de sus poderes, sin hallarse sometido a ningún poder extraño¹²⁹.

128 MATTEUCCI, Nicola, *El Estado Moderno. Léxico y exploraciones*, Unión Editorial, Madrid, 2010, p. 87.

129 RÍOS ALVAREZ, Lautaro, La soberanía, el poder constituyente y una nueva Constitución para Chile, En: *Estudios Constitucionales*, año 15, núm. 2, 2017, pp. 176-177.

3. En ese sentido, el centro de la gravedad de la titularidad de la soberanía radica en el pueblo, desde la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 (“*We, the people...*”): o en la nación, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de los representantes del pueblo francés de 1789¹³⁰.
4. En esa dirección, el artículo 44 de la Norma Suprema establece que son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.
5. En el mismo sentido, el artículo 138 de la Constitución, en su primer párrafo declara que la potestad de administrar justicia *emana del pueblo* y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.
6. Como señala Burdeau, el núcleo esencial de la soberanía radica en el poder constituyente: *El carácter esencial de la soberanía es la posesión del Poder Constituyente*¹³¹.
7. Sobre el concepto de soberanía, Colón Ríos precisa la relación y diferencia entre soberanía y el poder constituyente:

La soberanía, en el contexto de la creación constitucional, generalmente se entiende como el poder de transformar cualquier voluntad en derecho. Una entidad soberana puede transformar en derecho una voluntad legislativa, judicial o ejecutiva, es decir, no está sujeta a la separación de poderes. *El poder*

Cabe señalar que como afirmó Aníbal Quijano: “En el momento en el que se hace la llamada Emancipación, no llegaban ni al 10% los que heredan y asumen el control de eso llamado Estado-nación [...] No en el Perú, donde en el siglo XIX ni siquiera logramos tener un Estado central, aunque no fuera moderno, ni nacional ni democrático. Por ejemplo, la servidumbre no ha sido extinguida en este país sino a fines de los años 60 del siglo pasado [...]. En: *Vivir adentro y en contra. Colonialidad y descolonialidad del poder*, Universidad Ricardo Palma/Editorial Universitaria, Lima, 2022, p. 69.

130 Ibídem, p. 170.

131 BURDEAU, Georges, Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, Editora Nacional, Madrid, 1981, p. 46.

*constituyente es un elemento de la soberanía pero no es la soberanía. La soberanía siempre le pertenece al soberano (al pueblo soberano), pero como el pueblo no puede reunirse y ejercerla lo hace a través de determinadas instituciones*¹³².

8. La primera Constitución peruana de 1823 asumió la noción de *Nación* como fuente de legitimidad del poder, que la delegaba sus representantes en su artículo 3:

La soberanía reside esencialmente en la Nación; y su ejercicio en los Magistrados a quienes ella ha delegado sus poderes.

9. Como señala Colón Ríos, la abolición del mandato imperativo a los parlamentarios adoptada por la Asamblea Constituyente francesa de 1791 se basó en el rechazo de la idea de Rousseau de que la soberanía le pertenece al pueblo y en el triunfo de la soberanía de “la Nación” (entendida como una entidad abstracta con una voluntad distinta, y en ese caso prevalecer, sobre el pueblo)¹³³.
10. Sin perjuicio de ello, en su artículo 27 la Constitución de 1823 declaró que el gobierno era de carácter popular y representativo. Por cierto, se trató de una democracia censitaria en la que se exigía para ser ciudadano tener una propiedad o ejercer cualquier profesión o arte con título público, o ocuparse en alguna industria útil sin sujeción en clase de sirviente o jornalero (artículo 17, numeral cuarto).
11. La Constitución de 1826, fue la primera en reconocer expresamente que la fuente de la soberanía se origina en el pueblo. Así, en su artículo 8 declaró:

La Soberanía emana del pueblo, y su ejercicio reside en los Poderes que establece esta Constitución.

12. Cabe señalar que el texto fundamental de 1993 utiliza de manera diferenciada los conceptos de Nación y pueblo. Con relación a

132 COLÓN RÍOS, Joel, “El poder de una Asamblea Constituyente: reflexiones acerca de la Constitución de 1991 y su artículo 376”. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 50, septiembre-diciembre 2021, p. 81.

133 *Ibíd*em, p. 80.

la representación política y el mandato parlamentario, siguiendo a Sieyès, declara en el artículo 93 que los Congresistas representan a la Nación. Sin embargo, este Colegiado los asume de manera indistintamente en el fundamento 7 de la STC Exp. 0006-2017-PI:

El artículo 93 de la Constitución establece que los congresistas representan a la Nación. De ello se desprende que la razón de ser del Congreso es asegurar la soberanía representativa del pueblo, o, lo que es lo mismo, representar la voluntad popular. En general, la representación puede ser entendida como aquella que determina el reemplazo de un sujeto (representado) por otro (representante). En el plano político, la representación es la forma de expresión hacia afuera del poder político y, por tanto, es el elemento formal de su legitimidad.

13. Actualmente, la noción de *pueblo* como fuente de legitimidad del poder fluye desde el Preámbulo que declara que la Constitución es una derivación del “mandato del pueblo”; el artículo 3 que declara entre los derechos fundamentales implícitos o innominados a los derivados de los principios de la “soberanía del pueblo”, y particularmente del artículo 45 que preceptúa, en su primer párrafo, que el poder supremo de la soberanía está definido como soberanía popular:

El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

14. Así, este Colegiado en la STC Exp. 0030-2007-PI/TC, “*Caso Barrera Electoral*” concluyó en el fundamento 5, que consiguientemente, la Norma Fundamental es la combinación de dos principios mutuamente dependientes: el principio político de soberanía popular y el principio jurídico de la supremacía constitucional.
15. Sobre el concepto del pueblo, descartamos que sea una mera ficción o un ícono, como pretenden posiciones elitistas que rechazan a los mecanismos de la democracia participativa. Así, recurrimos a Heller en su *Teoría del Estado*:

A pesar de toda estas limitaciones y falseamientos, la localización jurídica de la soberanía en el pueblo no lo es, en absoluto,

una mera ficción, sino una realidad política cuya importancia sólo se comprende cuando se concibe a la soberanía del pueblo como debe concebírsele, es decir, como un principio polémico de la división política del poder, opuesto al principio de la soberanía del dominador. Que este principio no se realice en forma pura en la vida política es cosa que sólo puede desilusionar al doctrinarismo. Por el contrario, sólo la ignorancia o la demagogia pueden negar que la soberanía del pueblo exprese un principio de estructura de la división política del real del poder. Pues es siempre un hecho que, al contrario de lo que sucede en la autocracia, en el régimen democrático determinados círculos, más amplios o más reducidos, del pueblo del Estado disponen de un poder político eficaz que se revela prácticamente sobre todo, en el nombramiento, revocación y control de los dirigentes políticos. Constituye singularmente una realidad política de máxima importancia práctica en el que la organización democrática, con su división de poderes y garantía de los derechos fundamentales, limite eficazmente el poder político de los dirigentes mediante preceptos constitucionales, asegurando a todos los miembros del pueblo del Estado sin excepción una suma, muy variable, ciertamente, en la realidad de 'libertades', es decir, de poder social y político¹³⁴.

16. Nuestro Tribunal Constitucional ha seguido en gran medida la doctrina de Sieyès como señaló en el fundamento 63 de la STC 014-2002-AI/TC, *Caso de la Ley de Reforma Constitucional*. Sieyès asumió que el poder constituyente es un plenipotenciario del pueblo, mientras que los poderes constituidos sólo son portavoces o hacedores de una misión regulada en sus lineamientos por la propia Constitución:

Esto permite anticipar que lo que se ha dado en llamar reforma constitucional, y que se encuentra atribuida a uno de los poderes constituidos, no puede ser igual a la función que ejerce el Poder Constituyente.

134 HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1990, p. 266

17. En *¿Qué es el Tercer Estado?* Sieyès diferenció las facultades del poder constituyente y de los poderes constituidos. Así, el poder constituyente es ilimitado a diferencia del poder constituido es limitado:

Los representantes ordinarios de un pueblo se encargan de ejercer en las formas constitucionales, toda esa porción de la voluntad común necesaria para el mantenimiento de una buena administración. Su poder, por tanto, se limita a los asuntos de gobierno [...] Un cuerpo de representantes extraordinarios sustituye a la asamblea de esa nación. No requiere, sin duda, la plenitud de voluntad nacional, y le basta un poder especial y excepcional, pero reemplaza a la nación independientemente de todas las formas constitucionales [...] Con esto no quiero decir que la nación no pueda conceder esta nueva comisión a sus representantes ordinarios. Las mismas personas pueden, sin duda, formar parte de diferentes cuerpos. Pero es fundamental reconocer que una representación extraordinaria no tiene que ver con una legislatura ordinaria. Son poderes distintos. Esta última no puede actuar más que en las formas y en las condiciones que le son impuestas. La otra no está sometida a ninguna forma concreta; se reúne y delibera como haría la nación si, compuesta de un número reducido de individuos, quisiera dar una constitución a su gobierno [...]¹³⁵.

18. Así, Sieyès el 20 de julio de 1789 ante el Comité Constitucional de la Asamblea revolucionaria sostuvo que el poder constituyente originario no tiene límites:

El poder constituyente todo lo puede. No se encuentra de antemano sometido a ninguna Constitución...Por ello, para ejercer su función, ha de verse libre de toda forma y todo control, salvo lo que a él mismo pudiera aceptar¹³⁶.

135 SIEYÈS, Emmanuel-Joseph, *¿Qué es el Tercer Estado?* Biblioteca Virtual Omegalfa, 2019. Enlace: <https://omegalfa.es/downloadfile.php?file=libros/que-es-el-tercer-estado.pdf>.

136 Citado por Pedro DE VEGA, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Madrid, 1988, p. 28.

19. Por otro lado, la obra de Carl Schmitt distingue entre Constitución y las leyes fundamentales: la Constitución se conforma a partir de una *decisión política*, concreta del pueblo, como unidad preexistente y titular del poder constituyente, y por tanto, la idea de Constitución y el poder constituyente originario son asimilables. Así, sostiene en el contexto de la Constitución de Weimar que:

Es necesario hablar de la Constitución como de una unidad, y conservar entre tanto un sentido absoluto de Constitución. Al mismo tiempo, es preciso no desconocer la relatividad de las distintas leyes constitucionales. La distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía [...] Estas decisiones políticas fundamentales son, por lo que afecta a la Constitución de Weimar: la decisión a favor de la Democracia, adoptada por el pueblo alemán, en virtud de la existencia política como Pueblo; encuentra su expresión en el preámbulo (“el Pueblo alemán se ha dado esta Constitución”) y en el art. 1, 2: “El poder del Estado emana del Pueblo”; además la decisión a favor de la República y contra la Monarquía en el art. 1.1: El Reich alemán es una República”, la decisión a favor del mantenimiento de los Países, es decir, de una estructura de forma federal (si bien no propiamente federal) del Reich (art. 2); la decisión a favor de una forma fundamentalmente parlamentario- representativa de la legislación y el Gobierno; por último, la decisión a favor del Estado burgués de Derecho en la forma política de una República de estructura federal. La determinación del art. 17 C. a. que prescribe una Democracia parlamentaria para todas las Constituciones de los Países, contiene la corroboración de aquella decisión fundamental de conjunto a favor de la Democracia parlamentaria¹³⁷.

20. En consecuencia, para Schmitt si la Constitución se pretende sustituir también se modificaría la propia idea de pueblo. Lo reformable

137 SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1996, p. 47-48.

serían las leyes fundamentales, que configuran una dimensión subordinada a lo propiamente constitucional.

21. En esa misma dirección, acudimos en la doctrina a Nogueira, para quien el poder *constituido, instituido o derivado* no puede transformarse en poder constituyente:

El poder de reforma constitucional constituye un poder constituido, un poder creado y regulado por la Constitución, teniendo limitaciones formales y materiales. Como señala Zagrebelsky: el poder de revisión constitucional no es el poder constituyente, sino un poder constituido, sometido a la Constitución, aunque se trate “del poder dotado de la máxima eficacia jurídica entre todos los previstos en el ordenamiento actual”, el cual tiene límites, salvo que se manifieste como un *poder extra y contra ordinem*, lo cual es inadmisibile en el marco del Estado Constitucional democrático. En tal supuesto, se convertiría en un poder constituyente originario que debiera recabar su legitimación en la voluntad del cuerpo político de la sociedad¹³⁸ (subrayado agregado).

22. Guastini distingue dos concepciones del poder constituyente, la sustancial y la formalista:

- 1) La concepción sustancial (o sustancialista). La primera respuesta, grosso modo, suena así: una Constitución es una totalidad coherente o cohesionada de valores ético-políticos. La identidad material (es decir axiológica) de toda Constitución yace precisamente en el conjunto de valores —o principios supremos— que la caracterizan y diferencian de toda otra Constitución,

Pues bien, una cosa es revisar la Constitución existente (en normas específicas) sin, no obstante, alterar su identidad material o axiológica, otra nueva Constitución. La primera es el ejercicio de un poder constituido (precisamente, el poder de revisión), la segunda es el ejercicio del poder constituyente.

138 NOGUEIRA, Humberto, “Poder Constituyente, reforma de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad”. En: *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 36, enero-junio de 2017, Universidad Autónoma de México, p. 333.

(...)

- 2) La concepción formal (o formalista). La Constitución no es más que un conjunto de normas. Ahora, un conjunto (cualquier tipo de conjunto) puede identificarse –extensionalmente– por la simple enumeración de los elementos que lo componen¹³⁹.

(...).

23. En la concepción sustancial, poder constituyente es aquel poder, sea cual fuere su modo de ejercicio, que expresa la “*decisión política fundamental*”, en términos de Schmitt.

La sentencia del Caso Ley de Reforma Constitucional: hilo conductor de nuestro análisis

24. Este Colegiado ya se pronunció sobre los alcances del artículo 206 de la Norma Suprema en la STC Exp. 014-2002/AI, *Caso Ley de Reforma Constitucional*, en la que se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley N° 27600, norma jurídica que otorgó al Congreso de la República facultades para una reforma total de la Constitución y que habilitaba a su Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales para proponer un proyecto de reforma total de la Constitución.
25. El argumento central de la demanda sostuvo que el Congreso de la República al atribuirse el poder de abrogar y sustituir por otra Constitución vigente, sin que ésta lo haya facultado expresamente para ello, dio un golpe de estado parlamentario y actuó como un poder arbitrario sin límite constitucional alguno. Argumentó que la Constitución Política no faculta al Congreso de la República para abrogarla o sustituirla por otra, sino solamente para modificarla; por consiguiente, la Ley 27600 al habilitar la abrogación de la Constitución para sustituirla por otra, contraviene la Constitución por el fondo.
26. Este Supremo Tribunal acudió a la doctrina sustentada por Böckenforde para definir al Poder Constituyente. Así, en el fundamento 58:

139 GUASTINI, Riccardo, *Las fuentes del Derecho*, Editorial Científica Peruana, Lima, 2016, p. 307 y sigs.

En términos generales, suele considerarse como Poder Constituyente a la facultad por la cual el pueblo, en cuanto titular de la soberanía, decide instituir un orden constitucional. Como expresa Ernst Bockenforde, el Poder Constituyente “es aquella fuerza y autoridad (política) capaz de crear, de sustentar y de cancelar la Constitución en su pretensión normativa de validez. No es idéntico al poder establecido del Estado, sino que lo precede” (E. Bockenforde, “11 potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale”, en G. Zagrebelsky, P. Portinaro y J. Luther (a cura i), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino 1996, Pág. 234-235). Esta última (la Constitución), por consiguiente, es su creación, a la par que la norma jurídica fundamental, por ser la depositaria objetiva de las intenciones del Poder Constituyente, sea para dotar de organización al Estado, sea para reconocer derechos de la persona (subrayado agregado).

27. Así, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda con los votos de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Rey Terry, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, declaró infundada la demanda y desarrolló diversos conceptos sobre la reforma total de la Constitución, el poder constituyente y los poderes constituidos, los límites del poder de reforma constitucional, entre otros.
28. Este Colegiado asumió la tesis que se desarrolla en los fundamentos 100 a 120 en la Sección VIII de la sentencia (*Los alcances de la ‘constitucionalización’ de la reforma total de la Constitución*) **que el Congreso no está habilitado para reformar totalmente la Constitución –o sustituirla–** pero sí puede deliberar y proponer un proyecto de reforma total de la Constitución. Así, en el fundamento 114 sostuvo que:

En tal supuesto, no es que el Congreso de la República asuma la condición de un poder constituyente ni tampoco que el proceso de elaboración de una Constitución distinta pueda considerarse ejercicio de una función constituyente, ya que la decisión de aprobarla o no, depende de él, quien únicamente se limita a proponer un proyecto de Constitución, sino del mismo Poder Soberano.

29. Como señala en la doctrina nacional, Velásquez Meléndez, el Supremo Tribunal incurrió en una contradicción argumentativa insalvable: (“el Congreso no tiene competencia para la reforma total sustituyente, pero tiene competencia para tramitar ese asunto”), se incurrió en la manifiesta arbitrariedad de pretender crear por la vía pretoriana, una competencia que –según reconoce- no tiene el Congreso: ser parte del procedimiento de aprobación de una Constitución sustituta¹⁴⁰.
30. El magistrado Aguirre Roca -quien creó derecho desde la disidencia- suscribió un voto singular que asumimos en esta sentencia como plenamente vigente. Sostuvo que **no es viable jurídicamente la reforma total de la Constitución o crear una Constitución nueva, sin la participación y deliberación del poder constituyente originario**:

En efecto, el artículo 206 de la Constitución sólo permite reformas constitucionales que no exijan la participación ni la aprobación del pueblo, esto es, del destinatario y titular de la soberanía y del poder constituyente originario. La simple lectura de dicho numeral pone de manifiesto que las reformas, que según el sistema allí regulado, pueden introducirse, no requieren otra cosa que la voluntad exclusiva del Congreso, puesto que, mediante un determinado respaldo (dos legislaturas ordinarias sucesivas) y el apoyo de más de dos tercios del número legal de sus miembros) no es necesaria ya la consulta popular. Ahora bien, nadie negará que para la abrogación de una Constitución, la aprobación del pueblo es indispensable; y nadie se atreverá a sostener, tampoco, que la elaboración y entrada en vigencia de una nueva Constitución puede lograrse sin la participación, *sine qua non*, del pueblo, y de su respectiva aprobación final. Y como la sustitución de una Constitución por otra supone ambas cosas: muerte de la primera, y nacimiento de la segunda, parece axiomático que una tal mutación jurídica no es factible –ni siquiera pensable o imaginable- sin la participación del poder constituyente originario.

140 VELÁSQUEZ, Raffo, *Sustitución y reforma de la Constitución*, Zela, Lima, 2021, p. 125.

La reforma total de la Constitución

31. Aguirre Roca fue preciso, en su voto singular en el *Caso de Ley de Reforma Constitucional*, en el sentido que el Congreso no está constitucionalmente habilitado para la reforma total de la Constitución, por cuanto constituye una atribución exclusiva del poder constituyente originario. Siguiendo a Schmitt considera que las reformas constitucionales no pueden exceder las decisiones políticas fundamentales que dan continuidad e identidad a la Constitución:

Concordando con lo expuesto, vale la pena recordar a Carl Schmitt, que, como se sabe, es uno de los constitucionalistas mundialmente más prestigiosos y que con mayor lucidez se han ocupado del tema de las llamadas reformas constitucionales. Carl Schmitt, en efecto, sostiene y demuestra —como tantos otros especialistas en la materia— que las llamadas “reformas constitucionales” no pueden exceder de un límite, pues los cambios —de más o de menos— que por su intermedio se operen, deben respetar la continuidad y la identidad de la Constitución en la cual se introducen. Por eso, el Congreso puede, sin duda, introducir, según el procedimiento del artículo comentado, cambios que no impliquen la muerte de una Constitución ni el nacimiento de otra. Puede pues, el Congreso, según por lo demás, ya lo ha hecho, redactar textos, aprobarlos y ponerlos en vigencia en la actual Constitución, siempre que se respete la identidad de la misma (esto es, su imperio temporal ininterrumpido), pero nada más. Si se trata de elaborar el texto para una nueva, y no sólo uno destinado a insertarse en una ya existente, la voz cantante la tiene el poder constituyente originario, esto es, el pueblo, y no el Congreso.

32. Si acudimos a la interpretación histórica del artículo 206 de la actual Norma Suprema, tenemos que recurrir al debate constituyente de 1993. Así, el constituyente de la mayoría, Torres y Torres Lara sostuvo que la primera alternativa de reforma constitucional era su aprobación por el Congreso y su ratificación por el pueblo en un referéndum y que la segunda, sólo para temas de menor relevancia —que no definió— era que el Congreso la apruebe, en dos legislaturas sucesivas, con dos tercios de la votación:

Ha pesado, fundamentalmente, el criterio de que podía haber algunos temas que no exijan, por su menor importancia y por su evidente coincidencia, la necesidad de un referéndum¹⁴¹.

33. En consecuencia, para el constituyente de 1993 la regla general de la reforma constitucional exige el referéndum, siguiendo el discurso oficial de que el sello emblemático de la Constitución de 1993 era la democracia directa. Sin embargo, el texto aprobado en los hechos – como señaló Aguirre Roca en su voto discrepante- habilita al Congreso para eludir esa vía de la democracia participativa, con la fórmula de la aprobación de la reforma en dos legislaturas sucesivas, con el voto de los dos tercios del número legal de congresistas.
34. Como cuestión previa es preciso citar a Lowenstein sobre la pregunta: ¿cuáles son los órganos estatales autorizados, o en su caso obligados a tomar la iniciativa de reforma y llevarla adelante?

La ideología del Estado constitucional democrático exige que la competencia para la reforma constitucional no sea monopolio de un único detentador del poder, sino que debe estar lo más distribuida que sea posible. Todos los detentadores legítimos del poder –gobierno, Parlamento y el pueblo organizado como electorado- deben poder participar en ella. A través del más amplio consenso y, con ello, la más elevada legitimidad. Si se permite expresar el problema de la situación del *pouvoir constituant* en forma máxima, se podrá decir: soberano es aquel entre los detentadores del poder que decide sobre la reforma constitucional (subrayado agregado)¹⁴².

35. A la fecha, la Constitución Política de 1993 ha sido objeto de 26 leyes de reforma constitucional. Solo tres de las precitadas leyes fueron ratificadas por el electorado mediante referéndum, como dispone el artículo 206 de la Constitución (vale precisar que estas tres leyes fueron aprobadas en una sola fecha, en el “Referéndum 2018”), mientras que las 23 leyes restantes han sido deliberadas y aprobadas en doble votación calificada, por decisión del poder constituido del Congreso.

141 Debate Constitucional Pleno 1993, Tomo III, Publicación Oficial, Lima, 2003, p. 2018.

142 LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, p. 172.

Ley de reforma constitucional	Fecha de publicación	Modificación realizada	Modalidad de reforma
Ley N.° 26470	12-06-1995	Se modifica el artículo 200 relativo al proceso constitucional de <i>hábeas data</i> .	Doble votación
Ley N.° 26472	13-06-1995	Se modifica el artículo 70 relativo a la participación ciudadana en el canon.	Doble votación
Ley N.° 27365	05-11-2000	Se reforma el artículo 112 relativo a la reelección presidencial. Y se incorporan dos Disposiciones Transitorias Especiales que acortan los mandatos presidencial y parlamentarios iniciados el año 2000.	Doble votación
Ley N.° 27680	07-03-2002	Se reforma íntegramente el capítulo XIV (del artículo 188 al artículo 199) sobre Descentralización.	Doble votación
Ley N.° 28389	17-11-2004	Se modifican los artículos 11 y 103. Y se incorpora la Primera Disposición Final y Transitoria que declara cerrado el regimen pensionario del Decreto Ley N.° 20530.	Doble votación
Ley N.° 28390	17-11-2004	Se modifican los artículos 74 y 107 que facultan a los Gobiernos Regionales con nuevas atribuciones (creación de tributos e iniciativa legislativa)	Doble votación
Ley N.° 28480	30-03-2005	Se modifican los artículos 31 y 34 sobre el derecho al voto de los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional	Doble votación
Ley N.° 28484	05-04-2005	Se modifican los artículos 87, 91, 92, 96 y 101, adecuando la denominación de la entonces Superintendencia de Banca y Seguros (actual "Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones")	Doble votación
Ley N.° 28607	04-10-2005	Se modifican los artículos 91, 191 y 194 sobre irrenunciabilidad del cargo de Presidente de Gobierno Regional, Alcaldes, Regidores y otros funcionarios. Se establece requisito para postular a cargo de Presidente de la República, Vicepresidente, Congresista y otros funcionarios.	Doble votación
Ley N.° 29401	08-09-2009	Se modifican los artículo 80 y 81 sobre el procedimiento de aprobación de la Ley de Presupuesto.	Doble votación

Ley de reforma constitucional	Fecha de publicación	Modificación realizada	Modalidad de reforma
Ley N.° 29402	08-09-2009	Se modifica el artículo 90 relativo al número legal de Congresistas.	Doble votación
Ley N.° 30305	10-03-2015	Se modifican los artículos 191, 194 y 203 sobre reelección inmediata de autoridades de Gobiernos Regionales y Alcaldes.	Doble votación
Ley N.° 30558	09-05-2017	Se modifica el artículo 2, inciso 24, literal f) relativo a la detención policial.	Doble votación
Ley N.° 30588	22-06-2017	Se incorpora el artículo 7-A relativo al derecho fundamental al agua potable.	Doble votación
Ley N.° 30650	20-08-2017	Se modifica el artículo 41 sobre la acción penal en caso de delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado que involucren a funcionarios o servidores públicos, y particulares.	Doble votación
Ley N.° 30651	20-08-2017	Se modifica el artículo 203, facultando al Presidente del Poder Judicial para interponer demandas de inconstitucionalidad	Doble votación
Ley N.° 30904	10-01-2019	Se modifican los artículos 154, 155 y 156, reemplazando al entonces "Consejo Nacional de la Magistratura" por la actual "Junta Nacional de Justicia".	Referéndum
Ley N.° 30905	10-01-2019	Se modifica el artículo 35 relativo al financiamiento de las organizaciones políticas.	Referéndum
Ley N.° 30906	10-01-2019	Se incorpora el artículo 90-A que impide la reelección inmediata de Congresistas.	Referéndum
Ley N.° 31043	15-09-2020	Se incorporan los artículos 34-A y 39-A que regulan requisitos para postular a cargos de elección popular o ejercer función pública.	Doble votación
Ley N.° 31122	10-02-2021	Se modifica el artículo 40 ampliando temporalmente la excepción de doble empleo para el personal médico especialista o asistencial de salud por razón de emergencia sanitaria	Doble votación
Ley N.° 31118	06-02-2021	Se modifica el artículo 93 estableciendo el procesamiento por comisión de delitos comunes imputados a Congresistas durante el ejercicio de su mandato	Doble votación

Ley de reforma constitucional	Fecha de publicación	Modificación realizada	Modalidad de reforma
Ley N°. 31280 ¹⁴³	16-07-2021	Se modifica el artículo 112 incorporando el “juicio de residencia” para el Presidente de la República y Gobernador Regional.	Doble votación
Ley N°. 31304 ¹⁴⁴	23-07-2021	Se modifica el artículo 21 precisando los bienes que integran el patrimonio cultural de la nación.	Doble votación
Ley N.º 31305 ¹⁴⁵	23-07-2021	Se modifica el artículo 2, inciso 5, incorporando nuevos supuestos para el levantamiento del secreto bancario	Doble votación
Ley N.º 31414	12-02-2022	Se modifica el artículo 21 en el particular relativo a los bienes culturales no descubiertos	Doble votación

36. La sentencia del *Caso Ley de Reforma Constitucional* asumió clara e inequívocamente que el artículo 206 de la Constitución sólo habilita al Congreso para deliberar y aprobar reformas parciales de la Constitución vigente. El Congreso de la República no está habilitado para sustituir totalmente la Constitución, sino para modificarla o reformarla parcialmente. Así, en el fundamento 87 de la precitada sentencia, el Tribunal Constitucional declaró:

El artículo 206 de la Constitución no señala los alcances de la reforma constitucional, por lo que tratándose de una competencia jurídica, debe entenderse que la reforma sólo puede tener alcances parciales. Ese es el sentido en el que debe entenderse

143 Ley declarada inconstitucional por la sentencia recaída sobre los expedientes 00019-2021-PI/TC, 00021-2021-PI/TC y 00022-2021-PI/TC (acumulados). La inconstitucionalidad de la presente ley se declaró debido a que fue aprobada en dos legislaturas creadas irregularmente.

144 Ley declarada inconstitucional por la sentencia recaída sobre los expedientes 00019-2021-PI/TC, 00021-2021-PI/TC y 00022-2021-PI/TC (acumulados). La inconstitucionalidad de la presente ley se declaró debido a que fue aprobada en dos legislaturas creadas irregularmente.

145 Ley declarada inconstitucional por la sentencia recaída sobre los expedientes 00019-2021-PI/TC, 00021-2021-PI/TC y 00022-2021-PI/TC (acumulados). La inconstitucionalidad de la presente ley se declaró debido a que fue aprobada en dos legislaturas creadas irregularmente.

la expresión ley de reforma constitucional que utiliza el mismo artículo 206° de la Carta, cuando se refiere a lo aprobado por el Congreso o mediante referéndum, en el ejercicio de esta competencia, no puede ser observado por el Presidente de la República.

Es decir, que se trata de una simple ley de reforma constitucional y no de la sustitución por otro texto constitucional (...). (subrayado agregado).

37. En consecuencia, el Tribunal Constitucional no asumió la interpretación literal, descontextualizada y ahistórica del artículo 206 de la Norma Suprema, que actualmente se invoca erróneamente para entender que la competencia del Congreso de la República para reformar la Constitución se refiere tanto a reformas parciales y totales, en base a la expresión: “*Toda reforma constitucional* debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros”.
38. En la doctrina, cabe citar a Guastini, quien recuerda que hasta lingüísticamente *reforma* significa rehacer, enmendar, corregir, reducir, pero no *sustituir*. En sentido material, reforma implica cambiar sin suprimir elementos de la identidad sustancial de la Constitución, pues implicaría sustituirla. En consecuencia, sostiene que la Constitución no es intangible en sus textos, pero sí es insustituible en sus principios o contenidos fundamentales¹⁴⁶.
39. En ese sentido, como distingue Guastini no se puede confundir el poder constituyente con el poder de reforma constitucional:

[...] El poder constituyente es un poder originario *extra ordinem*, mientras que el poder de revisión es un poder constituido, derivado. En ningún caso, un poder constituido puede sustituir al poder constituyente. Un poder de revisión que llegue a instaurar una nueva Constitución se convertiría en un genuino poder constituyente. La revisión constitucional- por definición- no

146 GUASTINI, Riccardo, *Discutiendo-Nuevos estudios de teoría y metateoría del derecho*, Zela, Lima, 2019, pp. 512-517.

puede, por consecuencia, llegar a sustituir la Constitución existente, alterando sus características esenciales¹⁴⁷.

40. Sin perjuicio de ello, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 27600, asumiendo la tesis de que conforme al artículo 206 de la Norma Suprema, el Congreso de la República puede deliberar y proponer un proyecto de nueva Constitución para que el poder constituyente originario del pueblo, mediante el referéndum, decida si lo acepta o rechaza, en aplicación del numeral 1 del artículo 32 que prevé que puede ser *sometido a referéndum la reforma total o parcial de la Constitución*.
41. Con el mismo criterio, si en última instancia lo determinante para la viabilidad de la reforma total *no es la aprobación por el Congreso sino la ratificación de lo aprobado por el poder constituyente originario*, mediante el mecanismo del referéndum, entonces no es consistente con la precitada sentencia del Tribunal Constitucional, negar la posibilidad al amparo del artículo 32 de la Norma Suprema que se procese un referéndum de iniciativa popular para promover la reforma total o parcial la Constitución.
42. A mi juicio, esta tesis es errónea –como afirmó Aguirre Roca en su voto singular– por cuanto se está atribuyendo al poder constituido del Congreso el monopolio de la competencia para *deliberar y proponer* un nuevo texto fundamental o Constitución sustituta. El poder constituido o derivado nunca puede ser transformarse o sustituir al poder constituyente originario. La demanda contra la Ley 27600 debió ser declarada fundada.
43. En esa dirección, en la doctrina nacional acudimos a Blancas, quien afirma categóricamente que:

En efecto, conforme a la interpretación singular del TC, el referéndum para la reforma total es un referéndum de tipo institucional –porque es convocado por decisión del Congreso y no por iniciativa popular– integrativo-sucesivo-, y constitutivo-ratificatorio. Tal caracterización a la que conduce

147 GUASTINI, Riccardo, *Las fuentes del Derecho*, op. cit., p. 359.

necesariamente la sentencia del TC, supone, como es obvio, la exclusión de la iniciativa popular como posible origen o fuente para la reforma total, o mejor dicho, la sustitución de la Constitución, consolidando en cambio, la posición de un poder constituido, como lo es el Congreso, a quien reserva la iniciativa de dicha reforma¹⁴⁸.

44. En este punto, acudimos una vez más a Schmitt, quien afirmó que el legislador no puede modificar las *decisiones políticas fundamentales*:

[...] Que la Constitución puede ser reformada, no quiere decir que las decisiones políticas fundamentales que integran la sustancia de la Constitución pueden ser suprimidas y sustituidas por otras cualesquiera mediante el Parlamento. El Reich alemán no puede ser transformado en una Monarquía absoluta o en una República soviética por mayoría de dos tercios del Reichstag. El “legislador que reforma la Constitución”, previsto en el art. 76, no es en manera alguna omnipotente. La terminología que habla del “omnipotente” Parlamento inglés, irreflexiblemente repetida desde De Lolme y Blackstone y trasladada a todos los otros Parlamentos posibles, ha introducido aquí una gran confusión. Pero una resolución mayoritaria del Parlamento inglés no bastaría para hacer de Inglaterra en un Estado soviético. Sostener lo contrario ya sería, no una “consideración de tipo formalista”, sino igualmente falso desde los puntos de vista y jurídico. Semejantes reformas fundamentales no podría establecerlas una mayoría parlamentaria, sino sólo la voluntad directa y consciente de todo el pueblo inglés¹⁴⁹.

El derecho ciudadano al referéndum para la reforma total de la Constitución

45. Se debe resaltar la naturaleza de derecho fundamental del referéndum, reconocido como tal en el numeral 17 del artículo 2 de la Constitución, que declara que los ciudadanos tienen, conforme a

148 BLANCAS, Carlos, *Derecho Electoral Peruano*, Palestra, Lima, 2020, pp. 214-215.

149 SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 50.

ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

46. Si revisamos el debate constitucional de 1993 se comprueba que el derecho fundamental al referéndum fue introducido en términos muy amplios, precisamente para justificar la creación de un nuevo ordenamiento constitucional supuestamente más democrático. Así ante la intervención del constituyente Henry Pease, del Movimiento Democrático de Izquierda, quien reclamó para que se consagre clara y expresamente la iniciativa popular para promover el referéndum, la constituyente Martha Chávez, de la mayoría señaló que:

Simplemente, quiero aclarar un poco la preocupación del doctor Pease. No es que estén limitadas determinadas materias para efectos del referéndum. En el artículo 2 de este proyecto se señala que pueden ser sometidas a referéndum la reforma parcial o total de la Constitución y la aprobación o no de las normas con rango de ley. Por lo tanto, ahí no caben los tratados y caben cualesquiera otras normas.

La única limitación es que el referéndum no se admite para supresión de derechos fundamentales de una persona, para normas de carácter tributario y presupuestal, para los tratados en que ya es parte el Estado; o sea, lo que han sido ya suscritos, pero no los que puedan suscribirse o se pretenda suscribir luego¹⁵⁰ (subrayado agregado).

47. Queda claro que ningún momento del debate constituyente se asumió que el derecho a referéndum para la reforma parcial o total de la Constitución estaba supeditado o restringido al mecanismo de someter la iniciativa popular de reforma a su aprobación por el poder constituido del Congreso de la República. La verdad histórica es que Constitución de 1993 diseñó un régimen político en el cual uno de sus ejes axiales **es la coexistencia de la democracia representativa con la democracia participativa, en la cual el derecho al referéndum constituye un derecho fundamental que integra**

150 Debate Constitucional 1993, Comisión de Constitución y Reglamento, Tomo IV, Publicación Oficial, Lima, 1993, p. 2553.

la identidad sustantiva de la Carta Fundamental. Así, el constituyente de la mayoría, Matsuda Nishimura sostuvo:

(...) desde el primer artículo estamos incorporando una de las innovaciones sustantivas en el texto constitucional en comparación con la Carta Magna de 1979. Estamos introduciendo las instituciones de la democracia directa para que el pueblo mismo participe, precisamente en forma directa, en la toma de decisiones que lo puedan favorecer o afectar, de tal manera que se produzca una equitativa distribución del poder político y que éste no solo ejerza indirectamente a través de los representantes como nosotros, sino que la ciudadanía misma participe con todo derecho en los asuntos públicos a través del referéndum, de la iniciativa legislativa y de la demanda de rendición de cuentas (subrayado agregado)¹⁵¹.

48. Este Supremo Tribunal en la STC Exp. 003-96-I/TC, *Caso Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 26592*, sostuvo en mayoría, con los votos de los Magistrados Nugent, Aguirre Roca, Díaz Valverde, Rey Terry y Revoredo Marsano que el derecho fundamental al referéndum no puede ser restringido por ningún órgano del sistema jurídico. Sin embargo, al no alcanzar los seis votos conformes exigidos por la Ley 26435, se declaró infundada la demanda. Así, la mayoría sostuvo:

Que, el referéndum es el procedimiento mediante el cual el pueblo o el cuerpo electoral decide en definitiva, y en forma directa algunas cuestiones relativas a la legislación; Que, mediante el referéndum el pueblo participa de la actividad Constitucional, legislativa o administrativa; colaborando directamente en la formulación o reforma de una norma constitucional o legislativa o en la formación de un acto administrativo. De esta manera, las funciones del Gobierno son ejercidas en forma directa por el pueblo sin la intermediación de otras Instituciones; Que, por los enunciados anteriores se considera al referéndum como el sistema de democracia directa, cuya iniciativa para realizarlo debe partir de un porcentaje del electorado o de los

151 Debate Constitucional Pleno 1993, Tomo I, Publicación Oficial, Lima, 1993, p. 559.

ciudadanos interesados en su realización; Que por las razones expuestas anteriormente se considera que el referéndum es uno de los derechos fundamentales del ciudadano, cuyo ejercicio no puede ser restringido, limitado o impedido por cualquier otra institución del contorno democrático; Que, el criterio preponderante atribuye al referéndum la naturaleza de ser decisorio, antes, que ratificatorio o aprobatorio, constituyendo así un acto decisorio autónomo, que sólo adquiere validez cuando se ha sometido a la votación popular, y ha sido adoptado por él; Que el artículo 2 de la Constitución en ella; su inciso 17 establece como un derecho fundamental de la persona el de participar en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social, y cultural de la Nación. Los ciudadanos, tienen, conforme a ley los derechos de elección de remoción, o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum. De esta manera nuestra legislación, ratifica que el referéndum es un derecho fundamental de la persona, Que el artículo 31 de la Constitución, establece que los ciudadanos tienen, el derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum, iniciativa legislativa, remoción o revocación de autoridades; Que, los ciudadanos tienen también, derecho al voto, al goce de su capacidad civil, agregando que el voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años, siendo facultativo, después de esa edad. El mencionado dispositivo termina prescribiendo “Que es nulo, y punible todo acto que prohíba o limita al ciudadano el ejercicio de sus derechos”; Que, los derechos de participación y control ciudadanos han sido reglamentados por la ley 26300, que establece en su artículo 37 que el referéndum es el derecho de los ciudadanos para pronunciarse conforme a la Constitución en los temas normativos que se le consulte. Por su parte el artículo 38 establece que el referéndum puede ser solicitado por un número de ciudadanos no menor al 10% del electorado nacional. Agrega dicha ley que si una iniciativa legislativa fuera rechazada o modificada substancialmente por el Congreso, se podrá solicitar la iniciación del procedimiento de referéndum, adicionando las firmas necesarias para completar el porcentaje de ley; Que la ley 26592 establece que todo referéndum requiere una iniciativa legislativa desaprobada por el Congreso la misma que puede ser

sometida a referéndum conforme a esta ley siempre que haya contado con el voto favorable de no menos de los 2/5 de los votos del número legal de los miembros del Congreso; Que, la exigencia establecida en la Ley 26592 significa una manifiesta restricción, que puede, constituirse en impedimento para la realización del referéndum por lo que contraviene la disposición del artículo 31 de la Constitución, que como ya se ha indicado establece que es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano en el ejercicio de sus derechos, puntualizándose que si en el Congreso no se obtuviera los 48 votos en contra de la iniciativa legislativa el referéndum ya no puede realizarse; Que, consecuentemente a lo expuesto en los considerandos anteriores tiene que llegarse a la conclusión que la modificación contenida en la Ley 26592 desnaturaliza ampliamente las características del referéndum al condicionarlo a la intervención del Congreso, que aunque exige una votación minoritaria de todas maneras puede impedir su realización, contrariando la voluntad del pueblo, legítimo titular de este derecho, desvirtuando así el hecho de ser un sistema de democracia directa. Privando a los ciudadanos del derecho a la auto convocatoria a referéndum, derecho que no puede ser desconocido, y del que no se puede privar al electorado, tal como lo ha reconocido en el quinto considerando el Jurado Nacional de Elecciones en su resolución N° 630-96-JNE de 30 de octubre de mil novecientos noventa y seis. No puede considerarse que la ley 26592 sea un simple requisito de una etapa previa, y susceptible de afectar el derecho de materia de esta acción, razón por la cual no es válida la argumentación, en este sentido, contenida en la contestación a la demanda o un acto de procedimiento para la realización de referéndum, ya que implica la intervención de un organismo ajeno a los ciudadanos que tienen derecho a realizar (...) (resaltado agregado).

49. La clara posición de la mayoría del Tribunal Constitucional en el sentido que el ejercicio del referéndum no puede ser restringido, limitado o impedido por cualquier órgano del Estado tiene su antecedente histórico en la Ley 26592, materia de pronunciamiento en esa sentencia, norma que frustró el referéndum en 1998, durante el régimen autoritario de Alberto Fujimori Fujimori, al establecer que

el mecanismo de la democracia directa debía pasar previamente por el filtro de la aprobación de 48 Congresistas¹⁵².

50. A nivel supranacional, el artículo 21, párrafo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece el derecho de participar de la democracia directa:

1) Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.

51. En la misma dirección, el artículo 23, párrafo 1, literal a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé que:

Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.

52. Cabe señalar en el derecho comparado al artículo 138 de la Constitución de Suiza de 1999 que establece el derecho de iniciativa popular para la revisión completa de la Constitución Federal. Asimismo, el artículo 139 prevé ese mismo derecho para la revisión parcial.

53. En el presente caso, está en controversia los alcances del artículo 32, inciso 1 de la Constitución Política del Perú que establece:

Artículo 32

Pueden ser sometidas a referéndum:

La reforma total o parcial de la Constitución.

(...)

No pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor.

152 TUESTA SOLDEVILLA, Fernando, "Perú: un referéndum para la reforma". En: Fernando Tuesta y Yanina Wep (coords.), *El diablo está en los detalles. Referéndum y poder político en América Latina*, Fondo Editorial PUCP, Lima, p. 2020, pp. 245-246.

54. Se debe distinguir entre el derecho a la iniciativa legislativa y el derecho al referéndum. Así, el primero está referido al derecho de presentar un proyecto de norma constitucional o un proyecto de ley; el segundo consiste en el inicio de un proceso para consultar al electorado la permanencia o no de determinada norma jurídica.
55. En ese sentido, la Constitución en su artículo 2, numeral 17 prevé que: “los ciudadanos tienen conforme a ley, el derecho de iniciativa legislativa”. Igualmente, el artículo 31 de la Norma Suprema declara que “los ciudadanos tienen el derecho de participar en los asuntos públicos mediante iniciativa legislativa”. Asimismo, el artículo 107 establece que: “los ciudadanos tienen derecho a iniciativa legislativa conforme a ley”.
56. La Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos –LDPCC-, en su artículo 2 establece entre los derechos de participación de los ciudadanos se encuentra “la iniciativa de reforma constitucional, la iniciativa en la formación de leyes y la iniciativa en la formación de ordenanzas regionales y ordenanzas municipales”.
57. En el artículo 37 la LDPCC define al referéndum como “el derecho de los ciudadanos para pronunciarse conforme a la Constitución en los temas normativos que se le consultan”.
58. En esa dirección, el Jurado Nacional de Elecciones ha señalado sobre la iniciativa legislativa que:
- [...] la iniciativa en la formación de las leyes es la facultad de presentar proyectos de ley con la finalidad de contribuir en la transformación del ordenamiento jurídico para favorecer el fortalecimiento de la democracia representativa, en la medida en que la ciudadanía coopera con la creación de normas (Auto del Exp. N° J-2016-0042, fundamento jurídico 1).
59. En consecuencia, como señala López Flores, cuando el artículo 206 de la Constitución consagra que *toda* reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso, sólo se refiere a las reformas que son promovidas por el Presidente de la República, los congresistas o

por el 0.3% del electorado, como se precisa en el segundo párrafo del mencionado artículo¹⁵³.

60. Estas iniciativas en la formación de leyes se dirigen al Congreso de la República, órgano constitucionalmente habilitado para aprobarlas con el voto de más de la mitad del número legal de sus miembros. Si la iniciativa legislativa es aprobada por el Congreso de la República en dos legislaturas consecutivas, con votación superior a los dos tercios del número legal de Congresistas.
61. Sostener que la decisión de deliberar la reforma total o parcial de la Constitución es competencia exclusiva y excluyente del Congreso de la República implica que el derecho fundamental al referéndum con esta finalidad se vaciaría de contenido esencial, deliberativo y participativo, lo que es contrario a una correcta y razonable interpretación en base al principio de unidad de la Constitución.
62. Hay que anotar que esta situación es particularmente grave cuando en la práctica constitucional históricamente el Congreso de la República ha eludido la aplicación de la vía participativa del referéndum para la reforma de la Constitución, como se detalla en el cuadro que aparece líneas arriba. Cabe señalar que en una situación de crisis institucional, desde la ciudadanía o la sociedad civil pueden promoverse iniciativas de reformas parciales de la Constitución que también pueden ser bloqueadas por la “muralla china” de una mayoría parlamentaria.
63. Como anota con claridad, Blancas, el artículo 32 de la Constitución:

[...] consagra un modelo de referéndum de tipo *facultativo, vinculante y de iniciativa popular*, es decir, que lo configura como un verdadero *derecho ciudadano*, como una fuente directa y alternativa de legislación no supeditada a la intermediación de los órganos legislativos y representativos [...] Al no haberse establecido un referéndum institucional

153 LÓPEZ FLORES, Luciano, *Cuestión de (des) confianza: respuesta al Parlamento y la Convención Nacional de Reforma Constitucional*, Legis, Lima, 2019, pp. 44-46.

y constitutivo-ratificatorio para la reforma total, como si lo hace el artículo 206 para la reforma parcial, es claro que el artículo 32.1, al referirse al referirse al referéndum para la „reforma total“ se ubica en la perspectiva del modelo que, en general, adopta la constitución, es decir el de un referéndum facultativo, de iniciativa popular y, en este caso específico, constitutivo-innovativo, en virtud al cual el pueblo tiene el derecho de iniciativa para la convocatoria de un referéndum sobre la reforma total de la Constitución sobre un proyecto de ésta contenido en dicha iniciativa sin necesidad de la previa deliberación ni aprobación del mismo por el congreso¹⁵⁴.

64. En esa misma dirección, se ubica la LDPCC, que en los artículos 11 al 16, identifica al derecho de iniciativa legislativa como aquel que permite que el 0.3% del electorado solicite al Congreso de la República tramitar proyectos de reforma constitucional. En tal supuesto, el Congreso de la República deberá seguir la vía prevista en el artículo 206 de la Norma Suprema. Es jurídicamente diferente al derecho fundamental al referéndum que se encuentra regulado en los artículos 37 al 41 de la LDPCC. Así el artículo 38 prevé que el referéndum puede ser solicitado por el un número de ciudadanos no menor del 10% del electorado nacional.
65. A este respecto, las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones han diferenciado entre el derecho de iniciativa normativa y el derecho al referéndum: Caso *Luis Chunga Martínez* (Resolución N° 109-2003-JNE) y Caso *Luis Trinidad Abarca* (Resolución N° J-2012-00081).
66. Cabe señalar que el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones conforme al artículo 181 de la Constitución resuelve con arreglo a ley a los principios generales del derecho. Así, entre otros principios generales, como organismo jurisdiccional en materia electoral debe aplicar el principio de Supremacía de la Constitución, previsto en el artículo 51 de la Norma Suprema.
67. En esa dirección, en la doctrina nacional, Eguiguren diferencia la naturaleza jurídica de ambos institutos: mientras la iniciativa

154 Blancas, Carlos, op. cit., pp. 215-216.

popular legislativa de reforma constitucional requiere ser respaldada por ciudadanos que representen no menos del 0.3% del padrón electoral, la iniciativa popular para promover la convocatoria a referéndum requiere el respaldo de ciudadanos que representen al menos el 10% del electorado. La menor exigencia del número de firmas obedece a que esta tiene que ser presentada necesariamente ante el Congreso, quien goza de plena libertad para aprobarla o desestimarla, al igual que como sucede con los proyectos de ley que generan dentro del Congreso o de los que provienen del Poder Ejecutivo u otros órganos del Estado. Sostiene que, en cambio, la iniciativa popular que promueve la convocatoria a referéndum no pasa por la aprobación del Congreso y se presenta directamente ante el órgano de la justicia electoral quien, luego de verificar que la solicitud cumple con los requisitos constitucionales y legales exigidos, estará obligado a convocar al referéndum, cuyo resultado –según el sentido de la votación popular, favorable o desfavorable a la propuesta normativa consultada– será vinculante para todas las autoridades estatales¹⁵⁵.

68. Así este mecanismo –antes de la reforma restrictiva mediante la Ley 31399- podía hacerse efectiva: (i) de modo directo al electorado; (ii) cuando el Congreso de la República desestimara la iniciativa normativa que formuló antes la ciudadanía¹⁵⁶.
69. A mi juicio, al consagrarse la vía del referéndum para la reforma parcial y total de la Constitución en el numeral 1 del artículo 32 de la Norma Suprema, se está reconociendo este derecho fundamental como un mecanismo esencial de la democracia participativa y directa, fundado en el principio de *la soberanía popular* –prevista en artículo 45 de la Constitución- según el cual el pueblo ejerce la titularidad del poder constituyente originario. No se configura, en consecuencia, ninguna laguna normativa sobre el derecho del referéndum sobre decisiones normativas de especial trascendencia nacional.

155 EGUIGUREN, Francisco, “El referéndum y sus alcances en la reforma de la Constitución en el Perú: ¿Sólo procede para ratificar una reforma aprobada previamente por el Congreso? En: *Pensamiento Constitucional* núm. 25, Lima, 2018, p. 249-250.

156 VELÁSQUEZ, Raffo, op. cit., p. 63.

70. Como se señaló en el fundamento 118 de la sentencia del *Caso Ley de Reforma Constitucional*, citando a Manuel Aragón, con relación al referéndum como vía para la reforma total de la Constitución:

[...] positiviza el derecho a la revolución, es decir, facilita las vías jurídicas (pacíficas) para el cambio político (por muy radical que éste fuere).

71. En nuestro ordenamiento constitucional no se establece un marco jurídico del procedimiento del referéndum por lo que, en consecuencia, la regulación de esta materia corresponde a la LDPCC. Así, la LDPCC que regula la iniciativa del referéndum y otros mecanismos de la democracia directa los prevé como de exclusiva iniciativa de los ciudadanos, quienes deberán reunir el número de firmas exigidos por la Constitución y dicha ley para cada caso. La LDPCC en su artículo 38 establece que el referéndum puede ser solicitado por un número de ciudadanos no menor al 10 por ciento del electorado nacional.
72. La Ley 31399 es una norma infraconstitucional que al modificar los artículos 40 y 44 de la LDPCC vacía de contenido el derecho al referéndum para la reforma total o parcial de la Constitución, como mecanismo de iniciativa popular de la democracia participativa y directa, previsto en el artículo 32.1 de la Norma Suprema. El precitado artículo –en su segundo párrafo– sólo prevé como excepciones al referéndum: (i) la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona; (ii) las normas de carácter tributario y presupuestal; y (iii) los tratados internacionales en vigor.
73. Así, si se asumiese como lo hace la Ley 31399, que el referéndum para la reforma total o parcial de la Constitución está supeditado a la voluntad del poder constituido o derivado del Congreso de la República –mediante la aplicación del procedimiento previsto en el primer párrafo del artículo 206 de la Norma Suprema– se estaría colocando inconstitucionalmente al órgano legislativo por encima del poder soberano del pueblo, al que se cercenaría su derecho a participar en el proceso deliberativo de creación normativa y se le restringiría a participar sólo en la ratificación de la reforma constitucional. El requerimiento de un referéndum ratificatorio queda supeditado al resultado de la votación parlamentaria, sin posibilidad directa de la ciudadanía en este proceso. De este modo, la

Ley 31399 desnaturaliza manifiestamente las características de la democracia directa tal como lo hizo la Ley 26435, que frustró el referéndum en 1998.

74. En esa dirección, considero que la Ley 31399 al establecer la improcedencia del referéndum, sino se adecua al procedimiento establecido en el artículo 206 de la Constitución Política, debe ser tachada de inconstitucional, por cuanto, mediante una norma infraconstitucional se vacía de contenido esencial a un *eje definitorio de la identidad de la Constitución de 1993*: la democracia participativa, que se deriva del principio de la soberanía del pueblo, mediante el cual éste es el titular del poder de decidir sobre la reforma total de la Constitución, conforme al numeral 1 del artículo 32 de la Norma Suprema.

La función constituyente y la apertura al poder constituyente originario

75. Se debe resaltar la naturaleza de derecho fundamental del referéndum, reconocido como tal en el numeral 17 del artículo 2 de la Constitución que declara que los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.
76. En la sentencia del *Caso de la Ley de Reforma Constitucional* este Supremo Tribunal asumió en el fundamento 102 que cuando el numeral 1 del artículo 32 de la Norma Suprema reconoce el derecho fundamental al referéndum para promover una reforma total de la Constitución se ha constitucionalizado *la función constituyente*:

En efecto, cuando el artículo 32°, inciso 1) alude a la posibilidad de que se pueda practicar una reforma total de la Constitución, en realidad, ha constitucionalizado la función constituyente, siguiendo en su momento, estableciera el artículo 28° de la Constitución francesa de 1793 (“Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede sujetar a sus propias leyes a las generaciones futuras”).

77. Siguiendo a Nogueira, la función constituyente se concreta en un proceso complejo que desarrolla mecanismos participativos y

deliberativos e incluye ineludiblemente la elección de una Asamblea Constituyente:

La función constituyente se concreta en un proceso donde en una primera etapa implica el desarrollo de una iniciativa constituyente que se expresa y busca ser asumida por fuerzas sociales y políticas. En una segunda etapa, los diversos grupos y sus propuestas constituyentes se reúnen en un marco formal institucional en forma representativa y democrática. En una tercera etapa dicho cuerpo colegiado debatirá, negociará y aprobará en asamblea constituyente un texto que recoja el consenso necesario. En una cuarta, etapa dicho texto será objeto de ratificación o rechazo por la ciudadanía del texto elaborado por sus representantes a través de un referéndum democrático¹⁵⁷.

78. En la doctrina sigue vigente el paradigma de la Asamblea Constituyente que constituye el mecanismo generalmente aceptado para la reforma total de la Constitución, tal como lo señaló Lowenstein:

De acuerdo con las teorías de la soberanía del pueblo y del *pouvoir constituant* originario del pueblo soberano, se ha generalizado y hasta estereotipado, un procedimiento para la elaboración y la adopción de una constitución escrita: un asamblea nacional o constituyente será elegida por todo el pueblo para esta tarea específica. Con más frecuencia hoy que en tiempos pasados, se prescribe imperativamente la ratificación final por el pueblo soberano. La ratio de esa exigencia es que la ley fundamental adquiere una mayor solemnidad a través de la aprobación por el pueblo soberano¹⁵⁸.

79. Como referencia en el derecho comparado, destaca el artículo cinco de la Constitución de Estados Unidos de América de 1787, que prevé la reforma total de la Constitución mediante una Convención Constituyente:

Siempre que las dos terceras partes de ambas Cámaras lo juzguen necesario, el Congreso propondrá enmiendas a esta

157 Op. cit., p. 331.

158 LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, pp. 160-161.

Constitución, o bien, a solicitud de las legislaturas de las dos tercios de los distintos Estados, convocará una convención con el objeto de que proponga enmiendas, las cuales, en uno y otro caso, poseerán la misma validez que si fueran parte de esta Constitución, desde todos los puntos de vista y para cualesquiera fines, una vez que hayan sido ratificadas por las legislaturas de las tres cuarta partes de los Estados separadamente o por medio de convenciones reunidas en tres cuartos de los mismos, según el Congreso haya propuesto uno u otro modo de hacer la ratificación, y a condición de que antes del año de mil ochocientos ocho no podrá hacerse ninguna enmienda que modifique en cualquier forma las cláusulas primera y cuarta de la sección novena del artículo primero y de que a ningún Estado se la privará, sin su consentimiento, de la igualdad de voto en el Senado.

80. En América Latina, debe resaltarse a la República Oriental del Uruguay como el primer Estado en establecer la Asamblea Constituyente –Convención Nacional Constituyente– frente a las reformas totales o parciales de la Constitución. Tiene su antecedente en las reformas que se desarrollaron desde 1912 y cuyo referente es Suiza¹⁵⁹.
81. Como señala Soto Barrientos, el caso del Perú es muy particular por cuanto es el único que a pesar de que en su Constitución histórica ha contado con varios procesos constituyentes, no consagra esta figura expresamente en el texto fundamental de 1993:

El caso del Perú es particular. Todas sus constituciones, desde 1823, y con la sola excepción de la Carta de 1826, han sido elaboradas mediante AC. Hablamos en general de procesos ad hoc, conformados para dar salida institucional a crisis políticas. La mayoría de estas experiencias constitucionales, no ha tenido, en consecuencia, la estabilidad institucional mínima para conformar procesos deliberativos y representativos de la sociedad peruana. A pesar de la legitimidad constitucional que tiene

159 SOTO BARRIENTOS, “Regulación constitucional de la Asamblea Constituyente en Latinoamérica”, en: *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, marzo 2014, p. 175.

la AC en Perú, esta figura no ha sido incorporada como mecanismo de reforma en ninguna de sus constituciones. Si encontramos su presencia en disposiciones transitorias de las Cartas de 1993, 1979 y 1993¹⁶⁰.

82. Si bien en nuestro ordenamiento constitucional no está prevista la regulación de la figura de la Asamblea Constituyente, el Tribunal Constitucional en la sentencia del *Caso Ley de Reforma Constitucional*, reconoció explícitamente que la Asamblea Constituyente **es la vía para la sustitución de la Constitución**, siguiendo la doctrina del poder constituyente originario y de que el artículo 32, inciso 1, ha constitucionalizado la función constituyente, en una paradoja insalvable admitió que existe la vía paralela mediante la cual el Congreso puede deliberar y proponer al pueblo el texto de una nueva Constitución para someterla a un referéndum constituyente (fundamento 113):

Sin embargo, si bien la decisión de instaurar un distinto orden constitucional puede realizarse a través de aquellos mecanismos (esto es, mediante una Asamblea Constituyente, pero condicionando su obra a la aprobación del Poder Constituyente), no impide que, en un ordenamiento como el nuestro, donde se ha constitucionalizado la función constituyente, el proyecto de una Constitución pueda ser elaborado por el Congreso de la República, para posteriormente someterlo a la decisión del soberano, a través del referéndum (subrayado agregado).

83. Sin perjuicio de ello, por la interpretación de este Supremo Tribunal sobre doctrina de la función constituyente, no existe una laguna constitucional sobre el órgano habilitado para la reforma total o la sustitución de la Constitución: la Asamblea Constituyente, figura que constituye por excelencia el mecanismo de apertura al poder constituyente originario¹⁶¹.

160 SOTO BARRIENTOS, Francisco, "Asamblea Constituyente: la experiencia latinoamericana y el actual debate en Chile". En: *Estudios Constitucionales*, vol. 12, núm. 1, Santiago, 2014, p. 411

161 COLON RÍOS, Joel, "El poder de una Asamblea Constituyente: reflexiones acerca de la Constitución de 1991 y su artículo 376", cit., p. 79.

84. Sin embargo, como señala Colón Ríos, *las Asambleas Constituyentes están sujetas al mandato imperativo del pueblo*, quien es el único titular de la soberanía, y en consecuencia, carecen de habilitación para ejercer poderes constituidos:

En nuestros tiempos, las asambleas constituyentes frecuentemente se convocan mediante referéndum. El referéndum normalmente presenta al electorado una pregunta como la siguiente: ¿Desea usted convocar una Asamblea Constituyente para la adopción de una nueva Constitución? De ser respondida con un “sí” por la mayoría de los votantes, este tipo de pregunta tiene (o debería tener) el efecto del mandato del pueblo soberano. Es decir, el pueblo actuando a través del electorado, instruye a una asamblea para que redacte una Constitución, es decir, un documento que reconozca derechos, que separe los poderes y que establezca un sistema de gobierno democrático. A la misma vez, y como ya mencioné, el mandato destinado a crear una Constitución no incluye una autorización a ejercer los poderes constituidos bajo el ordenamiento constitucional existente. Quizás la única excepción son situaciones en las cuales los poderes constituidos, los órganos ordinarios del Estado, deciden impedir u obstaculizar las funciones de la Asamblea Constituyente. En esos casos podría uno decir que el mandato de adoptar una Constitución incluye una autorización implícita de actuar en contra de cualquier poder constituido que intente imposibilitar la adopción de un nuevo texto constitucional¹⁶².

85. A mi juicio, a partir del numeral 1 del artículo 32 de la Constitución, se habilita el mecanismo participativo de la iniciativa popular del referéndum, tanto para decidir la convocatoria a una Asamblea Constituyente, que delibere y proponga el texto de una nueva Constitución, como para que el electorado apruebe o desaprobe el texto finalmente propuesto por la Asamblea. Así, con una “*decisión política fundamental*” expresada por el pueblo soberano mediante el referéndum se completa el ejercicio del poder constituyente originario.

162 Op. cit., p. 82.

86. En ese sentido, destaca la experiencia democrática de Colombia que en 1990 inició un proceso constituyente, convocado por el Gobierno como consecuencia del “*movimiento de la séptima papeleta*” de iniciativa de los estudiantes universitarios. La medida fue refrendada por la Corte Suprema de Justicia, órgano de control de la constitucionalidad en esos momentos. El proceso culminó con la aprobación de la Constitución colombiana de 1991 por una Asamblea Constituyente, no regulada pero ampliamente representativa de todos los sectores políticos. Así, el texto fundamental vigente actualmente sí regula la institución de la Asamblea Constituyente en los artículos 374 y 376¹⁶³. Este último precisa que mediante ley aprobada por la mayoría de miembros de una y otra cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el periodo y la composición que la ley determine.
87. En Chile, el reciente proceso constituyente ha sido participativo y deliberativo desarrollado en cinco fases: (i) plebiscito de entrada; (ii) elección de constituyentes; (iii) convocatoria e instalación del órgano constituyente; (iv) elaboración de propuesta constitucional; (v) plebiscito de ratificación de la propuesta constitucional¹⁶⁴. Con esa finalidad se reformó la Constitución de 1980, introduciendo un capítulo XV (“Reforma de la Constitución y del procedimiento para elaborar una Nueva Constitución Política de la República”).
88. Cabe destacar que la Ley N° 21.200 que convocó al plebiscito para una nueva Constitución le fijó **límites materiales a la reforma total**:

El texto de la Nueva Constitución que se someta al plebiscito deberá respetar el carácter de la República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

163 SOTO BARRIENTOS, Francisco, “Regulación constitucional de la Asamblea Constituyente en Latinoamérica”. Op. cit., p. 177.

164 CABRERA TAPIA, Roberto, “Chile ante inicio del proceso constituyente”, Boletín Instituto Español de Estudios Estratégicos, núm. 20, 2020, pp. 472 y sigs.

89. Finalmente, en el plebiscito constitucional de 4 de septiembre de 2022 la propuesta constitucional redactada por la Convención Constituyente no fue ratificada, hecho que evidencia que la decisión constituyente en última instancia debe corresponder democráticamente al electorado.
90. Así como señala Soto Barrientos, el modelo de la Asamblea Constituyente regulado en diversos países de América Latina como Uruguay, Costa Rica, Brasil, Colombia, Venezuela, Bolivia, Ecuador, entre otros, se asemeja a la fórmula que inspira a clásicos como Tocqueville, Paine, Cudworth y Sieyès. Para estos autores, las Asambleas Constituyentes para la elaboración de una carta fundamental son la única alternativa para garantizar un proceso deliberativo nacional.

Los límites materiales explícitos, implícitos y heterónomos de la reforma constitucional

91. Habiendo asumido la tesis de la viabilidad de la reforma total de la Constitución mediante la vía de la democracia participativa y deliberativa, considero pertinente e ineludible dedicar unas líneas finales a la problemática del control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales, parciales o totales que pueden ser aprobadas por el Congreso de la República o por una Asamblea Constituyente.
92. Desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se afirma la existencia de límites materiales para la reforma constitucional. Así, en el artículo 16 se proclamó que: Una sociedad en la que no esté establecido la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes carece de Constitución.
93. Es un principio del ordenamiento jurídico establecer límites de tipo procesal o de rigidez constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución:

La rigidez constitucional, que como bien es sabido no es otra cosa que la existencia de un procedimiento especial y agravado para la reforma del Texto Supremo, impone, sin duda, un límite infranqueable para el poder reformador, el cual debe observar cuidadosamente el procedimiento estipulado por la propia

Carta Magna para su modificación; en caso de no hacerlo, existe el riesgo de que la reforma sea considerada nula y por tanto termine siendo expulsada del ordenamiento¹⁶⁵.

94. Así, en la Constitución peruana de 1993 están previstos mecanismos procesales de rigidez para la reforma constitucional o procedimiento agravado en el artículo 206: (i) mayoría absoluta del número legal de miembros; (ii) debate extendido con supermayoría legislativa: dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, con mayoría superior a los dos tercios del número legal de miembros; (iii) ratificación mediante referéndum, que puede omitirse si se desarrolla el debate extendido en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una aprobación por la supermayoría legislativa.
95. Como afirma Rawls, comentando el derecho estadounidense, hay enmiendas a la Constitución que pueden contradecir sus valores:

Esto suscita la pregunta de si una enmienda para derogar la Primera Enmienda, por ejemplo, y para convertir a determinada religión en la religión oficial del Estado, con todas las consecuencias que eso acarrearía, o para derogar la Enmienda Decimocuarta, con su protección de las leyes en pie de igualdad para todos los ciudadanos, debe aceptarla la Suprema Corte como una enmienda válida. Como expresé más arriba, sería redundante decir que si el pueblo actúa constitucionalmente, tales enmiendas serían válidas. Pero, ¿es suficiente para validar una enmienda el que se promulgue mediante el procedimiento que señala el artículo V? ¿Qué razones podría esgrimir la Suprema Corte o el Ejecutivo (suponiendo que la enmienda pasara por encima de su veto) para considerar inválida una promulgación que satisficiera esa condición?¹⁶⁶.

165 ROBLES LEAL, Alejandro, *La reforma constitucional por la vía referendaria en Costa Rica. Su tramitación y el ejercicio de control de constitucionalidad*, Instituto de Formación y Estudios en Democracia (IFED)- Tribunal Supremo de Elecciones-Costa Rica, San José, 2016, p. 75.

166 RAWLS, John, *Liberalismo Político*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 226.

96. En ese sentido, la precitada sentencia de este Supremo Tribunal en el *Caso Ley de Reforma Constitucional* desarrolla la doctrina de los *límites materiales* tanto explícitos e implícitos de la reforma constitucional. Así, en el fundamento 76 los diferencia en los siguientes términos:

Los límites materiales, entonces, están constituidos por aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por la obra del poder reformador de la Constitución. Éstos, a su vez, pueden ser de dos clases:

- i. Límites materiales expresos, llamados también cláusulas pétreas, son aquellos en los que la propia Constitución expresamente, determina que ciertos contenidos o principios nucleares del ordenamiento constitucional están exceptuados de cualquier intento de reforma. Caso, por ejemplo, del artículo 89° de la Constitución de Francia de 1958, el artículo 139° de la Constitución italiana de 1947 o el artículo 119° de la Constitución panameña; y en el caso peruano, del artículo 183° de la Constitución de 1839, el artículo 142° de la Constitución de 1933.
 - ii. Límites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la “destrucción” de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado.
97. Tal como es citada en la precitada sentencia, el artículo 183 de la Constitución peruana de 1839 contuvo un límite expreso a la reforma constitucional.

Es inalterable la forma de gobierno popular representativo, consolidado en la unidad, responsable y alternativo, y la división e independencia de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

98. En ese mismo sentido, fue una clausula pétrea el artículo 142 de la Constitución de 1933, de prohibición de la reelección presidencial:

No hay reelección presidencial inmediata. Esta prohibición no puede reformada ni derogada. El autor o autores de la proposición reformativa o derogatoria, y los que la apoyen directa o indirectamente, cesarán, de hecho, en el desempeño de sus respectivos cargos y quedarán permanentemente inhabilitados para el ejercicio de toda función pública.

99. Aragón define a los límites materiales explícitos como las denominadas cláusulas de intangibilidad o pétreas:

(...) Así sucede, por ejemplo en Alemania, cuya Constitución contiene un amplio elenco de ellas, declarándose irreformables la dignidad de la persona, los derechos fundamentales y la forma de Estado federal (art. 79.3), o en Francia, donde la Constitución establece la forma republicana de gobierno es irreformable (art. 89.3), o en Italia, donde la Constitución dispone que no podrá ser objeto de revisión constitucional la forma republicana (art. 139)¹⁶⁷.

100. Es relevante citar a las cláusulas pétreas en la Ley Fundamental de Bonn, enunciadas en el numeral 3 del artículo 70. Así, declara ilícita toda modificación en virtud de la cual se afecte la división de la Federación en estado, a los fundamentos de la cooperación de los estados en la potestad legislativa o a los principios de los artículos 1 y 20.
101. En ese sentido, el artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn declara que la *dignidad del hombre* es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección. Asimismo, el artículo 20 declara la cláusula del Estado Social: la República Federal Alemana es un *Estado Federal democrático y social*.
102. A mi juicio, dentro de los límites materiales implícitos, se encuentra la definición del Estado, que entre otras, siguiendo a Aragón son “cualidades de una realidad que se declara permanente”¹⁶⁸ o eterna,

167 ARAGÓN, Manuel, “Cambiar la Constitución para adaptarla o para transformarla? Requisitos y Límites de la reforma constitucional”. En: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, UNED, 2015, p. 320.

168 *Ibidem*, p. 321.

tales como la prevista en el artículo 43 de la Constitución peruana de 1993, que incluye a la cláusula del Estado Social.

103. Asimismo, debemos referirnos los límites heterónomos, como los denomina Aragón¹⁶⁹. Así, nuestra República ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y se ha sometido a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
104. A mi juicio, incluso el principio de la soberanía popular está sujeto a límites materiales. En ese sentido, discrepo con la tesis sostenida en la sentencia del *Caso Ley de Reforma Constitucional* en el fundamento 118, que carezca de límites:

Gracias a esa ausencia de límites materiales (explícitos e implícitos) nuestro ordenamiento asegura al pueblo...en cada momento, su capacidad de autodeterminarse, impidiendo que las generaciones del futuro queden sometidas a las voluntades de las generaciones del presente, que pueden hacerlo mediante el Derecho y no condenándolas a tener que hacerlo mediante la fuerza (subrayado agregado).

105. En ese sentido, coincidimos con Pace, quien distingue entre poder constituyente y soberanía popular:

Que –en sentido diverso a lo que sostiene la Corte– poder constituyente y soberanía popular reconocida en la Constitución (legal sovereignty en el léxico de I. W. Jennings) no se identifican. El primero es un poder de hecho e ilimitado; la segunda –en cuanto reconocida en la Constitución– se descompone en poderes jurídicos y en derechos funcionales, ambos esencialmente limitados. En efecto, los límites del poder constituyente son meros límites de oportunidad (autolímites políticos) que el sujeto que pretende ejercitar tal poder (no obstante, si lo ha ejercido en realidad se sabrá, por regla general, ¡sólo ex post! no puede dejar de respetar, si pretende que su proyecto constituyente pueda transformarse en realidad efectiva a través de la sucesiva legitimación popular de la Constitución. Por el contrario, los límites al ejercicio

169 Ibídem, p. 324.

de la soberanía (jurídica) popular, derivan de la Constitución en cuanto suprema norma organizativa de todos los poderes públicos, como se establece explícitamente (y de modo realista), por ejemplo, en el artículo 1, apartado 2 de la Constitución italiana, en el artículo 20 apartado 2 de la Ley Fundamental alemana y en el artículo 4 de la propia Constitución venezolana. La autorizada afirmación según la cual “en el Estado constitucional no existe un soberano”, significa precisamente que la soberanía jurídica, en el Estado constitucional, no corresponde en exclusiva a ningún sujeto u órgano, sino que está parcelada y distribuida a través de las funciones públicas y de los derechos funcionales, ambos intrínsecamente limitados¹⁷⁰.

106. En esa misma dirección, coincido con Velásquez quien afirma que el pueblo en el ejercicio de la democracia participativa mediante un referéndum está también sometido a los límites materiales. No se puede negar que exista la posibilidad de una reforma total de la Constitución, conforme al artículo 32, inciso 1 de la Norma Suprema, pero sin abandonar los contenidos fundamentales o principios básicos que caracterizan su identidad¹⁷¹. Especialmente relevante para proteger la continuidad de los derechos fundamentales, evitar su regresión o para asegurar “una comprensión más amplia e inclusiva” —en términos de Rawls— de los valores de la Constitución¹⁷².
107. Así, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos los Estados que están sometidos a su competencia contenciosa no pueden vulnerar los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni en sus textos constitucionales. Destaca el Caso “La última tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos y otros vs. Chile*). En este caso, la Corte IDH se pronunció sobre el artículo 19.12 de la Constitución chilena de 1980 que contemplaba la censura previa para obras cinematográficas. Así, en el considerando 71 declaró que:

170 PACE, Alessandro, Muerte de una Constitución (Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema de Venezuela, núm. 17, del 19 de enero de 1999), En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 19, núm. 57, Madrid, Septiembre-Diciembre 1999, p. 277.

171 VELÁSQUEZ, Raffo, op. cit., p. 131-132.

172 RAWLS, JOHN, op. cit., p. 226.

En el presente caso, está probado que en Chile existe un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y que el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibió en principio la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” y luego, al recalificarla, permitió su exhibición para mayores de 18 años (supra párr. 60 a, c y d). Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Santiago tomó la decisión de dejar sin efecto lo resuelto por Consejo de Calificación Cinematográfica, en noviembre de 1996, debido a un recurso de protección interpuesto por los señores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán y Joel González Castillo, “por y en nombre de [...] Jesucristo, de la Iglesia Católica, y por sí mismos”; decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile. Estima este Tribunal que la prohibición de la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” constituyó, por lo tanto, una censura previa impuesta en violación al artículo 13 de la Convención.

108. Así, ejerciendo el *control de convencionalidad*, la Corte IDH declaró en el considerando 97:

Respecto del artículo 13 de la Convención, la Corte considera que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película “La Última Tentación de Cristo”, ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.

109. En la misma dirección, se debe resaltar la sentencia de la Corte IDH en el Caso *Gelman vs. Uruguay*, de 24 de febrero de 2011 sobre la Ley 15848, Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, que impedía al Estado a aplicar sanciones por los crímenes de violación a los derechos humanos, cometidos por militares y policías durante la dictadura entre 1973 y 1985, y que fue ratificada por el electorado mediante un referéndum. En el considerando 238 la Corte IDH declaró:

El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni

por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia –recurso de referéndum (párrafo 2 del artículo 79 de la Constitución del Uruguay)- sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarados nulos los artículos 1 a 4 de la Ley –el 25 de octubre del año 2009, se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de responsabilidad internacional de aquél.

110. Cabe señalar que la jurisprudencia de la Corte IDH ha asumido a partir de la sentencia del Caso “*Trabajadores Cesados del Congreso*” (Aguado y otros vs. Perú) de 24 de noviembre de 2006, en el considerando 128:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por el efecto útil de la Convención no sea vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad, ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

111. Como señala Néstor Pedro Sagüés el control de convencionalidad no sólo obliga a los jueces locales del Poder Judicial, como jueces del sistema interamericano de derechos humanos, sino también a los jueces de un Tribunal Constitucional como entes constitucionales autónomos o extra-poder¹⁷³.

173 SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en: *Estudios Constitucionales*, año 8, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, p. 120.

El control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales

112. Cabe citar en esta materia a la Corte Constitucional italiana en la sentencia 1146 de 1988 en la que afirmó sobre el control de la constitucionalidad o la justiciabilidad de las reformas constitucionales:

La Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no deben ser revocados o modificados en su contenido esencial, ni siquiera por leyes de revisión constitucional o por otras leyes constitucionales. Estos son tantos los principios que la propia Constitución explícitamente prevé como límites absolutos al poder de revisión constitucional, como la forma republicana (art. 139, Const, it.), cuanto los principios que, a pesar de no estar mencionados expresamente entre aquellos que no pueden ser sometidos al procedimiento de revisión constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana [...] Por tanto, no se puede negar que esta Corte sea competente para juzgar la conformidad de las leyes de revisión constitucional y de las otras leyes justiciables, incluso frente a los principios supremos del ordenamiento constitucional. Si así no fuese, se llegaría al absurdo de considerar al sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución como defectuoso o no efectivo, precisamente con relación a sus normas de valor más elevado¹⁷⁴ (subrayado agregado).

113. En esa misma dirección, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-551/03, para la cual la sustitución implica la destrucción y la reforma a la revisión de la Constitución:

[...] El poder de revisión constitucional, incluso si se recurre a un mecanismo de referendo, no es obra del poder constituyente originario ni del pueblo soberano sino que es expresión de una competencia jurídicamente organizada por la propia Constitución, y por ello se encuentra necesariamente limitado por la imposibilidad de sustituir la Carta, ya que ello implicaría que el poder de reforma se erige en poder constituyente originario [...] (subrayado agregado).

¹⁷⁴ Citada por GUASTINI, Riccardo, *Las fuentes del Derecho. Fundamentos teóricos*, op. cit., p. 359.

114. Es muy relevante la sentencia C-141/10 de la Corte Constitucional colombiana que declaró inexquible la Ley 1354 de 2009, que aprobó un referéndum de iniciativa popular, con el fin de que los ciudadanos decidieran sobre un proyecto de reforma constitucional que proponía habilitar una segunda reelección del presidente Álvaro Uribe Vélez. Así, la Corte Constitucional determinó que ni siquiera el pueblo puede reformar la Constitución para destruir las reglas mínimas de la democracia.
115. Con relación al problema de los límites de la reforma constitucional en la sentencia del *Caso Reforma Pensionaria* (STC 00050-2004-AI y otros acumulados) este colegiado ha señalado que la reforma constitucional no puede vulnerar la *identidad esencial* de la Constitución:

En una aproximación de carácter inicial, todo cambio que se realice en el sistema conforme a la Constitución, no puede alterar su identidad. La adecuación de normas constitucionales, más bien para confirmar o reafirmar la mencionada identidad, en un sentido de evolución normativa y social. En este marco, es imprescindible diferenciar entre interpretación y mutación. La interpretación de un sistema jurídico significa su desarrollo, sin que por ello se varíe su base. La mutación, por el contrario, se produce cuando se han modificado los fundamentos mismos del sistema. En este esquema, es imprescindible diferenciar en doctrina se sostiene que la interpretación es un procedimiento racional y controlable, que procura certeza y previsibilidad jurídica en las normas, mientras que la mutación (...) modifica de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe un significado diferente”. Esta diferencia es clave, sobre todo en un ‘caso límite’ como es el que es materia de este proceso de inconstitucionalidad, relacionado con un supuesto de irreformabilidad del ‘contenido fundamental’, léase núcleo constitucional. Por lo tanto, desde la perspectiva de la reforma, un sistema es estable si mantiene conformidad con el desarrollo de los principios constitucionales, o requerirá una adaptación, si ésta no vulnera la esencia constitucional sobre la que se fundamenta formalmente la comunidad política.

116. En esa misma dirección, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-551/03:

[...] El poder de revisión constitucional, incluso si se recurre a un mecanismo de referendo, no es obra del poder constituyente originario ni del pueblo soberano sino que es expresión de una competencia jurídicamente organizada por la propia Constitución, y por ello se encuentra necesariamente limitado por la imposibilidad de sustituir la Carta, ya que ello implicaría que el poder de reformase rige en poder constituyente originario [...] (subrayado agregado).

117. Con relación a la tipología de los límites materiales en la precitada sentencia del *Caso Reforma Pensionaria* este Supremo Tribunal afirmó en el fundamento 35 que:

El carácter constitucional del Estado propicia la necesidad de contar con límites de distinta naturaleza. El sistema de la Constitución no sólo debe permitir detectar un núcleo irreformable en la misma, sino básicamente relativizar dicho límite mediante el conocido procedimiento de ponderación. De inicio se debe establecer la necesidad de contar con una cláusula de intangibilidad, para luego revisar los preceptos protegidos. El Congreso de la República no puede hacer uso de la reforma constitucional para variar el sistema democrático de gobierno, para sustituir el régimen “representativo” para modificar la Constitución económica o para alterar el principio de alternancia del gobierno, a tenor de los artículos 1, 3, 43 y 58 de la Constitución

Precisamente, para evitar que los órganos constituidos en ejercicio del poder constituyente derivado que le ha sido acordado constitucionalmente, produzcan cualquier modificación de esos principios sustanciales, estos han quedado fuera del alcance del constituyente derivado. Los derechos fundamentales son constitucionales al Estado social y democrático de derecho (subrayado agregado).

118. Sobre el régimen político, que la sentencia del *Caso Reforma Pensionaria* señala como límite material, considero acertado el criterio de la C-757/08 de la Corte Constitucional colombiana, en el sentido

que una reforma constitucional que: [...] altera el equilibrio que la Constitución ha dispuesto entre los distintos órganos, al punto que amenaza la independencia de uno de ellos frente los otros, se está ante un caso de sustitución del principio de separación de poderes (subrayado agregado).

119. Con la sentencia del *Caso Ley de Reforma Constitucional*, este Supremo Tribunal asumió la doctrina que la reforma constitucional no puede alterar sus contenidos fundamentales, que garantizan su identidad y continuidad. Como afirma Aragón:

En todo caso, el control de las garantías jurídicas de la reforma constitucional está (o debe estar) encomendado a la justicia constitucional. Incluso en países (por ejemplo, España) donde expresamente no está atribuida esa competencia al Tribunal Constitucional, creo que ha de entenderse que la tiene, derivada implícitamente de su reconocimiento constitucional y legal como supremo intérprete y guardián jurídico de la Constitución. Lo contrario significaría despojar de la condición de normas jurídicas a los preceptos de la Constitución sobre su propia reforma¹⁷⁵.

120. Así, en la sentencia del *Caso Reforma Pensionaria* este Supremo Tribunal asumió expresamente, en el fundamento 4, la viabilidad de controlar una reforma constitucional con relación a su *contenido fundamental*:

Es conveniente recalcar que tal actuación es componente elemental de la legitimidad con que se cuenta en sede constitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional puede analizar la constitucionalidad de una norma de reforma de la Constitución siempre y cuando afecte el “contenido fundamental” de su configuración normativa, en tanto Norma Suprema política y jurídica del Estado. Para determinar este núcleo, es imprescindible remitirnos a los parámetros que la propia reforma constitucional asume como parte de su ordenación constitucional. Esto quiere decir que si a través de una ley de reforma constitucional se vulnera la esencia misma de la Constitución, y siendo el

175 Ibídem, p. 525.

Tribunal Constitucional, tal como lo señala explícitamente el artículo 201 de la propia Constitución, el órgano de control de la Constitución, se encuentra legitimado para intervenir excepcionalmente como un ente competente para analizar la norma constitucional impugnada, pero única y exclusivamente la sobre la base del “contenido fundamental” protegido implícitamente en la Constitución.

121. Mientras que en la sentencia del *Caso Ley de Reforma Constitucional* este Tribunal Constitucional asumió que la sustitución de la Constitución es “*el cambio total de un texto por otro*” (fundamento 125), la Corte Constitucional de Colombia -que es el tribunal constitucional que más ha desarrollado la doctrina del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales- distingue los conceptos de la *sustitución total y parcial*. Particularmente relevante y original es el de sustitución parcial. Así, en la C-1040-05, sobre el test de sustitución señaló en la sentencia ha afirmado que se exige que la Corte demuestre que un elemento definitorio de la identidad de la Constitución fue reemplazado integralmente por otro:

- i) Enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento.
- ii) Señalar a partir de múltiples referentes cuáles son las especificidades de la Constitución.
- iii) Mostrar porqué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada. Sólo así se habrá precisado la premisa mayor del juicio de sustitución, lo cual es crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial.
- iv) Se habrá de verificar si ese elemento esencial definitorio de la Constitución es irreductible a un artículo, para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material;
- v) Si la enunciación analítica de dicho elemento definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. Una vez cumplida esta carga argumentativa por la Corte, procede determinar si dicho elemento esencial definitorio ha sido;

- vi) Reemplazado por otro –no simple modificado, afectado, vulnerado o contrariado- y
- vii) Si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior.

Conclusiones

1. El artículo 32 de la Constitución Política del Perú establece un diseño de referéndum de tipo facultativo, vinculante y de iniciativa popular. En consecuencia, constituye un verdadero derecho fundamental y a su vez es una fuente directa y alternativa de legislación, no supeditada a la intermediación del Congreso de la República.
2. La Ley 31399 al modificar los artículos 40 y 44 de la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos cercena el *derecho fundamental al referéndum* para decidir la reforma total o parcial de la Constitución como mecanismo de la democracia participativa, previsto en el numeral 1 del artículo 32 de la Norma Suprema.
3. Sostener que la decisión de deliberar y aprobar la reforma total o parcial de la Constitución es competencia exclusiva y excluyente del Congreso de la República implica que el derecho ciudadano al referéndum con esta finalidad se vaciaría de contenido esencial participativo, lo que es contrario a una correcta y razonable interpretación en base al principio de unidad de la Constitución.
4. Si se asumiese como lo hace la Ley 31399, que el referéndum para la reforma total o parcial de la Constitución está supeditado a la voluntad del poder constituido o derivado del Congreso de la República -mediante la aplicación del procedimiento previsto en el primer párrafo del artículo 206 de la Norma Suprema- se estaría colocando inconstitucionalmente al órgano legislativo por encima del poder soberano del pueblo, al que se cercenaría su derecho a participar en el proceso deliberativo de creación normativa y se le restringiría a participar sólo en la ratificación de la reforma constitucional. El requerimiento de un referéndum ratificatorio queda supeditado al resultado de la votación parlamentaria, sin posibilidad directa de la ciudadanía en este proceso. De este modo, la

Ley 31399 desnaturaliza manifiestamente las características de la democracia directa tal como lo hizo la Ley 26435, que frustró el referéndum en 1998.

5. La Ley 31399 al establecer la improcedencia del referéndum, sino se adecua al procedimiento establecido en el artículo 206 de la Constitución Política, incurre en vicio de inconstitucionalidad, por cuanto mediante una norma infraconstitucional se vacía de contenido un eje definitorio de la identidad de la Constitución: la democracia participativa que se deriva del *principio de la soberanía del pueblo*, mediante el cual éste es el titular del poder de decidir sobre la reforma total de la Constitución.
6. Si bien en nuestro ordenamiento constitucional no está prevista la regulación de la figura de la Asamblea Constituyente, el Tribunal Constitucional en la sentencia del *Caso Ley de Reforma Constitucional*, reconoció explícitamente que la Asamblea Constituyente es la vía para la sustitución de la Constitución, siguiendo la doctrina del poder constituyente originario y de que el artículo 32, inciso 1, ha constitucionalizado la función constituyente mediante la cual se podrá deliberar sobre la reforma total de la Constitución.
7. Sin perjuicio de ello, las Asambleas Constituyentes están sujetas al mandato imperativo del pueblo, quien es el único titular de la soberanía, y en consecuencia, carecen de habilitación para ejercer poderes constituidos
8. La reforma parcial y total de la Constitución, ya sea mediante la vía de la democracia participativa del referéndum, como por la vía parlamentaria, está sometida a límites materiales explícitos, implícitos y heterónomos y al control de su constitucionalidad.

S.

OCHOA CARDICH



Pleno. Sentencia 370/2022
Expediente 00005-2020-PI/TC
Caso de las normas sobre terrorismo

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 8 de noviembre de 2022, los magistrados Morales Saravia, Pacheco Zerga, Gutiérrez Ticse (con fundamento de voto), Domínguez Haro (con fundamento de voto), Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda en los extremos relativos al cuestionamiento de las Leyes 30353 y 30610, y los Decretos Legislativos 1233 y 1453.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda interpuesta contra el penúltimo párrafo del artículo 98 de la Ley 30220, siempre que se interprete que están excluidos de sus alcances las personas rehabilitadas, según lo desarrollado en los fundamentos 260 al 280, *supra*.
3. Declarar **INFUNDADA** la demanda interpuesta contra el artículo 1 del Decreto Legislativo 1367, siempre que se interprete que la inhabilitación perpetua puede ser revisada conforme a ley.
4. Declarar **FUNDADA** la demanda respecto de la frase “*el impedimento resulta aplicable aun cuando hubieran sido rehabilitadas*” contenida en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 30717.
5. Declarar **FUNDADA** la demanda respecto de la frase —*Por haberse abierto proceso penal al padre o a la madre (...) por cualquiera de los delitos establecidos en el Decreto Ley 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio*”, establecida en el artículo 75 inciso h) del Código de los Niños y Adolescentes, modificada por la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria de

la Ley 30963, al no ser suficiente la mera apertura del proceso para que proceda la suspensión de la patria potestad.

6. Declarar **FUNDADA** la demanda respecto de la frase “*La rehabilitación, luego de cumplida una sentencia condenatoria, no habilita para prestar servicios personales en el sector público*” contenida en el segundo párrafo del artículo 1 de la Ley 30794.
7. Declarar **FUNDADA** la demanda respecto del término “procesados” contenida en el artículo 2 de la Ley 30414, en el extremo que modificó el último párrafo del inciso “b” del artículo 6 de la Ley 28094, Ley de Partidos Políticos.
8. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo que cuestiona la constitucionalidad de la frase “u otra ventaja de cualquier otra índole” prevista en el artículo único del Decreto Legislativo 1237, que modificó el artículo 200 del Código Penal.

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 SARA VIA
PACHECO ZERGA
GUTIÉRREZ TICSE
DOMÍNGUEZ HARO
MONTEAGUDO VALDEZ
OCHOA CARDICH

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 00005-2020-PI

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8 de noviembre de 2022

Caso de las normas sobre terrorismo

Ciudadanos c. Congreso de la República y Poder Ejecutivo

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra diversas leyes y decretos legislativos que aprueban normas relacionadas con la represión del terrorismo

Magistrados firmantes:

SS.

MORALES SARA VIA

PACHECO ZERGA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

MONTEAGUDO VALDEZ

OCHOA CARDICH

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio Constitucional

B. Debate Constitucional

B-1. Demanda

B-2. Contestaciones De Demanda

B-2.1. Congreso de La República

B-2.2. Poder Ejecutivo

II. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación de la controversia

§2. Análisis de constitucionalidad de las leyes impugnadas

2.1 Sobre los presuntos vicios de inconstitucionalidad de la Ley 30610

2.1.1. Sobre la alegada vulneración de las libertades de conciencia, de opinión, de expresión y difusión del pensamiento

2.1.2. Sobre la alegada vulneración del principio de legalidad y del subprincipio de taxatividad

2.1.3. Sobre la alegada vulneración del principio de lesividad

2.1.4. Sobre la alegada vulneración de la prohibición de expedir leyes especiales por razón de las diferencias de las personas

2.2. Sobre los presuntos vicios de inconstitucionalidad de la Ley 30353

2.2.1. Sobre la alegada vulneración de los derechos al honor y a la buena reputación

2.2.2. Sobre la alegada vulneración de los derechos al trabajo, al sufragio pasivo y a la resocialización

2.3 Sobre los presuntos vicios de inconstitucionalidad de la ley 30717

2.3.1. Cuestión procesal previa al pronunciamiento sustantivo respecto de la ley 30717

- 2.9.** Sobre los presuntos vicios de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 1233
 - 2.9.1.** Sobre los alegados vicios de inconstitucionalidad formal del Decreto Legislativo 1233
 - 2.9.2.** Sobre los alegados vicios de inconstitucionalidad material del Decreto Legislativo 1233
- 2.10.** Sobre los presuntos vicios de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 1237
 - 2.10.1** Cuestión procesal previa
- 2.11.** Sobre los presuntos vicios de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 1453

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 8 días del mes de noviembre de 2022, reunido el Tribunal Constitucional en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de 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 Gutiérrez Ticse y Domínguez Haro, que se agregan. Sin la participación del magistrado Ferrero Costa.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 6 de marzo de 2020, siete mil trescientos cuarenta y cinco ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra las leyes 30610, 30353, 30414, 30717, 30220, 30794, 30323, 30819 y 30151 y contra los decretos legislativos 1233, 1237, 1367 y 1453, mediante los cuales se modifican y/o introducen disposiciones relacionadas con la represión del terrorismo.

Por su parte, con fechas 2 y 5 de octubre de 2020, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo contestan la demanda solicitando que sea declarada infundada en todos sus extremos.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

Las partes postulan una serie de argumentos sobre la inconstitucionalidad de la norma impugnada que, a manera de resumen, se presentan a continuación:

B-1. DEMANDA

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

Los demandantes sostienen que las leyes 30610, 30353, 30414, 30717, 30220, 30794, 30323, 30819 y 30151; y los decretos legislativos

1233, 1237, 1367 y 1453, adolecen de vicios de inconstitucionalidad y que, por lo tanto, la demanda debe declararse fundada.

- Aseveran que la Ley 30610 vulnera el principio universal de dignidad de la persona humana, ya que incorpora el delito de apología del delito de terrorismo (artículo 316-A) al Código Penal que no persigue un fin legítimo. En esa línea, refieren que constituye un instrumento de persecución política con el fin de silenciar la opinión de un sector de la ciudadanía. Estiman que la ley vulnera los derechos fundamentales relacionados con las libertades de conciencia, opinión, expresión y difusión del pensamiento. Añaden que dicha ley vulnera el principio de legalidad porque constituye un tipo penal indeterminado que no describe de manera precisa la conducta prohibida.
- Los ciudadanos recurrentes manifiestan que la Ley 30353 adolece de vicios de inconstitucionalidad, debido a que la creación del Registro público de deudores de reparaciones civiles (Redereci) vulnera los derechos al honor, a la buena reputación y a la dignidad personal, por cuanto la información que contiene denigra la imagen de las personas.
- Asimismo, anotan que el artículo 5 de la referida ley atenta contra los derechos laborales y políticos reconocidos en la Constitución, pues establece que las personas inscritas en el Redereci están impedidas de ejercer función pública y de postular y acceder a cargos públicos que procedan de elección popular. De esta manera, se contraviene el derecho a la resocialización del penado, al impedírsele reincorporarse a la sociedad.
- Sostienen que el artículo 5 de la Ley 30414 (sic) resulta inconstitucional, ya que vulnera el derecho a la libertad de conciencia porque los requisitos que impone constituyen un trato discriminatorio, al tener por finalidad impedir que los opositores políticos participen organizadamente en la vida política del país. Afirman que el artículo 6 de la referida ley (sic) vulnera el derecho a la participación política, por cuanto prohíbe arbitrariamente que los procesados y sentenciados por delitos de terrorismo sean fundadores de partidos políticos.
- Argumentan que los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 30717 adolecen de vicios de inconstitucionalidad, por cuanto vulneran el derecho a ser

elegido, al impedir, injustificadamente, la participación en política de personas condenadas por terrorismo.

- Además, señalan que los referidos artículos contravienen el principio de resocialización, concretamente la rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, pues el impedimento se aplica aun cuando hubiere sido rehabilitado.
- Los demandantes alegan que el artículo 2 de la Ley 30323 resulta inconstitucional, debido a que vulnera los artículos 4, 6 y 7 de la Constitución. En ese sentido, manifiestan que dicha norma establece que la patria potestad se suspende o se extingue para los casos de procesados y sentenciados por delitos de terrorismo, respectivamente, atenta contra los derechos del niño y la familia, al desconocer el principio del interés superior del niño, ya que afecta la preservación del núcleo familiar.
- Asimismo, sostienen que el artículo 2 de la Ley 30819 es inconstitucional, por cuanto mantiene las disposiciones contenidas en el cuestionado artículo 2 de la ley 30323 antes mencionada, referidas a la suspensión o pérdida de la patria potestad para los procesados y sentenciados por delito de terrorismo.
- Argumentan que el penúltimo párrafo del artículo 98 de la Ley 30220, ubicado en el capítulo IX relativo a los estudiantes, es inconstitucional, porque contraviene lo dispuesto en los artículos 2, 13, 14 y 103 de la Constitución Política del Perú. En esta línea, sostienen que dicha norma establece que las personas que hayan sido condenadas por delito de terrorismo o apología de terrorismo, en cualquiera de sus modalidades, están impedidas de postular en el proceso de admisión a las universidades públicas, afecta el libre desarrollo y bienestar de la persona, vulnera el derecho a la igualdad ante la ley; restringe las condiciones para que una persona se desarrolle en el plano intelectual, artístico y científico; y ha sido emitida por razón de las diferencia de las personas, y no porque así lo exige la naturaleza de las cosas.
- Afirman que dicha norma establece la denominada “muerte civil” para los sentenciados por delito de terrorismo y ello se encuentra proscrito en nuestra Constitución, por cuanto dicha condición genera una exclusión perpetua del ejercicio de derechos fundamentales y contraviene el principio de resocialización.

- Manifiestan que la Ley 30794 debe declararse inconstitucional, ya que contraviene lo dispuesto en los artículos 138 y 139, incisos 1, 2, 10 y 11, de la Constitución. Precisan que la norma resulta inconstitucional, en cuanto establece como requisito para ingresar o reingresar a prestar servicios en el sector público, que el trabajador no haya sido condenado con sentencia firme por delitos de terrorismo.
- Los ciudadanos recurrentes afirman, además, que la Ley 30794 vulnera los principios relacionados con la función jurisdiccional. En ese sentido, refieren que estas restricciones solo pueden ser aplicadas por un juez, en virtud de su potestad jurisdiccional dentro del contexto de un proceso judicial, y no mediante un mandato legal como acontece en el presente caso.
- Además, indican que dicha ley atenta contra el derecho al trabajo, pues implementa un mecanismo de persecución política contra las personas condenadas por terrorismo, que no les permite ejercer plenamente este derecho constitucional.
- Por otro lado, aseguran que la Ley 30151, que modifica el numeral 11 del artículo 20 del Código Penal, vulnera el principio de dignidad de la persona y el derecho a la vida, ya que establece una causa de justificación para que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional de Perú recurran al uso de la fuerza, sin tomar en cuenta el referido principio y derecho invocados por los demandantes.
- Los ciudadanos recurrentes aducen que el Decreto Legislativo 1367, mediante el cual se modificó el artículo 38 del Código Penal, vulnera el principio de resocialización; más concretamente, la rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. De esta manera, manifiestan que dicha norma, mediante la cual se extiende la inhabilitación principal para el delito previsto en el artículo 4-A del Decreto Ley 25475 (colaboración con el terrorismo), de cinco a veinte años, y se inhabilita de manera perpetua a los sentenciados por delito de terrorismo, tiene como finalidad impedir que las personas condenadas por tales delitos presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual, lo cual no resulta acorde con la Constitución.
- Además, sostienen que la pena de inhabilitación perpetua ha recibido constantes cuestionamientos desde la Corte Interamericana de

Derechos Humanos, pues esta es calificada como cruel y degradante y se aparta del principio de resocialización.

- Por otro lado, los demandantes refieren que el Decreto Legislativo 1453, mediante el cual se modifica el artículo 69 del Código Penal, es inconstitucional. En ese sentido, arguyen que dicha norma transgrede el principio de resocialización reconocido en la Constitución, por cuanto atenta contra la rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, ya que condiciona la cancelación de antecedentes del condenado al pago íntegro de la reparación civil. Los demandantes esbozan que la doctrina concibe entre los fines de la pena, la rehabilitación y resocialización, por ello concluyen en este aspecto que la medida cuestionada dificultará la incorporación del penado a la sociedad y restringirá sus derechos al trabajo y la educación, lo cual vulnera flagrantemente la Constitución.
- Refieren que el Decreto Legislativo 1237, mediante el cual se modifica el artículo 200 del Código Penal, que tipifica el delito de extorsión, es un instrumento para criminalizar las protestas sociales y generar un efecto intimidador en los ciudadanos, lo cual impide el ejercicio del derecho fundamental a la protesta.
- Añaden que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha exigido que los Estados dejen de aplicar tipos penales que convierten en actos criminales conductas comúnmente observadas en protestas, siempre que no afecten bienes como la vida, la seguridad, o la libertad de las personas. Refieren además que la ambigüedad del tipo penal de extorsión, incorporado por el Decreto Legislativo 1237, transgrede el principio de legalidad, que es reconocido por la Constitución. A criterio de los demandantes, dicha ambigüedad del tipo penal vulnera además la seguridad jurídica.
- Finalmente, concluyen que el Decreto Legislativo 1233, que incorpora el nuevo delito de conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de terrorismo en el Artículo 6-B del Decreto Ley 25475, es inconstitucional, por cuanto la Ley autoritativa 30336, mediante la cual el Congreso delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de fortalecimiento de la seguridad ciudadana y lucha contra la delincuencia, fue para reprimir delitos comunes a nivel individual o como crimen organizado, pero no para legislar sobre terrorismo.

- Asimismo, manifiestan que el referido decreto legislativo vulnera el principio de legalidad, por cuanto la descripción del delito de conspiración para el delito de terrorismo contiene supuestos ambiguos; es decir, la conducta prohibida en dicho tipo penal no está plenamente determinada.

B-2. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

B-2.1. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Los argumentos expuestos por el apoderado del Congreso de la República en la contestación de la demanda son los siguientes:

- Afirma que las leyes 30610, 30353, 30414, 30717, 30220, 30794, 30323, 30819 y 30151 no adolecen de vicios de inconstitucionalidad, por ello refiere que la demanda debe desestimarse en todos sus extremos.
- Respecto de la Ley 30610, sostiene que el Tribunal Constitucional ha establecido en la Sentencia 0010-2012-AI/TC que los graves efectos de la apología del terrorismo radican en que acentúa las consecuencias del terrorismo, contribuyendo a legitimar la acción delictiva, y, sobre todo, la estrategia de los propios grupos armados. De ahí que la tipificación de este delito busque garantizar y proteger derechos y valores constitucionales.
- Asimismo, refiere que la Ley 30610 no transgrede el principio de legalidad, debido a que solo tipifica situaciones agravantes del delito y ello no implica una disposición imprecisa o ambigua. Sostiene que la referida ley no vulnera el derecho a la libertad de expresión, ya que la tipificación de agravantes a las conductas que exalten públicamente el delito de terrorismo supone un fin legítimo en todo Estado de derecho.
- Añade que la medida cuestionada tiene como objetivo erradicar o, por lo menos, disminuir los discursos que, públicamente, exaltan, justifican o enaltecen el delito de terrorismo en cualquiera de sus modalidades, o a la persona que haya sido condenada por sentencia firme como autor o partícipe de dichos delitos, y que ello resulta conforme a los valores que emanan de la Constitución.
- |Con respecto a los cuestionamientos a la constitucionalidad de la Ley 30353, alega que el Tribunal Constitucional ha declarado que

el registro de deudores no atenta contra el derecho al honor, siempre que la información que se publique se fundamente en deudas que han sido sometidas a un proceso judicial. Lo cual ocurre en el presente caso.

- Refiere también que la ley cuestionada establece una limitación en el acceso a la función pública que se encuentra justificada, por cuanto esta medida tiene como objetivo impedir que la función pública sea ejercida por personas que no han reparado el daño ocasionado por la comisión de un delito. Además, acota que ello busca garantizar el principio constitucional del ejercicio de la función pública al servicio de la Nación.
- Sobre los presuntos vicios de inconstitucionalidad de la Ley 30414, alega que la finalidad de esta ley es impedir que los partidos políticos sean constituidos por iniciativa y decisión de quienes tengan la condición de procesados o condenados por delitos de terrorismo. Asimismo, refiere que dicho fin resulta acorde con el principio democrático, reconocido en el artículo 43 de la Constitución.
- Asevera que no se podría garantizar el principio democrático si se permite que los partidos políticos sean constituidos por iniciativa y decisión de quienes tengan la condición de procesados o condenados por delitos de terrorismo. Concluye en este aspecto que la limitación del derecho a la participación política por parte de la ley cuestionada ha incidido en una sola de las manifestaciones de este derecho. Por ello, sostiene que la incidencia de la ley en este derecho fundamental es solo leve, por lo que no resulta inconstitucional.
- Por otro lado, respecto a la impugnación de la Ley 30717, alega que la medida dispuesta persigue una finalidad legítima, ya que busca impedir que la función pública representativa sea ejercida por personas que han cometido delitos graves, que contravienen los valores y principios intrínsecos al Estado Constitucional.
- Con relación a los supuestos vicios de inconstitucionalidad de la Ley 30220, aduce que la referida ley no incide en el derecho a la integridad personal ni en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que debe desestimarse la demanda en este extremo. También sostiene que la ley cuestionada persigue fines legítimos, como:

- i) Asegurar que la comunidad universitaria de las universidades públicas este compuesta por personas que respetan los derechos de la persona y la Constitución.
 - ii) Impedir que formen parte de la comunidad universitaria de las universidades públicas quienes han incurrido en actos terroristas o promueven estos actos, que se encuentran reñidos con los valores del Estado constitucional.
 - iii) Desmotivar la comisión de los delitos de terrorismo y apología del terrorismo.
- En cuanto a los cuestionamientos a la constitucionalidad de la Ley 30794, manifiesta que esta norma, al establecer que las personas condenadas por delitos de terrorismo no pueden ingresar o reingresar a laborar en el sector público, tiene como objetivo válido impedir que la función pública no representativa sea ejercida por personas que han incurrido en actos terroristas o que las promueven o reivindicán. Ello con la finalidad de garantizar el principio constitucional relacionado con el ejercicio de la función pública al servicio de la Nación.
 - Con respecto a los presuntos vicios de inconstitucionalidad de las Leyes 30323 y 30819 refiere que, de acuerdo con lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el auto de admisibilidad de la demanda, es objeto de control la cuarta disposición complementaria modificatoria de la Ley 30963. En ese sentido, enfatiza que las medidas que contiene dicha ley, mediante las cuales se establece que la patria potestad se suspende por haberse iniciado un proceso penal al padre o a la madre por delitos de terrorismo, y se extingue por condena del padre o la madre por tales delitos, tienen el objetivo de impedir que la patria potestad sea ejercida por personas procesadas o condenadas por delito de terrorismo; y, de esta manera, garantizar los principio de protección especial e interés superior del niño.
 - Por todo lo expuesto, concluye que la demanda debe declararse infundada en todos sus extremos.

B-2.2. PODER EJECUTIVO

El procurador público Especializado en materia constitucional contesta la demanda en representación del Poder Ejecutivo en los siguientes términos:

- Sostiene que los decretos legislativos 1233, 1237, 1367 y 1453 no adolecen de vicios de inconstitucionalidad, y que, por lo tanto, la demanda debe declararse infundada en todos sus extremos.
- Alega que el Decreto Legislativo 1233 no incide en el principio de legalidad, por lo cual la demanda debe ser desestimada. Afirma que, según el Tribunal Constitucional, el principio de legalidad en materia penal, entendido como *lex certa*, solo exige una “relativa certidumbre”, que no puede entenderse como claridad y precisión absoluta e, inclusive, admite la validez de cierta indeterminación en la formulación del delito.
- Añade que la norma impugnada establece las características de los actos o acciones que constituyen el supuesto de hecho sancionable, por lo que no vulnera el principio de legalidad en materia penal. Alega también que no establece ningún trato diferenciado en la aplicación de la norma por razón de las ideas, por lo que la norma penal impugnada es coherente con el principio de generalidad de las leyes y el derecho a la igualdad.
- Además de lo expuesto refiere que el Estado tiene la obligación de proteger los derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionales, por ejemplo, a través de la sanción de las conductas delictivas, en especial aquellas especialmente graves, como los delitos vinculados al terrorismo, lo que no vulnera la dignidad humana.
- Respecto a los presuntos vicios de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 1237, manifiesta que la impugnación coincide con la demanda recaída en el Expediente 0009-2018-PI/TC, por lo que este extremo de la demanda debe declararse improcedente.
- Sobre la impugnación del Decreto Legislativo 1367, asegura que la gravedad de los delitos de terrorismo hace necesario adaptar las normas y la política criminal para asegurar la efectiva prevención y sanción de dichos delitos; por ejemplo, a través de medidas que aseguren la probidad e idoneidad de los funcionarios públicos.
- Teniendo en cuenta lo anterior, asevera que dicho decreto legislativo procura restringir el acceso a la administración pública de personas condenadas solo por delitos especialmente graves, con

la finalidad de asegurar la integridad de la administración pública. Añade que la norma impugnada no solo procura garantizar la probidad e idoneidad del funcionario, sino que esta es necesaria para asegurar su neutralidad e idoneidad (aptitud técnica, legal y moral) para prevenir la corrupción y el apoderamiento del Estado, a la vez de contribuir a la legitimidad de los órganos del Estado y “erradicar el mensaje de una Administración vendible”.

- Manifiesta que la disposición sometida a control prevé que la inhabilitación perpetua recae sobre supuestos delictivos especialmente graves, por ejemplo, se impone la inhabilitación de cinco a veinte años al penado por el delito de financiamiento del terrorismo, así como a ciertos delitos vinculados al lavado de activos, tráfico ilícito de drogas (TID), y se impone la inhabilitación permanente cuando medien circunstancias agravantes.
- Aduce que las penas de inhabilitación en la norma en cuestión responden no solo al delito cometido, sino también a circunstancias adicionales que incrementan la peligrosidad de la actividad delictiva en el caso en concreto; por ejemplo, si el condenado forma parte de una organización criminal. Finaliza manifestando que la norma impugnada tampoco vulnera la dignidad humana o el proyecto de vida; por el contrario, prevé aplicar penas de inhabilitación para proteger diversos bienes jurídicos y derechos fundamentales que son importantes para la sociedad y tienen como finalidad la resocialización del propio penado.
- Sobre los presuntos vicios de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 1453, el Poder Ejecutivo sostiene que dicha norma prevé únicamente que los condenados por delitos a los que se aplica la inhabilitación perpetua podrían ser rehabilitados por el órgano jurisdiccional que dictó la condena luego de veinte años y conforme al artículo 59-B del Código de Ejecución Penal, y que, por tanto, no transgrede el principio de resocialización.
- Por consiguiente, concluye que la demanda debe declararse infundada en todos sus extremos.

I. FUNDAMENTOS

§1. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA

1. Del petitorio de la demanda se advierte que la parte recurrente ha impugnado expresamente las siguientes leyes:
 1. Artículo único de la Ley 30610;
 2. Artículo 5 de la Ley 30353;
 3. Artículo 2 de la Ley 30414, que modifica el artículo 5 (último párrafo) y el artículo 6 literal “b” de la Ley 28094, Ley de Partidos Políticos;
 4. Ley 30717;
 5. Artículo 98 (penúltimo párrafo) de la Ley 30220;
 6. Ley 30794;
 7. Artículo 2 de la Ley 30819;
 8. Ley 30323; y,
 9. Ley 30151.
2. Asimismo ha cuestionado los siguientes decretos legislativos:
 1. Decreto Legislativo 1233 (artículo único que incorporó el artículo 6-B en el Decreto Ley 25475);
 2. Decreto Legislativo 1237 (artículo único que modificó el artículo 200 del Código Penal);
 3. Decreto Legislativo 1367 (artículo 1 que modificó el tercer y cuarto párrafo del artículo 38 del Código Penal; en relación con esta materia añade que deben declararse inconstitucionales también las Leyes 30076 y 30901);
 4. Decreto Legislativo 1453 (primer párrafo del artículo 1 que modificó el artículo 69 del Código Penal).
2. Con fecha 16 de abril de 2020, este Tribunal admitió a trámite la demanda respecto de las leyes 30610, 30353, 30717, 30220, 30794,

30323 y 30819; y de los decretos legislativos 1233, 1237, 1367 y 1453.

3. En el mismo auto declaró improcedente la demanda:
 - i) Respecto de la Ley 30151, publicada el 13 de enero del 2014, por haber transcurrido el plazo de prescripción de seis años;
 - ii) Respecto de la Ley 30076, modificada por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30901, por cuanto existe cosa juzgada; y,
 - iii) Respecto del último párrafo del artículo 5 de la Ley 30414, por existir sustracción de la materia (sic).
4. En consecuencia, este Tribunal emitirá pronunciamiento respecto de las leyes 30610, 30353, 30717, 30414 (en el extremo que modifica el artículo 6 literal “b” de la Ley 28094), 30220 (penúltimo párrafo del artículo 98), 30794 (artículos 1.1 y 1.2), 30323 (artículo 2), 30819 (artículo 2); y de los Decretos Legislativos 1233, 1237, 1367 y 1453, atendiendo a las razones impugnatorias expuestas *supra*.

§2. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES IMPUGNADAS

5. A continuación, este Tribunal analizará si las leyes indicadas *supra* han incurrido o no en los vicios de inconstitucionalidad objetados en la demanda.

2.1 SOBRE LOS PRESUNTOS VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 30610

6. En primer lugar, se analizará la constitucionalidad de la Ley 30610 en cuanto incorpora el artículo 316-A al Código Penal (delito de apología del terrorismo), que establece lo siguiente:

Si la exaltación, justificación o enaltecimiento se hace del delito de terrorismo o de cualquiera de sus tipos, o de la persona que haya sido condenada por sentencia firme como autor o partícipe, la pena será no menor de cuatro años ni mayor de ocho años, trescientos días multa e inhabilitación conforme a los incisos 2, 4, 6 y 8 del artículo 36 del Código Penal.

Si la exaltación, justificación o enaltecimiento del delito de terrorismo se realiza: a) en ejercicio de la condición de autoridad, docente o personal administrativo de una institución educativa, o b) utilizando o facilitando la presencia de menores de edad, la pena será no menor de seis años ni mayor de diez años e inhabilitación, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 9 del artículo 36 del Código Penal.

Si la exaltación, justificación o enaltecimiento se propaga mediante objetos, libros, escritos, imágenes visuales o audios, o se realiza a través de imprenta, radiodifusión u otros medios de comunicación social o mediante el uso de tecnologías de la información o de la comunicación, del delito de terrorismo o de la persona que haya sido condenada por sentencia firme como autor o partícipe de actos de terrorismo, la pena será no menor de ocho años ni mayor de quince años e inhabilitación, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 9 del artículo 36 del Código Penal.

2.1.1. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DE LAS LIBERTADES DE CONCIENCIA, DE OPINIÓN, DE EXPRESIÓN Y DIFUSIÓN DEL PENSAMIENTO

7. Los ciudadanos recurrentes manifiestan que la ley impugnada constituye un instrumento de persecución política que pretende silenciar la opinión de un sector de la ciudadanía. Sostienen que el Estado no puede inmiscuirse en la formación de las ideas de la población, ni puede obligar a las personas a tener un pensamiento conforme a lo que su necesidad política demande, pues ello afecta derechos fundamentales tales como la libertad de conciencia, de opinión, de expresión y difusión del pensamiento.
8. La Constitución Política del Perú reconoce la libertad de conciencia, así como las libertades de opinión, expresión y difusión del pensamiento. En efecto, en los incisos 3 y 4 del artículo 2 se establece que:

Toda persona tiene derecho:

(...)

3. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión (...)"

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley (...).
9. La libertad de conciencia es una libertad personalísima, correspondiente al fuero más íntimo de cada persona, en el cual se elige lo que se cree y lo que no, respecto de sí mismo, de los demás y del mundo exterior, donde se forman las convicciones y las guías de conducta de cada quien.
10. En esta línea, este Tribunal, en la Sentencia 00003-2005-PI/TC, ha destacado que “la libertad de opinión garantiza el derecho de toda persona a tener y mantener sus ideas y convicciones, y a poderlas manifestar libremente”.
11. Como ya se pusiera de relieve en dicha sentencia, el derecho a la libertad de opinión tiene dos dimensiones:
 - a. Una primera, de carácter interno, mediante la cual se garantiza el derecho de toda persona a adoptar libremente su concepción del hombre, la sociedad y el mundo, ya sea en términos políticos, filosóficos o morales. Como concreción de la dignidad humana que es, se deriva que nadie puede ser forzado a asumir o prestar su adhesión a un determinado ideario, provenga éste del Estado o de los privados. Impide, de esta forma, que el Estado pueda sentirse autorizado a inculcar o adoctrinar política, filosófica o moralmente y, correlativamente, que su ordenamiento pueda valorar positiva o negativamente las diferentes ideas y convicciones que una persona se pueda formar. Por ello, el inciso 3) del artículo 2° de la Constitución garantiza que nadie pueda ser perseguido por razón de sus ideas o creencias y que el legislador, dentro del amplio margen que tiene para configurar los comportamientos prohibidos por el ordenamiento penal, y que tampoco se criminalice la opinión, así ésta sea disidente o minoritaria” (fundamento 230).
 - b. La segunda de carácter externo, “se encuentra estrechamente relacionado al ejercicio, a su vez, de la libertad de expresión. Mediante ella se garantiza que toda persona pueda actuar o

comportarse de manera acorde con su cosmovisión del hombre, la sociedad y del mundo, o divulgarla públicamente, siempre que dicho ejercicio no afecte el orden público constitucional” (fundamento 231).

12. Queda claro entonces que el reconocimiento, ejercicio y respeto de las libertades de opinión y expresión son de suma importancia, por ser pilares indispensables en la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática.
13. Sin perjuicio de ello, también se debe destacar que no forman parte del derecho a la libertad de expresión, aquellos mensajes que pretendan atentar contra el orden democrático constitucional, sin el cual no sería posible el ejercicio de los demás derechos fundamentales.
14. Esta exigencia de la convivencia civilizada ha llevado a los Estados constitucionales a prohibir ciertos tipos de discursos, ya que esas restricciones se justifican porque protegen derechos que son la base del sistema democrático.
15. Como todo límite constitucional, dichas restricciones deben estar amparadas directamente en un fin protegido por la Constitución, y ser estrictamente necesarias y proporcionales. En consecuencia, en ningún caso proscriben determinada línea de pensamiento u opinión, ni imponen un determinado ideario o forma de concepción del mundo.
16. La cuestionada Ley 30610 regula el delito de apología del terrorismo como uno que se puede cometer exaltando, justificando o enaltecendo el delito de terrorismo, en cualquiera de sus tipos, o a la persona que haya sido condenada por sentencia firme como autor o partícipe de dicho delito.
17. La ley impugnada, además, prescribe diferentes agravantes, como la función del sujeto activo (autoridad, docente o personal administrativo de una institución educativa en el ejercicio de su condición), la utilización o facilitación de sujetos inimputables (menores de edad), y el medio comisivo (mediante objetos, libros, escritos, imágenes, audios, a través de imprenta, radiodifusión u otros medios de comunicación social, o mediante el uso de tecnologías de la información o de la comunicación).

18. En esa línea, basta que se realice una de las conductas previstas para que se configure el delito. Siendo que, por una parte, la “exaltación” y el “enaltecimiento” apuntan a la misma finalidad, esto es, elevar a alguien o algo a gran dignidad mediante un discurso dotado de admiración o aprecio; mientras que, por otra parte, la “justificación” implica mostrar o hacer aparecer como acciones legítimas aquello que es un claro comportamiento criminal¹⁷⁶.
19. Este Tribunal, en la Sentencia 00010-2002-PI/TC, precisó que el delito de apología del terrorismo sanciona la manifestación pública en términos de elogio o exaltación de determinadas acciones terroristas¹⁷⁷, con la finalidad de garantizar y proteger derechos, bienes y valores constitucionalmente protegidos.
20. Asimismo, en esa oportunidad, precisó que el daño social del delito radica en que acentúa las consecuencias del terrorismo, al legitimar la acción delictiva y la estrategia de los grupos armados, que suponen un peligro efectivo para la vida y la integridad de las personas, así como para la subsistencia del orden democrático constitucional¹⁷⁸.
21. De lo expuesto se colige que, si bien el delito de apología al terrorismo supone una limitación a las libertades comunicativas, su incorporación al derecho penal se fundamenta en la finalidad constitucional que persigue. La introducción del mencionado tipo penal pretende desterrar los discursos que promueven la admiración del terrorismo o que justifiquen su comisión o la acción de sus autores, que socavan el sistema democrático y perturban los principios que lo fundan.
22. En atención a lo expuesto en el párrafo anterior, este Tribunal advierte que lo que se prohíbe es el discurso insidioso que, amparándose en el pluralismo político, exalte, justifique o enaltezca el delito de terrorismo o cualquiera de sus tipos, o a la persona que

176 LEÓN ALAPONT, José. El enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus víctimas: límites y fundamentos de su punición en un Estado democrático de Derecho, p. 17. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología-RECPC 24-01 (2022)

177 Fundamento 83

178 Fundamento 85

haya sido condenada por sentencia firme, por cuanto con esas conductas se atenta contra los principios y valores que sustentan la vida en democracia y los derechos fundamentales de los ciudadanos. Es así como la mencionada limitación se justifica en la prohibición de prácticas nocivas para el sistema de derechos y la democracia constitucional.

23. Por ello, este Tribunal considera que la ley impugnada, mediante la cual se incorpora el artículo 316-A al Código Penal, no es inconstitucional y, por lo tanto, la demanda debe ser desestimada en este extremo.

2.1.2. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DEL SUBPRINCIPIO DE TAXATIVIDAD

24. Los recurrentes sostienen que la regulación del delito de apología del terrorismo, contenida en la Ley 30610, vulnera el principio de legalidad, en su manifestación de *lex certa*, por contener una descripción genérica de la conducta prohibida y por omitir en su composición conectar el verbo rector con la “proposición fáctica-descriptiva clara y definida” de la conducta prohibida de incitar –mediante el discurso– a la comisión de delitos asociados al terrorismo.
25. El principio de legalidad, consagrado en el artículo 2, inciso 24, literal d, de la Constitución, garantiza que nadie sea procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible. Este principio constituye una garantía constitucional de los derechos fundamentales y un criterio rector en el ejercicio del poder sancionatorio del Estado constitucional de derecho.
26. El principio de legalidad penal, que constituye un axioma fundamental para el derecho penal, exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley, proscribiendo, de esta forma, el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones. A ello se ha denominado como subprincipio de tipicidad o taxatividad.

27. Si bien el referido subprincipio, conocido también como mandato de certeza o de determinación, no pretende una claridad y precisión absoluta en la formulación de los delitos, exige que el legislador dote de significado preciso e inequívoco al tipo penal, de tal forma que permita que la subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre.
28. Ahora bien, los recurrentes sostienen que el delito de apología del terrorismo, incorporado por la Ley 30610, contiene una descripción genérica de la conducta prohibida, porque —a su juicio— utiliza verbos rectores abiertos, indeterminados e imprecisos. Asimismo, cuestionan la omisión en la que habría incurrido el legislador cuando no incluyó en el tipo penal la esencia criminal del delito de apología al terrorismo, la cual es —a su entender— la incitación a cometer nuevos actos terroristas. Por último, alegan que dicha omisión, que genera indeterminación de la conducta prohibida, facilita que el Estado sancione penalmente cualquier discurso relacionado al terrorismo.
29. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 00010-2002-PI/TC, analizó la figura de apología al terrorismo, regulada en ese entonces por el artículo 7 del Decreto Ley 25475 y el artículo 1 del Decreto Ley 25880, y resolvió declarar la inconstitucionalidad de los referidos artículos, por cuanto advirtió que estos no describían con precisión el objeto sobre el que ha de recaer la apología y lo que debe entenderse por ella.
30. En dicha sentencia, este órgano de control de la Constitución consideró que las disposiciones legales que se encontraban vigentes no describían con precisión “(...) el objeto sobre el que ha de recaer la apología y lo que debe entenderse por ella. Ello constituye, por un lado, una infracción al principio de legalidad penal y simultáneamente una violación de la libertad de información y expresión, pues conjuntamente considerados permiten una limitación desproporcionada e irrazonable de dichas libertades”¹⁷⁹.
31. Ahora, corresponde a este Tribunal analizar la Ley 30610, que incorporó el delito de apología al terrorismo en nuestro ordenamiento jurídico

179 Fundamento 88

y describe la conducta prohibida con diferentes verbos que recaen sobre el delito de terrorismo o las personas condenadas por este.

32. Cabe subrayar que la conducta típica se refiere en forma específica a tres acciones concretas, como son las de exaltar, justificar y enaltecer el delito de terrorismo o sus autores condenados con sentencia firme.
33. Respecto a los verbos rectores, la Real Academia Española ha definido cada vocablo de la siguiente forma:
 - Exaltar: elevar a alguien o algo a gran auge o dignidad; o realzar el mérito o circunstancias de alguien.
 - Justificar: probar algo con razones convincentes, testigos o documentos; o rectificar o hacer justo algo.
 - Enaltecer: ensalzar.
34. Como este Tribunal lo ha establecido líneas arriba, la “exaltación” y el “enaltecimiento” apuntan a la misma finalidad, esto es, destacar la acción terrorista o a los condenados por terrorismo utilizando un discurso dotado de admiración o aprecio que ensalza sus presuntas virtudes; mientras que la “justificación” pretende excusar el terrorismo o a sus autores condenados con sentencia firme, mostrando las acciones criminales realizadas como legítimas.
35. De acuerdo con el texto de la ley impugnada, la exaltación, justificación o enaltecimiento debe referirse:
 - Al del delito de terrorismo o a cualquiera de sus tipos; o
 - A la persona que haya sido condenada por sentencia firme como autor o partícipe del delito de terrorismo o de cualquiera de sus tipos. Hay que tomar en cuenta que la firmeza o la calidad de firme se obtiene cuando ya no se puede impugnar a la resolución en cuestión o cuando ella ha sido consentida.
36. Por último, hay que tomar en cuenta que la conducta puede tener agravantes que se relacionan con:
 - La función del sujeto activo: en el ejercicio de la condición de autoridad, docente o personal administrativo de una institución educativa.
 - La utilización o facilitación de sujetos inimputables: menores de edad.

- Un medio comisivo particular, como cuando se realiza mediante objetos, libros, escritos, imágenes visuales o audios, o se realiza a través de imprenta, radiodifusión u otros medios de comunicación social, o mediante el uso de tecnologías de la información o de la comunicación.
37. Respecto a dicho cuestionamiento, este Tribunal aprecia que, contrariamente a lo alegado por los demandantes, los verbos rectores “exaltar”, “justificar” y “enaltecer” precisan la forma en la que se configura la conducta prohibida y, en esa línea, delimitan los alcances del tipo penal.
 38. Queda claro que la referencia histórica, artística o académica a las organizaciones terroristas o los sentenciados por delitos de terrorismo no constituyen delito de apología, salvo que estén orientadas a exaltar el mérito del terrorismo, justificar su accionar o el de las personas condenadas por ese delito.
 39. En atención a ello y al desarrollo realizado *supra*, este Tribunal aprecia que el comportamiento descrito en el delito de apología del terrorismo cumple con las exigencias del subprincipio de taxatividad, pues los verbos rectores utilizados permiten que, para cualquier ciudadano de formación básica, la conducta prohibida resulte verificable con relativa certidumbre.
 40. Respecto a la alegada omisión en la que habría incurrido la Ley 30610, por no contemplar –en la estructura del delito de apología al terrorismo– la finalidad de incitación a cometer nuevos delitos terroristas, corresponde determinar si dicha finalidad debe estar presente en el discurso para que se configure el delito de apología al terrorismo.
 41. En este extremo, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 00010-2002-PI/TC, precisó que la apología no consiste en un acto de instigación porque no busca determinar a otro para que se decida a cometer el delito. Más aún, precisó que en dicho delito no puede existir instigación porque no existe un sujeto concreto receptor del apologista¹⁸⁰.

180 Cfr. fundamento 84

42. La apología constituye una forma de exaltación o elogio que se realiza respecto del delito de terrorismo o de las personas que fueron condenadas por cometerlo. Es una manifestación que se centra en exaltar, justificar o enaltecer un hecho o a su autor condenado con sentencia firme. La apología es una figura claramente diferenciable respecto de la instigación, que se refiere a la acción que desarrolla el actor con la finalidad de convencer al instigado para que sea este quien incurra en el delito de terrorismo.
43. Como ya se ha puesto de relieve, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 00010- 2002-PI/TC, precisó que la apología no consiste en un acto de instigación, pues no busca determinar a otro para que se decida a cometer el delito. La instigación se realiza con relación a un sujeto determinado y para la perpetración de un hecho concreto; en cambio, en el caso de la apología no existe un sujeto concreto receptor del mensaje.
44. De lo expuesto se colige que cuando la conducta consiste en incitar a la comisión de un nuevo delito terrorista, es de aplicación el tipo penal de instigación al terrorismo, previsto en el artículo 6 del Decreto Ley 25475.
45. De esta manera, se advierte que la apología al terrorismo no tiene como fin provocar nuevas acciones delictivas, puesto que, como ya se ha precisado anteriormente, el daño que le genera a la sociedad radica en que alaba, destaca y resalta el terrorismo y su secuela de violación de los derechos fundamentales, o la figura de los autores condenados con sentencia firme por ese delito, contribuyendo a legitimar la acción de fuerzas contrarias al orden constitucional y sus valores.
46. En consonancia con lo desarrollado, este Tribunal Constitucional considera que la norma cuestionada no vulnera el principio de legalidad, en su manifestación de subprincipio de taxatividad.

2.1.3. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

47. Los ciudadanos demandantes consideran que en el tipo penal cuestionado no existe un riesgo de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, por cuanto no se incluyó en el delito de apología del

terrorismo un verbo rector que configure la conducta prohibida de incitar a la comisión de nuevos actos terroristas.

48. El principio de lesividad no se encuentra expresamente contemplado en el texto constitucional, pero se trata de una manifestación implícita de los artículos 1, 3 y 44 de la Constitución. La manifestación concreta de dicho principio se encuentra recogida en el artículo IV el Título Preliminar del Código Penal, que establece que “[1]a pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.
49. El Tribunal Constitucional estableció en la Sentencia 00019-2005-PI/TC que:

el Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el *ius puniendi*, monopolio del Estado, y que, por tal razón, por antonomasia, es capaz de limitar o restringir, en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad personal. De ahí que, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental¹⁸¹.

50. En resumidas cuentas, este Tribunal sostuvo que, en atención al principio de lesividad, la restricción en el ejercicio de los derechos solo podrá justificarse si se persigue la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante.
51. Ahora bien, el delito de apología al terrorismo es un delito de peligro abstracto, por lo que nos encontramos frente a un tipo penal que:
- a. sanciona un comportamiento que, si bien no genera la afectación concreta de un bien jurídico, comporta una peligrosidad potencial general, y

181 Cfr. fundamento 84

- b. responde a la necesidad de adaptar las finalidades político-criminales a las particularidades de la realidad social, cuyas fuentes de peligro aumentan constantemente.
52. En la Sentencia 00006-2014-PI/TC, el Tribunal ha desarrollado la configuración de los delitos de peligro abstracto en los siguientes fundamentos:

“55. (...) si bien el elemento “peligro” no se encuentra descrito de manera expresa en el tipo penal, sí constituye el presupuesto fundamental de la conducta prohibida y resulta suficiente para que sea considerada peligrosa; de aquí que su consumación no requiera de la existencia de un peligro concreto para el bien jurídico tutelado, sino solo de la existencia de un peligro potencial. Supone, pues, la verificación *ex ante* de la peligrosidad de la conducta.

(...)

63. (...) más allá de que la estructuración de los delitos de peligro abstracto implique la flexibilización de las categorías tradicionales del Derecho penal, en realidad supone su adaptación a las sociedades actuales, puesto que el Derecho en general, y el Derecho penal en particular, no puede permanecer ajeno a los cambios que ocurran en la sociedad, así como a las diversas conductas que pueden surgir como consecuencia de la aparición o incremento de los riesgos en las sociedades actuales. De ahí la necesidad de la anticipación legislativa de la protección penal de los bienes jurídicos a los momentos previos de la lesión de estos, caracterizada por los delitos de peligro y, esencialmente, por los delitos de peligro abstracto”.

53. En lo que respecta concretamente al delito de apología del terrorismo, cabe recordar que en la Sentencia 00010-2002-PI/TC, este Tribunal sostuvo que aun cuando la finalidad de la apología no sea incitar a la comisión de nuevas acciones, aquella también generaría un perjuicio social, que consiste en acentuar las consecuencias del terrorismo, contribuyendo de esta manera a legitimar la acción delictiva, así como la estrategia de los grupos armados¹⁸².

182 Cfr. fundamento 85

54. En atención a lo expuesto, este Tribunal, consideró que tal propósito de legitimación constituye un objetivo central del terrorismo. Ahora bien, dado que las actividades delictivas que cometen grupos armados o elementos terroristas crean un peligro efectivo para la vida y la integridad de las personas, y también para la subsistencia del orden democrático constitucional, entonces la apología del terrorismo no es una conducta irrelevante desde la perspectiva de los bienes jurídicos vulnerados con la comisión de dichas actividades delictivas¹⁸³.
55. Asimismo, debe tenerse presente que en dicha oportunidad el Tribunal sostuvo que, en abstracto, la previsión de la apología del terrorismo como un ilícito penal no era *per se* inconstitucional. En efecto, la previsión del aludido ilícito penal encuentra fundamento en la garantía y protección de derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad y de otros bienes y valores constitucionales, como la preservación del orden democrático constitucional¹⁸⁴.
56. Este Tribunal Constitucional mantiene la legitimidad constitucional de sancionar penalmente la apología del terrorismo y subraya que la tipificación introducida por la norma sometida a control no afecta el principio de legalidad ni ningún otro principio constitucional, como se ha desarrollado *supra*.
57. Además, no debe olvidarse que esa penalización concreta las obligaciones de proteger y garantizar los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 44 de la Constitución, según el cual es deber del Estado, entre otros, garantizar la 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.
58. En atención a lo expuesto, este Tribunal considera que la norma cuestionada no vulnera el principio de lesividad y por tales consideraciones corresponde desestimar la demanda en este extremo.

183 Cfr. fundamento 85

184 Cfr. fundamento 86

2.1.4 SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE EXPEDIR LEYES ESPECIALES POR RAZÓN DE LAS DIFERENCIAS DE LAS PERSONAS

59. Los demandantes sostienen que el delito de apología del terrorismo no tiene como finalidad la protección de algún bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico. Por el contrario, alegan que la única finalidad de dicho tipo penal es limitar la expresión de ideas de algunos ciudadanos peruanos sobre la violencia política que atravesó el país en el pasado.
60. Este principio general del Derecho, conocido también como la prohibición de crear leyes con nombre propio, se encuentra consagrado en el artículo 103 de la Constitución, el cual prescribe que:

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de personas.

61. Al respecto, debe tomarse en cuenta que las normas jurídicas protegen y obligan por igual a todos los habitantes de la República, y contienen un mandato impersonal, esto es, no prevén la singularidad de las personas obligadas a su cumplimiento. La ley debe contener pautas de carácter general que sean de interés común y resultantes de la convivencia social, cuyo cumplimiento sea obligatorio para todos, es decir, *erga omnes*. Solo por excepción es viable la creación de una regla especial, que no puede ampararse en el arbitrio caprichoso de quienes poseen el poder político, sino en la naturaleza o razón de los hechos, sucesos o acontecimientos que ameriten una regulación particular. Una ley especial se ampara en las específicas características, propiedades, exigencias o calidades de determinados asuntos; hace referencia a lo particular, singular o privativo de una materia; su denominación se ampara en lo *sui generis* de su contenido y, en puridad, surge por la necesidad de establecer regulaciones jurídicas esencialmente distintas a aquellas que contemplan las relaciones o situaciones indiferenciadas comunes o genéricas¹⁸⁵.

185 Cfr. sentencias 0018-2003-PI/TC y 00021-2011-PI/TC, fundamento 6

62. Este Tribunal Constitucional considera que la configuración del delito de apología del terrorismo no está orientado a un grupo de personas en específico. Por el contrario, se trata de una norma de prohibición impersonal que se aplica a cualquier persona, siempre que realice todos los elementos exigidos por el tipo penal.
63. Cabe recordar que se trata de un delito común, y por lo tanto no exige una cualidad especial para resultar imputado como autor. Queda descartado, entonces, que la Ley 30610 se haya emitido con nombre propio, es decir, en un sentido proscrito por la Constitución.
64. Por tales consideraciones, corresponde desestimar la demanda en el presente extremo.

2.2. SOBRE LOS PRESUNTOS VICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 30353

65. Corresponde analizar la constitucionalidad de los artículos 2, 3 y 5 de la Ley 30353, “Ley que crea el Registro de Deudores de Reparaciones Civiles por Delitos Dolosos (en adelante Redereci)”, que prescriben:

Artículo 2. Administración e implementación del REDERECI

El Órgano de Gobierno del Poder Judicial administra y actualiza mensualmente el REDERECI de conformidad con el reglamento de la presente Ley.

El acceso a la información contenida en el REDERECI es público y gratuito. A tal efecto, el Órgano de Gobierno del Poder Judicial incorpora en su página web el vínculo que permita a cualquier persona conocer su contenido sin limitación alguna”.

Artículo 3. Requerimiento de pago y apercibimiento de inscripción en el REDERECI

Consentida o ejecutoriada la sentencia que dispone la reparación civil, el órgano jurisdiccional que conoce o conoció el proceso judicial requiere al deudor, de oficio o a instancia de parte, el pago íntegro de dicha acreencia en el plazo de diez días hábiles, bajo apercibimiento de disponer su inscripción en el REDERECI.

Si transcurrido el plazo mencionado y el deudor persiste en su omisión, le es aplicable lo previsto en el artículo 4.

(...)

Artículo 5. Impedimento para acceder al ejercicio de la función pública y contratar con el Estado

Las personas inscritas en el REDERECI están impedidas de ejercer función, cargo, empleo, contrato o comisión de cargo público, así como postular y acceder a cargos públicos que procedan de elección popular. Estos impedimentos subsisten hasta la cancelación íntegra de la reparación civil dispuesta.

Lo dispuesto en el párrafo anterior es inaplicable a las personas condenadas por delitos perseguibles mediante el ejercicio privado de la acción penal.

66. Los recurrentes sostienen que la creación del Redereci, cuyo acceso es público, gratuito y no está sujeto a restricciones, vulnera el derecho a la dignidad personal, al honor y a la buena reputación. Alegan que la publicidad de dicho registro comporta la estigmatización y degradación de la imagen de las personas que figuren en él.
67. Consideran, en esa línea, que otorgar un plazo de diez días hábiles para que el deudor cumpla con el pago íntegro de la reparación civil, bajo apercibimiento de disponer su inscripción en el Redereci, coloca en una situación de especial indefensión a los condenados por el delito de terrorismo, pues les resultaría materialmente imposible pagar las exorbitantes cantidades de dinero que se les impusieron, principalmente porque se encuentran en una situación de deficiencia económica a causa de su reclusión por un tiempo prolongado.
68. Asimismo, afirman que el impedimento para acceder a trabajar en el Estado —a través de función, cargo, empleo, contrato o comisión de cargo público y de cargos públicos que procedan de elección popular—, regulado en el artículo 5 de la Ley 30353, atenta contra los derechos laborales y políticos de las personas que estarán inscritas en el Redereci.
69. Al respecto, indican que la vulneración del derecho al trabajo se sustenta en la imposibilidad que tienen estas personas de acceder

a un puesto de trabajo, de elegir un oficio o profesión, y de seguir su vocación y dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas.

70. A su vez, manifiestan que la Ley 30353 vulnera el artículo 31 y el inciso 3 del artículo 33 de la Constitución, por cuanto prohíbe el ejercicio del derecho al sufragio pasivo, a pesar de que ello no esté permitido por nuestra Constitución, pues la inhabilitación de derechos políticos no es una sanción de naturaleza administrativa, sino es una pena de naturaleza accesoria en una sentencia condenatoria.
71. Por último, consideran que impedir que el sentenciado ejerza su derecho al trabajo y al sufragio pasivo, vulnera, a su vez, su derecho a la resocialización, en tanto no se le estaría permitiendo su reincorporación en la sociedad.

2.2.1. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR Y A LA BUENA REPUTACIÓN

72. La Constitución Política del Perú reconoce el derecho al honor y la buena reputación. En efecto, en el inciso 7 del artículo 2 establece que:

Toda persona tiene derecho:

(...)

Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias.

73. El derecho al honor es un componente fundamental de la dignidad inherente a la persona humana, que se erige como un derecho personalísimo indelegable y que consiste en la visión interna y la apreciación que tiene la persona de sí misma. Se trata de la autopercepción, de la conciencia del propio valor, de la autoestima y de la valía personal.
74. En esa línea, como ha sido expresado en la Sentencia 04099-2005-PA/TC, el honor está constituido por aquella esfera de inmunidad frente a cualquier trato que ofenda o agreda la condición de la persona humana en su relación con los demás o en su relación con los poderes públicos. *Ergo*, una persona no puede ser objeto de actos

que pretendan desmerecerla individual o socialmente. El ordenamiento jurídico no puede permitir ofensas, humillaciones o cualquier acto destinado a afectar la autoestima de la persona como un ser humano digno¹⁸⁶.

75. Ahora bien, como se ha expuesto en la demanda, los recurrentes cuestionan el carácter público y gratuito del Redereci, por considerar que ello vulnera el derecho al honor y a la buena reputación.
76. El Redereci es el registro en el que se inscribe información actualizada de las personas que incumplan con cancelar el íntegro de las acreencias por concepto de reparaciones civiles a favor de personas y del Estado establecidas en sentencias con calidad de cosa juzgada independientemente del órgano que la dictó o de la materia del proceso. Este registro, que tiene carácter público y es de acceso gratuito, permite que cualquier persona ingrese a la plataforma electrónica para conocer su contenido, sin limitación alguna.
77. Al respecto, el Tribunal advierte que, en nuestro ordenamiento jurídico, el Redereci no es el único registro público y gratuito que enlista sujetos deudores. Así, existe también el Registro de deudores judiciales morosos, creado por Ley 30201, al que se puede acceder a través del enlace <https://redjum.pj.gob.pe/redjum/#/>; y el Registro de deudores alimentarios morosos, creado por Ley 28970, al que se ingresa por medio del enlace <https://casillas.pj.gob.pe/redam/#/>.
78. El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el derecho al honor y a la buena reputación en casos donde se ha cuestionado la publicación de una lista de deudores. En la Sentencia 01970-2008-PA/TC, se rechazó que la difusión verídica y objetiva de una lista de deudores sea *per se* ilegítima, y, en cambio, se consideró que agregar simbología que asemeja al deudor tributario con un presidario resultaba inconstitucional¹⁸⁷.
79. Si bien la publicación de una lista de deudores no es *per se* inconstitucional, ella debe fundamentarse en la persecución de una finalidad legítima y encontrarse exenta de palabras o gráficos denigrantes,

186 Cfr. fundamento 5

187 Cfr. fundamento 19

ofensivos o humillantes. En esa línea, la implementación de un registro donde figuren los deudores de reparación civil no es, por sí misma, inconstitucional.

80. La creación del Registro de deudores de reparación civil por delitos dolosos se sustenta en la necesidad de sistematizar la información de quienes no cumplen con el pago íntegro de la reparación civil impuesta en una sentencia con calidad de cosa juzgada. Ello con la finalidad de facilitar las labores de las entidades públicas al momento de determinar quiénes pueden, o no, acceder a la función pública.
81. Adicionalmente, el referido registro se erige como una herramienta útil e, incluso, necesaria para que el Jurado Nacional de Elecciones verifique la idoneidad de las personas que pretendan postular y acceder a cargos públicos de elección popular, o deje sin efecto las elecciones que se realizaron transgrediendo el artículo 9, inciso 2, del Reglamento de la Ley 30353.
82. Asimismo, se convierte en un registro imprescindible para el procedimiento de contratación estatal, dado que todas las entidades públicas deben excluir a las personas inscritas en el Redereci de todos los concursos públicos de méritos, así como de la contratación directa y de la designación por cargo de confianza.
83. La sistematización se fundamenta, además, en el rol que tiene la reparación civil dentro del proceso penal, pues su aplicación no puede encasillarse en una cuestión meramente jurídica-civil, sino que contribuye con el efectivo cumplimiento de los fines constitucionales de la pena y, en esa línea, contiene una función resocializadora.
84. En efecto, el pago de la reparación civil en el proceso penal no solo hace posible el resarcimiento de las víctimas directas del ilícito y de la sociedad misma como entidad perjudicada por la perturbación del orden constitucional democrático, sino también que “el sentenciado internalice las consecuencias de su accionar ilícito frente a los afectados y, de esta manera, inicie su proceso de resocialización a través de la reparación del daño ocasionado”¹⁸⁸.

188 Sentencia 00012-2011-PI/TC, fundamento 37

85. Asimismo, en dicha sentencia se determinó que la reparación civil responde a los fines constitucionales de la pena desde una doble perspectiva: a) desde la prevención especial, por cuanto persigue que el sentenciado repare los daños ocasionados por su ilícito y, de esta manera, adquiera conciencia respecto de su conducta antijurídica; y b) desde la teoría de la prevención general, por cuanto permite que la sociedad en su conjunto pueda apreciar la efectividad del funcionamiento del sistema penal, o como lo ha dicho expresamente este Tribunal, de la eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen‘ [sentencias 02826-2011-HC/TC, fundamento 6; 02825-2010- HC/TC, fundamento5; 00065-2009-HC/TC, fundamento 8]”¹⁸⁹.
86. Además de ello, debe tenerse en cuenta que la sola inscripción en el Redereci, de acuerdo con los fines antes mencionados, no es equiparable a una humillación u ofensa, como puede darse a través de frases o símbolos que tengan por objeto mellar la autoestima de quien las recibe o su reputación ante los demás.
87. Indicado lo anterior, es menester emitir pronunciamiento sobre el alegato planteado por los demandantes respecto a la situación de las personas condenadas por terrorismo, lo que, conforme puede apreciarse de autos, es la razón que motiva su cuestionamiento a la constitucionalidad de la Ley 30353.
88. Al respecto, este Tribunal Constitucional considera que no puede atribuirse al Redereci responsabilidad alguna por las dificultades que se presenten en el pago de las reparaciones civiles, ni cuestionarse de manera indirecta las “cantidades exorbitantes” de dinero.
89. En todo caso, debe considerarse que el monto de las reparaciones civiles no es objeto de discusión en el presente caso. En efecto, dicho monto es establecido en las sentencias que tienen calidad de cosa juzgada. Con relación a esto último, debe tenerse en cuenta que el monto de la reparación civil es establecido por el juez penal en cada caso concreto cuando se expida sentencias condenatorias, tal y como se desprende del artículo 399.4 del Código Procesal. En todo caso,

189 Ibid., fundamento 38.

el cuestionamiento de los montos debe llevarse a cabo ante el órgano jurisdiccional que lo adoptó y en su debida oportunidad

90. Así, una vez que la sentencia tiene calidad de cosa juzgada, luego de haber sido consentida o ejecutoriada, en el marco de la Constitución y las leyes, es que se configura el presupuesto indispensable para la aplicación del artículo 3 de la Ley 30353 objeto de control en este proceso. En efecto, a partir de lo anterior, el juez, de oficio o a pedido de parte, requerirá al deudor el pago de la acreencia en el plazo de diez días hábiles, con el apercibimiento de disponer su inscripción en el Redereci.
91. Siendo ello así, la incorporación al Redereci de un condenado por delitos de terrorismo, siempre que se configuren los supuestos de la ley impugnada, resulta legítima a partir de los fines identificados *supra*, y no tiene por finalidad causar una humillación a su estima personal o reputación ante el entorno social. Por lo tanto, con dicha inclusión no se configura una vulneración a los derechos al honor y a la buena reputación.
92. Por los fundamentos expuestos, corresponde desestimar la demanda en el presente extremo.

2.2.2. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS AL TRABAJO, AL SUFRAGIO PASIVO Y A LA RESOCIALIZACIÓN

93. Los demandantes cuestionan el impedimento regulado en el artículo 5 de la Ley 30353, el cual prescribe que:

Artículo 5. Impedimento para acceder al ejercicio de la función pública y contratar con el Estado

Las personas inscritas en el REDERECI están impedidas de ejercer función, cargo, empleo, contrato o comisión de cargo público, así como postular y acceder a cargos públicos que procedan de elección popular. Estos impedimentos subsisten hasta la cancelación íntegra de la reparación civil dispuesta.

Lo dispuesto en el párrafo anterior es inaplicable a las personas condenadas por delitos perseguibles mediante el ejercicio privado de la acción penal.

94. Sostienen que dicho artículo comporta la vulneración del derecho al trabajo y al sufragio pasivo, lo que, a su vez, provoca la vulneración del derecho a la resocialización del penado.
95. Con relación a lo primero, este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia que el derecho fundamental al trabajo, en lo esencial, protege las siguientes facultades: la de acceder a un puesto de trabajo y ii) a no ser despedido sino por causa justa¹⁹⁰.
96. Este Tribunal aprecia que la norma impugnada no incide ni se refiere directamente a las facultades antes mencionadas. En todo caso, este Tribunal entiende que los cuestionamientos realizados por los recurrentes en este extremo se vinculan directamente con la presunta vulneración del derecho de acceso a la función pública.
97. Cabe precisar que la función pública puede ser: (i) representativa y (ii) no representativa. Al primer grupo pertenecen los elegidos libremente por el voto de los ciudadanos y, por tal razón, son sus *representantes*. En el segundo grupo, en cambio, se encuentran aquellos que ejercen la función pública profesionalizada en los distintos sectores estatales.
98. La función pública representativa se encuentra relacionada directamente, en nuestro ordenamiento jurídico, con el derecho a ser elegido o al sufragio pasivo, de conformidad con el artículo 31 e inciso 3 del artículo 33 de la Norma Fundamental.
99. Ahora bien, sobre el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, reconocido en el literal “c” del artículo 25 del PIDCP y en el literal “c” del inciso 1 del artículo 23 de la CADH, este Tribunal, en la Sentencia 00025-2007-PI/TC (fundamento 47), precisó que:

[E]l contenido del derecho de acceso a la función pública no comprende el ingreso, sin más, al ejercicio de la función pública, puesto que, si bien se garantiza la participación de los ciudadanos en la función pública, ésta debe desarrollarse de conformidad con los requisitos que el legislador ha establecido, y cuya validez está condicionada a su constitucionalidad.

190 Cfr., entre otras, Sentencia 01124-2001-PA/TC, fundamento 12.

100. En esa dirección, este Tribunal también ha manifestado que el derecho fundamental a ser elegido (derecho al sufragio pasivo) es de configuración legal; por ello, su contenido se evidenciará no solo en la Constitución, sino también en las leyes de desarrollo del referido derecho¹⁹¹.
101. Ahora, si bien el impedimento regulado en el artículo 5 de la Ley 30353 comporta una restricción al ejercicio del derecho de acceso a la función pública de las personas que aparezcan inscritas en el Redereci, dicha restricción se sustenta en la situación del sentenciado que no ha completado su proceso de resocialización porque no ha cumplido con el íntegro de la sentencia condenatoria y, por ello, no ha logrado su rehabilitación. Dicho argumento sustenta también, en concreto, la restricción en el acceso a la función pública representativa según la cual los inscritos en el Redereci no pueden postular y acceder a cargos públicos que procedan de elección popular.
102. Este Tribunal ha declarado que el concepto de resocialización comprende tanto el proceso reeducativo como el resultado, la reincorporación social, sin que se descuide tampoco la comprensión jurídica de este resultado y que es determinada por la rehabilitación¹⁹².
103. Asimismo, también precisó en esa oportunidad que el principio de resocialización, reconocido en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución, al momento de la ejecución de la pena, concibe tres finalidades constitucionales¹⁹³:
- a. La reeducación, que alude al proceso de adquisición de actitudes al que es sometido un recluso para ser capaz de reaccionar durante la vida en libertad;
 - b. La reincorporación social, que remite al resultado fáctico de recuperación social, que implica la introducción en la sociedad de un condenado en las mismas condiciones que el resto de los ciudadanos; y

191 Cfr. Sentencia 00030-2005-AI/TC, fundamento 27 b)

192 Sentencia 00033-2007-PI/TC, fundamento 30

193 Fundamento 31

- c. La rehabilitación, que expresa más un resultado jurídico, un cambio en el estatus jurídico del ciudadano que obtiene su libertad; es la recuperación, por parte del ciudadano que ha cumplido su condena, de todos sus derechos en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos.
104. A saber, nuestro ordenamiento jurídico considera que para conseguir la rehabilitación deben concurrir dos requisitos: (a) haber cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta al condenado, mediante la cual haya adquirido las actitudes que le permitan vivir pacíficamente en sociedad, de acuerdo a los valores democráticos; (b) haber efectuado el pago íntegro de la reparación civil. Estos requisitos resultan indispensables para el cabal cumplimiento de los fines constitucionalmente previstos de la pena.
105. Cabe destacar, entonces, que la rehabilitación tiene un rol fundamental dentro del proceso de resocialización y que conseguirla requiere la reeducación social, el cumplimiento íntegro de la pena y de la reparación civil. Es por ello que el pago de la reparación civil tiene vital importancia para la función resocializadora del derecho penal, porque, como ya ha sido expuesto anteriormente, no se limita a una cuestión meramente jurídica-civil, sino que está orientada a que el sentenciado, como consecuencia de enfrentar y reparar los daños ocasionados por su evento delictivo, adquiera consciencia de su conducta antijurídica.
106. En consonancia con lo desarrollado, este Tribunal Constitucional considera que el cuestionado impedimento no atenta contra el derecho de acceso a la función pública, ni su concreta manifestación en el ámbito de la función pública representativa y su relación con el derecho al sufragio pasivo, de conformidad con el artículo 31 y el inciso 3 del artículo 33 de la Constitución; sino que, por el contrario, constituye únicamente un límite temporal que resulta legítimo y que se supera con el pago de la reparación civil.
107. Por tales consideraciones, corresponde desestimar la demanda en el presente extremo.

§2.3. SOBRE LOS PRESUNTOS VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 30717

108. Los demandantes también han cuestionado la constitucionalidad de determinados artículos de la Ley 30717, por considerar que vulneran el derecho a la participación política, reconocido en los artículos 2.17, 31 y 35 de la Constitución, y el principio de resocialización, reconocido en el artículo 139.22 de dicha Norma Fundamental.
109. En concreto, los demandantes cuestionan las modificaciones normativas que esta ley ha realizado en diversas leyes electorales, como la Ley Orgánica de Elecciones (LOE), la Ley de Elecciones Regionales (LER) y la Ley de Elecciones Municipales (LEM).
110. Así, han impugnado las siguientes normas:

Artículo 1. Incorporación de los literales i) y j) al artículo 107 y de dos últimos párrafos al artículo 113 de la Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones

Incorpóranse los literales i) y j) al artículo 107 y dos últimos párrafos al artículo 113 de la Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones, conforme al texto siguiente:

“Artículo 107. No pueden postular a la Presidencia o Vicepresidencias de la República:

(...)

- i. Las personas condenadas a pena privativa de la libertad, efectiva o suspendida, con sentencia consentida o ejecutoriada, por la comisión de delito doloso. *En el caso de las personas condenadas en calidad de autoras por la comisión de los tipos penales referidos al terrorismo, apología al terrorismo, tráfico ilícito de drogas o violación de la libertad sexual; el impedimento resulta aplicable aun cuando hubieran sido rehabilitadas.* (cursiva agregada)

(...)

Artículo 113. No pueden ser candidatos a representantes al Congreso de la República y representantes ante el Parlamento Andino, salvo que renuncien seis

(6) meses antes de la fecha de las elecciones:

(...)

No pueden ser candidatos a los cargos de Congresista de la República o Representante ante el Parlamento Andino, las personas condenadas a pena privativa de la libertad, efectiva o suspendida, con sentencia consentida o ejecutoriada, por la comisión de delito doloso. *En el caso de las personas condenadas en calidad de autoras por la comisión de los tipos penales referidos al terrorismo, apología al terrorismo, tráfico ilícito de drogas o violación de la libertad sexual; el impedimento resulta aplicable aun cuando hubieran sido rehabilitadas.* (cursiva agregada)

(...).

Artículo 2. Incorporación de los literales f) y g) al numeral 5 del artículo 14 de la Ley 27683, Ley de Elecciones Regionales

Incorpóranse los literales f) y g) al numeral 5 del artículo 14 de la Ley 27683, Ley de Elecciones Regionales, conforme al texto normativo siguiente:

“Artículo 14. Impedimentos para postular

No pueden ser candidatos en las elecciones de gobiernos regionales los siguientes ciudadanos:

(...)

También están impedidos de ser candidatos:

(...)

Las personas condenadas a pena privativa de la libertad, efectiva o suspendida, con sentencia consentida o ejecutoriada, por la comisión de delito doloso. *En el caso de las personas condenadas en calidad de autoras por la comisión de los tipos penales referidos al terrorismo, apología al terrorismo, tráfico ilícito de drogas o violación de la libertad sexual; el impedimento resulta aplicable aun cuando hubieran sido rehabilitadas.* (cursiva agregada).

(...)

Artículo 3. Incorporación de los literales g) y h) al párrafo 8.1 del artículo 8 de la Ley 26864, Ley de Elecciones Municipales. Incorpóranse los literales g) y h) al párrafo 8.1 del artículo 8 de la Ley 26864, Ley de Elecciones Municipales, conforme al texto normativo siguiente:

“Artículo 8. Impedimentos para postular

No pueden ser candidatos en las elecciones municipales:

8.1 Los siguientes ciudadanos:

(...)

g) Las personas condenadas a pena privativa de la libertad, efectiva o suspendida, con sentencia consentida o ejecutoriada, por la comisión de delito doloso. *En el caso de las personas condenadas en calidad de autoras por la comisión de los tipos penales referidos al terrorismo, apología al terrorismo, tráfico ilícito de drogas o violación de la libertad sexual; el impedimento resulta aplicable aun cuando hubieran sido rehabilitadas* (cursiva agregada).

111. A continuación, se analizará la constitucionalidad, por razones sustantivas, de las disposiciones indicadas.

2.3.1. CUESTIÓN PROCESAL PREVIA AL PRONUNCIAMIENTO SUSTANTIVO RESPECTO DE LA LEY 30717

112. En la Sentencia 0015-2018-PI/TC y 0024-2018-PI/TC, este Tribunal analizó la constitucionalidad de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 30717 en los siguientes términos:

La Ley 30717, en la parte objetada en el presente proceso de inconstitucionalidad, impide a un ciudadano ser candidato a la presidencia o vicepresidencias de la república, congresista, parlamentario andino, gobernador o consejero regional, alcalde o regidor, si, en su condición de funcionario y servidor público, es condenado a pena privativa de la libertad, efectiva o suspendida, con sentencia consentida o ejecutoriada, por la comisión, en calidad de autor, de los delitos dolosos de colusión, peculado o corrupción de funcionarios, aun cuando hubiera sido rehabilitado.

113. De lo anterior se advierte que dicho análisis constitucional se refirió únicamente a los casos de aquellos condenados en calidad de autores por la comisión de los delitos de colusión, peculado o corrupción de funcionarios.
114. En efecto, los demandantes en la sentencia bajo comentario precisan que:
- (...) su pretensión impugnatoria no alcanza a los casos de personas condenadas en calidad de autoras por la comisión de los delitos de terrorismo, apología al terrorismo, tráfico ilícito de drogas o violación de la libertad sexual, a las que la misma ley les impone igual prohibición de postular a cargos de elección popular, en los mismos niveles de gobierno, aun cuando hubieran sido rehabilitadas¹⁹⁴.
115. Por ello, en dicha ocasión el Tribunal advirtió que los demandantes cuestionaron concretamente lo siguiente: que aun en el supuesto según el cual los destinatarios de la norma logren ser rehabilitados, subsistiría el impedimento para postular a cargos públicos de representación popular. En tal sentido, el Tribunal precisó que el cuestionamiento de los demandantes se centró en el fragmento de la disposición que establece “aun cuando hubieran sido rehabilitadas”.
116. Así pues, realizada la delimitación del objeto de control de constitucionalidad, según lo indicado previamente, y luego de establecer los alcances normativos de los artículos impugnados, el Tribunal analizó su conformidad con la Constitución teniendo como parámetro de control los derechos y principios constitucionales invocados por los demandantes.
117. En aquella oportunidad, y de conformidad con lo previsto en el artículo 5, primer párrafo, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se dejó constancia de que en los Expedientes 00015-2018-PYTC y 00024-2018-PUTC (acumulados en los que se analizó la constitucionalidad de la prohibición de postular a cargos de elección popular de personas aun cuando hubieran sido rehabilitadas)

194 Sentencia 00015-2018-PI/TC y 00024-2018-PI/TC, fundamento 3

no se alcanzaron cinco votos conformes para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas. Por ello, la demanda fue declarada como infundada.

118. Sin perjuicio de lo anterior, corresponde precisar que la materia sobre la que debe pronunciarse este Tribunal en el presente caso es una distinta, por cuanto se refiere directamente a la disposición —*el impedimento resulta aplicable aun cuando hubieran sido rehabilitadas*”, pero en el ámbito de los **delitos de terrorismo y apología del terrorismo**, análisis constitucional que será desarrollado a continuación.

2.3.2. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y DEL PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN

119. En el Estado constitucional los ciudadanos tienen derecho de participar en la vida política de la Nación, de forma individual o colectiva, directa o indirecta -a través de sus representantes-. La participación política de los ciudadanos es la *conditio sine qua non* de la vida en democracia, que permite no solo expresar en la esfera pública sus diversas concepciones y aspiraciones sobre el proyecto en común, sino también sus demandas y reivindicaciones respecto a la efectividad de sus derechos fundamentales e intereses legítimos, en la búsqueda de justicia.
120. En la Constitución Política de 1993 este derecho ha sido reconocido expresamente, a partir de un marco de configuración integrado por principios, reglas y valores que coadyuvan a su mayor realización. Así pues, el artículo 2.17 de la Constitución reconoce que toda persona tiene derecho a:

a participar, en forma individual o asociada, en la *vida política*, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum (*cursiva agregada*).

121. A su vez, el artículo 31 de la Norma Fundamental ha dispuesto que:

Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o

revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica.

Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación.

(...)

La ley establece los mecanismos para garantizar la neutralidad estatal durante los procesos electorales y de participación ciudadana.

Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos.

122. Asimismo, el artículo 35 ha previsto que:

Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente les concede personalidad jurídica (...).

123. Las disposiciones anteriores, interpretadas conjuntamente, expresan el marco constitucional de reconocimiento del derecho a la participación política, derecho este último cuyo ejercicio cabal debe ser garantizado a todos los ciudadanos, a fin de mantener y fortalecer el sistema democrático establecido en la Norma Fundamental.

124. El Tribunal Constitucional ha explicitado en su jurisprudencia que la participación política es un derecho fundamental cuyo contenido comprende un cúmulo de derechos, que en lo fundamental implican la intervención del ciudadano, en todo proceso de decisión, en los diversos niveles de organización de la sociedad.

125. Por ello, el ámbito de protección de este derecho incluye tanto la participación individual como la actuación plural de los ciudadanos que se agrupan en organizaciones políticas. Por otro lado, este derecho puede ser ejercido a través de la participación directa (derecho

al voto, referéndum, iniciativa legislativa, remoción, revocación de autoridades, demanda de rendición de cuentas) o indirecta de la ciudadanía, a través de sus representantes (Sentencia 00030-2005-PI/TC, fundamento 23).

126. El derecho a la participación política es uno de configuración legal. En ese sentido, el legislador contribuye a su desarrollo, bajo el marco delimitado por la Constitución. No obstante, como ha sostenido este Tribunal en su jurisprudencia, ello no implica

que la ley llamada a precisar determinadas delimitaciones a su contenido protegido se encuentre exenta de un control de constitucionalidad. Significa, tan sólo, que el constituyente ha querido dotar al legislador de un margen amplio de apreciación en la determinación del ámbito normativo del referido derecho, lo que debe ser tenido en cuenta por la jurisdicción constitucional al momento de valorar la validez o invalidez constitucional de su actuación (Sentencia 00030- 2005-PI/TC, fundamento 35).

127. Asimismo, este derecho se encuentra protegido por los tratados internacionales ratificados por el Estado peruano como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), entre otros¹⁹⁵.

195 En lo que respecta a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los derechos políticos están reconocidos en el artículo 23 y, en virtud de ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado en su jurisprudencia los alcances de dichos derechos en el siguiente sentido:

145. El artículo 23 contiene diversas normas que se refieren a los derechos de la persona como ciudadano, esto es, como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos, como elector a través del voto o como servidor público, es decir, a ser elegido popularmente o mediante designación o nombramiento para ocupar un cargo público. [...].

[Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008].

221. Como la Corte ya ha señalado anteriormente, el artículo 23 de la Convención reconoce derechos de los ciudadanos que se ejercen por cada individuo en particular. El párrafo 1 de dicho artículo reconoce a todos los ciudadanos los derechos: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la

128. No obstante, el reconocimiento, respeto, protección y promoción del derecho a la participación política no proscribe que su ejercicio pueda ser limitado, siempre que ello se encuentre debidamente justificado de acuerdo con las exigencias dimanantes del orden constitucional y convencional.
129. A mayor abundamiento, según la Constitución Política del Perú de 1993, ningún derecho fundamental es absoluto. Por el contrario, su ejercicio está limitado por la naturaleza y la configuración del derecho en cuestión (límites intrínsecos) y por la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales (límites extrínsecos).
130. En el presente caso, este Tribunal advierte que los demandantes cuestionan que las disposiciones detalladas *supra* impidan la postulación como candidato(a)s a los siguientes cargos públicos representativos:
- En el Poder Ejecutivo:
 - i. Presidente(a) de la República; y
 - ii. Vicepresidente(a) de la República;
 - En el Poder Legislativo y el Parlamento Andino
 - i. Congresista de la República o Representante ante el Parlamento Andino

voluntad de los electores; y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

[Corte IDH. Caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014].

162. El ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención. Además, de conformidad con el artículo 23 convencional, sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”. Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. Los derechos políticos y su ejercicio propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político.

[Corte IDH. Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015].

- En los Gobiernos Regionales
 - i. Presidente(a) del Gobierno Regional;
 - ii. Vicepresidente(a) del Gobierno Regional; y,
 - iii. Consejero(a) Regional.
- En los Gobiernos locales:
 - i. Alcalde o alcaldesa; y,
 - ii. Regidor(a).

131. Los demandantes cuestionan, en el fondo, los siguientes aspectos:

1. La prohibición de postular dirigida a personas condenadas en calidad de autoras por la comisión de los tipos penales referidos al terrorismo y apología al terrorismo; y,
2. Que el impedimento resulte aplicable aun cuando hubieran sido rehabilitadas.

132. Las disposiciones cuestionadas impiden que sean candidatos a los cargos de representación popular previamente citados:

- i. Las personas condenadas en calidad de autores;
- ii. Por la comisión de tipos penales referidos al terrorismo o por la comisión de apología del terrorismo;
- iii. Aun cuando hubieran sido rehabilitadas.

133. Lo fundamental del cuestionamiento de los demandantes se centra en que, pese a la rehabilitación que pudieran alcanzar estos condenados, están impedidos de ser elegidos en dichos cargos de representación popular.

134. Siendo ello así, este Tribunal debe determinar si dicho impedimento para participar en las elecciones correspondientes a tales cargos públicos de representación es conforme o no con la Norma Fundamental y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y que además son pautas obligatorias de interpretación respecto de los derechos y libertades que la Constitución consagra.

135. La inhabilitación perpetua puede ser revisada y, también, revertida, de oficio o a petición de parte, luego de veinte años, por el órgano jurisdiccional que dictó la condena¹⁹⁶. Si procediera la rehabilitación, se restituyen los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia y se cancelan los antecedentes penales, judiciales y policiales. En consecuencia, los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación. Asimismo, —los registros o anotaciones de cualquier clase relativas a la condena impuesta solo podrán ser comunicados a solicitud del Ministerio Público o del juez”¹⁹⁷.

136. Al respecto, este Tribunal ha hecho hincapié en la Sentencia 00010-2002-PI/TC que la acción terrorista en nuestro país 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 (fundamento 1). Asimismo, manifestó que:

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 (fundamento 1).

137. Asimismo, en la Sentencia 00002-2019-PI/TC, se ha reconocido que:

la barbarie terrorista marcó un periodo gravísimo de nuestra historia reciente, y nos mostró e hizo vivir un periodo de horror y sufrimiento inenarrable. Por ende, es del todo comprensible que las alertas se enciendan y que las sensibilidades se enerven cuando asoman discursos que tienen reminiscencias a lo ocurrido (fundamento 118).

196 Cfr. Código Penal, artículo 69 y TUO del Código de Ejecución Penal, artículo 67.

197 Código Penal, artículo 70.

138. Por eso, el juez penal cuando revise una inhabilitación sea perpetua o no, de una persona condenada por alguno de esos delitos, deberá tener en consideración, en primer lugar, el carácter de reeducación social de la pena por lo que su decisión, ha de basarse en las pruebas que ofrezcan el Ministerio Público y la parte civil, así como en el examen que realice al condenado¹⁹⁸. La responsabilidad del juez cuando declara la rehabilitación es ante toda la sociedad, porque su decisión significa que esa persona se encuentra apta para vivir en armonía y ha dejado de ser un peligro para la democracia y para el ejercicio de los derechos humanos y la paz social¹⁹⁹.
139. Llegados a este punto es pertinente recordar que las personas condenadas por terrorismo no solo han puesto en manifiesto peligro a la sociedad en su conjunto, sino que también desconocieron los valores fundamentales que se reconocen en la Constitución. Se ha señalado, al respecto, que
- sea cual sea del móvil del agente de los atentados terroristas [...], un Estado en el cual existe libertad de expresión y participación y medios que garantizan su ejercicio no debe disfrazar los atentados terroristas [...] bajo la figura del delito político —el cual en nuestro ordenamiento permite amnistía e indulto— sino que, al contrario, tiene la obligación de castigar a quienes haciendo caso omiso de estos medios atentan contra los principios de convivencia pacífica que lo rigen y atacan indiscriminadamente la vida e integridad personal de sus habitantes (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1055/03, fundamento 6.11).
140. En este caso, puede sostenerse que la Ley 30717 tiene como objetivo asegurar que las candidaturas y propuestas que se ofrezcan a la ciudadanía provengan de personas comprometidas con el irrestricto respeto de la dignidad de la persona, del principio democrático y del Estado de Derecho, en el marco de una cultura de tolerancia y paz. Sin embargo, ese objetivo, al establecer la prohibición de

198 Cfr. TUO del Código de Ejecución Penal, artículo 67.

199 TUO del Código de Ejecución Penal, artículo 68: “El tratamiento penitenciario tiene como objetivo **la reeducación**, rehabilitación y **reincorporación** del interno a la sociedad”. Énfasis añadido

participar en la vida política a una persona que ha sido rehabilitada, implica una vulneración al principio de presunción de inocencia y contraviene el derecho a la reincorporación del penado a la sociedad reconocido en el artículo 139 inciso 22 de la Constitución.

141. Efectivamente, la frase *—el impedimento resulta aplicable aun cuando hubieran sido rehabilitadas—* contraviene lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual, respecto a los derechos políticos:
 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, *o condena, por juez competente, en proceso penal* (cursiva agregada).
142. En ese sentido, para el caso de los destinatarios de las normas impugnadas, aun en el supuesto en el que la pena de inhabilitación fuese revocada por el órgano jurisdiccional luego de veinte años, según el artículo 69 del Código Penal y 59-B del Código de Ejecución Penal, lo cierto es que el ejercicio del derecho al sufragio pasivo no sería restituido. Lo cual viola lo establecido en el artículo 33.3 de la Constitución, según el cual, el ejercicio de la ciudadanía sólo se suspende por sentencia con expresa inhabilitación de los derechos políticos.
143. La rehabilitación en este caso no habría restituido realmente los derechos del sujeto que cumplió la pena, sino que, en contravención al principio de resocialización, se le estaría restringiendo de manera absoluta y permanente la posibilidad de participar en la vida política de la nación.
144. Atendiendo a las consideraciones expuestas, este Tribunal advierte que el extremo de las disposiciones cuestionadas *—el impedimento resulta aplicable aun cuando hubieran sido rehabilitadas—* vulnera el principio de resocialización (artículo 139.22) y proyecta de forma ilimitada el efecto de la sentencia, de modo contrario a lo que previene la CADH (artículo 23.2).
145. Se ha de tener presente que, para evitar que resurja la lacra del terrorismo en el país, todos los ciudadanos estamos obligados a poner en conocimiento de las autoridades el hecho de que una persona,

se encuentre rehabilitada o no, incurriese en el delito de apología de terrorismo o de algún otro relacionado con el terrorismo²⁰⁰. Sólo la vigilancia y la solidaridad ciudadana pueden impedir el resurgimiento del terror en nuestra sociedad.

146. Por otro lado, también es importante resaltar la responsabilidad de los partidos políticos, que son los que proponen a los candidatos para los cargos de representación popular. De acuerdo a la Ley 28094, los dos primeros fines de los partidos políticos son: a) Asegurar la vigencia y defensa del sistema democrático. b) Contribuir a preservar la paz, la libertad y la vigencia de los derechos humanos consagrados por la legislación peruana y los tratados internacionales a los que se adhiere el Estado²⁰¹. Asimismo, la norma establece, como causal de declaración de ilegalidad de un partido político, el que vulnere “sistemáticamente las libertades y los derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas o la exclusión o persecución de personas por cualquier razón, o legitimando la violencia como método para la consecución de objetivos políticos”²⁰¹.
147. Por tanto, la responsabilidad de que las personas que legitiman el ejercicio del terror contra el Estado Constitucional, por asumir una ideología totalitaria, no sean elegidos para cargos de gobierno compete a todos ciudadanos, que deben ejercer su derecho al voto conforme a los valores democráticos. Lo cual exige el estudio de los planes de gobierno de los partidos políticos y las hojas de vida de los candidatos.
148. Por tales consideraciones, este Tribunal estima que debe declararse fundada la demanda en el extremo relativo a los cuestionamientos formulados contra los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 30717, en los extremos que señalan que la restricción para participar en la vida política del país resulta aplicable “(...) *aun cuando hubieran sido rehabilitadas*”.

200 Ver fundamentos 16 a 22 supra. 2626 Artículo 2.

201 Artículo 14.1

§2.4. SOBRE LA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES 30323 Y 30819, A TRAVÉS DE LA LEY 30963

149. Los ciudadanos recurrentes alegan también que el artículo 2 de la Ley 30323, que modificó los artículos 75 y 77 del Código de Niños y Adolescentes, es inconstitucional, al ampliar de manera desproporcionada, inmotivada y discriminatoria las causales de suspensión y pérdida de la patria potestad, en perjuicio de los procesados y sentenciados por los delitos establecidos en el Decreto Ley 25475. Asimismo, los demandantes manifiestan que los vicios de inconstitucionalidad de dicha norma se mantuvieron en el artículo 2 de la Ley 30819.
150. Los demandantes sostienen que las normas impugnadas habrían vulnerado los artículos 1, 2, inciso 2; 2, inciso, 24, literal “a”; 2, inciso 24, literal “e” y 139, inciso 5 de la Constitución.
151. Sin embargo, las referidas normas fueron modificadas por la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30963, “Ley que modifica el Código Penal respecto a las sanciones del delito de explotación sexual en sus diversas modalidades y delitos conexos, para proteger con especial énfasis a las niñas, niños, adolescentes y mujeres”, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 18 de junio de 2019, que modificó los literales “h” y “d” de los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes, respectivamente.
152. Este Tribunal al admitir a trámite la demanda de autos en este extremo sostuvo que:
- (...) la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30963, “Ley que modifica el Código Penal respecto a las sanciones del delito de explotación sexual en sus diversas modalidades y delitos conexos, para proteger con especial énfasis a las niñas, niños, adolescentes y mujeres”, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 18 de junio de 2019 modificó los literales h y d de los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes, respectivamente, por lo que en la actualidad son tales disposiciones y no el artículo 2 de las Leyes 30323 y 30819, cuestionadas por los demandantes, las que se encuentran vigentes. Sin embargo, este Tribunal advierte que respecto a tales extremos de la demanda no se ha producido

la sustracción de la materia en tanto se mantienen en la nueva disposición la inclusión de los procesados y condenados por los delitos establecidos en el Decreto Ley 25475 dentro de las causales de suspensión y pérdida de la patria potestad, respectivamente. En consecuencia, este Tribunal Constitucional se pronunciará sobre la constitucionalidad de las normas vigentes por razón de la identidad con las impugnadas por los ciudadanos demandantes. (Fundamento 14).

153. Conforme a lo expresado en los considerandos que anteceden, corresponde analizar la constitucionalidad de la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30963, mediante la cual se modificó los artículos 75 y 77 del Código de Niños y Adolescentes, que establecen lo siguiente:

Artículo 75.- Suspensión de la Patria Potestad.-

La Patria Potestad se suspende en los siguientes casos:

(...)

“h) Por haberse abierto proceso penal al padre o a la madre (...) por cualquiera de los delitos establecidos en el Decreto Ley 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.

“Artículo 77.- Extinción o pérdida de la Patria Potestad.-

(...)

d) Por haber sido condenado por delito doloso (...) por cualquiera de los delitos establecidos en el Decreto Ley 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.

154. Los ciudadanos demandantes sostienen que no existe motivo razonable que justifique la suspensión y pérdida de la patria potestad para los procesados y condenados por los delitos contenidos en el Decreto Ley 25475, puesto que, a diferencia de los otros delitos previstos en los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes, los relacionados al terrorismo no se cometen en agravio o en perjuicio de los hijos del agente.

155. En esa línea, alegan que se ha desnaturalizado el espíritu normativo o motivación jurídica de la introducción de delitos en los que los agresores directos de los hijos o de sus familiares, son los propios padres.
156. En ese sentido, manifiestan que las disposiciones legales materia de análisis vulneran el principio de interés superior del niño, en razón de que el legislador, en clara contravención de sus obligaciones constitucionales, ha regulado las causales de suspensión y extinción de la patria potestad prescindiendo de su deber de preservar el entorno familiar y mantener la relación filial de cuidado, protección y seguridad entre el padre o la madre con el hijo o la hija. Con ello, a criterio de los demandantes, se quebrantaría lo dispuesto en los artículos 4, 6 y 7 de la Constitución.
157. Además, aducen que el extremo normativo cuya inconstitucionalidad se solicita, violenta el principio de presunción inocencia, porque afecta la unidad familiar de una persona y pone en riesgo la relación con sus hijos o hijas menores de edad a pesar de no contar con sentencia condenatoria firme.
158. Por último, alegan que las cuestionadas causales de suspensión y extinción de la patria potestad atentan contra el buen desarrollo de la personalidad del niño, niña y adolescente, al negarles crecer en un ambiente de afecto recibido de sus padres, así como contra el derecho a no ser desarraigados de su entorno social y educativo, lo que, además, vulnera su integridad psicológica.

2.4.1. EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE

159. El principio del interés superior del niño constituye –una de las bases sobre las que se sustenta el sistema de protección de la infancia, por lo tanto, debe operar en todos los casos donde se halle involucrado un menor y el Derecho ha de desarrollar todos los mecanismos para garantizar dicho interés de forma efectiva”²⁰².

202 Boccio, María (2017). *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 53.

160. El interés superior del niño se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú:

Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

161. Tiene reconocimiento explícito en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, Ley 27337, el cual indica:

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

162. Del mismo modo, el principio de interés superior del niño se encuentra regulado en la Ley 30466, mediante la cual se establecen parámetros para la consideración primordial del interés superior del niño. Así, en su artículo 2 establece:

Artículo 2. Interés superior del niño El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos.

163. El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas aprobó la “Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, la cual establece los siguientes criterios:

- a) Constituye uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos

los derechos del niño, y constituye un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto (párrafo 1).

b) En estricto, es un concepto triple:

- Un derecho sustantivo: cuando se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general, se podrá aplicar el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida. Este derecho es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.
- Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.
- Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho.

c) Esta observación general establece 3 tipos de obligaciones a los Estados parte de la Convención (párrafo 14):

- La obligación de garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todas las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños.
- La obligación de velar porque todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas

con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión.

- La obligación de garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas por el sector privado, incluidos los proveedores de servicios, o cualquier otra entidad o institución privadas que tomen decisiones que conciernen o afecten a un niño.

164. Por su parte, en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, el principio del interés superior del niño ha sido tomado en consideración como parámetro de evaluación incorporado en el bloque de constitucionalidad correspondiente a diversos casos (expedientes 00550-2008-PA/TC, 03744-2007-PHC/TC, entre otros).

165. Conforme a lo expresado en los considerandos que anteceden, el interés superior del niño constituye un principio de ineludible materialización para el Estado Constitucional, la sociedad en su conjunto y la propia familia, lo que incluye, claro está, al padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales y, por lo tanto, es el criterio que guiará la decisión de este Tribunal Constitucional para resolver este extremo de la controversia.

2.4.2. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y EL DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA

166. El derecho a la protección de la familia se deriva de lo dispuesto en el ya citado artículo 4 de la Constitución que resulta concordante con el artículo 23 del PIDCP en cuanto establece que la “familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad”, debiendo ser protegida de las posibles injerencias lesivas del Estado y la sociedad.

167. En ese sentido, este Tribunal ha determinado en la Sentencia 02744-2015-PA/TC, que la familia constituye el ámbito “(...) más idóneo para proporcionar a sus miembros, en especial a los niños, una adecuada satisfacción de sus necesidades materiales, afectivas

y psicológicas, debido a que esta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros” (fundamento 32).

168. En relación con lo señalado anteriormente, el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, se encuentra implícitamente reconocido tanto en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce que “el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”, como en su artículo 9.1 que establece que “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos”.
169. Asimismo, como lo ha establecido el Tribunal en la Sentencia 01817-2009- PHC/TC, “el niño tiene derecho a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños” (fundamento 15).

2.4.3 ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA CUARTA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA MODIFICATORIA DE LA LEY 30963 A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, UNIDAD FAMILIAR Y DEL DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA

170. La cuestionada Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30963, modificó el artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes, en el sentido siguiente:

Artículo 75.- Suspensión de la Patria Potestad.-

La Patria Potestad se suspende en los siguientes casos:

(...)

- “h) Por haberse abierto proceso penal al padre o a la madre por delito en agravio de sus hijos, o en perjuicio de los mismos o por cualquiera de los delitos previstos en los artículos 107, 108-B, 110, 121-B, 122, 122-B, 125, 148-A, 153, 153-A, 153-B, 153-D, 153-E, 153-F, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 176-A, 177, 179,

179-A, 180, 181, 181-A, 182-A, 183, 183-A y 183-B del Código Penal, o **por cualquiera de los delitos establecidos en el Decreto Ley 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.** (énfasis añadido).

171. Conforme a los alcances del precitado artículo, se advierte que este, en su literal h), regula tres supuestos que configuran normativamente la suspensión de la patria potestad en caso se haya instaurado un proceso penal contra el padre o la madre.

1. Cuando el delito que sustenta la apertura del proceso penal contra el actor ha sido presuntamente cometido:

1.1. En agravio de sus hijos.

1.2 En perjuicio de sus hijos.

2. Cuando el delito materia de investigación judicial se encuentra previsto:

En los artículos 107, 108-B, 110, 121-B, 122, 122-B, 125, 148-A, 153, 153-A, 153-B, 153-D, 153-E, 153-F, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 176-A, 177, 179, 179-A, 180, 181, 181-A, 182-A, 183, 183-A y 183-B del Código Penal. Es decir, se requiere la sola apertura del proceso por estos tipos penales, los cuales pueden ser clasificados en dos grupos:

- Aquellos que afectan o podrían afectar a los niños, niñas y adolescentes: infanticidio; exposición o abandono peligrosos; participación en pandillaje pernicioso; trata de personas; trata de personas agravada; promoción o favorecimiento de la explotación sexual; cliente de la explotación sexual; explotación sexual de niños, niñas y adolescentes; beneficio de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes; gestión de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes; violación sexual de menor de edad; violación sexual mediante engaño; tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores; cliente del adolescente; promoción y favorecimiento de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes; publicación

en los medios de comunicación sobre delitos de libertad sexual contra niñas, niños y adolescentes; exhibiciones y publicaciones obscenas; pornografía infantil; proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales.

- Aquellos que afectan o podrían afectar a los miembros del núcleo familiar: parricidio; feminicidio; lesiones graves por violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar; lesiones leves; agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar; explotación sexual; beneficio por explotación sexual; gestión de la explotación sexual; violación sexual; violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir; violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento; violación de persona bajo autoridad o vigilancia; tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento; favorecimiento a la prostitución; rufianismo; proxenetismo.

3. Cuando se trate de cualquiera de los delitos establecidos en el Decreto Ley 25475.

172. Por otra parte, la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30963, modificó también el artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes, en el sentido siguiente:

Artículo 77.- Extinción o pérdida de la Patria Potestad.-

(...)

- “d) Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos o por la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 107, 108-B, 110, 121-B, 122, 122-B, 125, 148-A, 153, 153-A, 153-B, 153-D, 153-E, 153-F, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 176-A, 177, 179, 179-A, 180, 181, 181-A, 182-A, 183, 183-A y 183-B del Código Penal, **o por cualquiera de los delitos establecidos en el Decreto Ley 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.** (énfasis añadido).

173. Sobre el particular, se aprecia que el literal d) del referido artículo regula también tres supuestos que configuran normativamente la extinción de la patria potestad en el caso de que un padre o una madre hayan sido condenados en el marco de un proceso penal.

1. Cuando el delito doloso haya sido cometido:

1.1. En agravio de sus hijos.

1.2. En perjuicio de sus hijos.

2. Cuando el delito materia de la condena impuesta contra el actor se encuentre previsto:

En los artículos 107, 108-B, 110, 121-B, 122, 122-B, 125, 148-A, 153, 153-A, 153-B, 153-D, 153-E, 153-F, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 176-A, 177, 179, 179-A, 180, 181, 181-A, 182-A, 183, 183-A y 183-B del Código Penal. Es decir, se requiere la sola apertura del proceso por estos tipos penales, los cuales pueden ser clasificados en dos grupos:

- Aquellos que afectan o podrían afectar a los niños, niñas y adolescentes: infanticidio; exposición o abandono peligrosos; participación en pandillaje pernicioso; explotación sexual de niños, niñas y adolescentes; beneficio de explotación sexual de niños; gestión de explotación sexual de niños, niñas y adolescentes; violación sexual de menor de edad; violación sexual mediante engaño; tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores; cliente del adolescente; promoción y favorecimiento de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes; publicación en los medios de comunicación sobre delitos de libertad sexual contra niñas, niños y adolescentes; pornografía infantil; proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales.
- Aquellos que afectan o podrían afectar a los miembros del núcleo familiar: parricidio; feminicidio; lesiones graves por violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar; lesiones leves; agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar; explotación sexual; beneficio por

explotación sexual; gestión de la explotación sexual; violación sexual; violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir; violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento; violación de persona bajo autoridad o vigilancia; tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento; favorecimiento a la prostitución; rufianismo; proxenetismo.

3. Cuando se trate de cualquiera de los delitos establecidos en el Decreto Ley 25475.

174. Como ha sido desarrollado *supra* respecto a los delitos relacionados con el terrorismo, la suspensión o extinción de la patria potestad se configura con la sola apertura del proceso o por la condena impuesta por cualquiera de los tipos penales previstos en el Decreto Ley 25475.

175. El proyecto de ley 03313-2013/CR, que dio origen a la Ley 30323, inicialmente planteaba la suspensión y la extinción de la Patria Potestad cuando el progenitor había cometido delito de feminicidio. En la exposición de motivos del citado proyecto de ley se indicó que dicho delito tiene como víctima colateral a los niños, niñas y adolescentes hijos del feminicida, que también pueden estar expuestos a peligro. Así, en aplicación del principio del Interés Superior del Niño es que se concluyó que el feminicidio también perjudica la integridad psicológica de la persona menor de edad, lo que determinó que se aplicara para este delito tanto la suspensión (mientras el presunto feminicida se encontraba procesado) como la extinción de la patria potestad (cuando existía una condena firme).

176. Sin embargo, ya en el debate del seno del Congreso, se consideró conveniente incorporar otros delitos que, como el feminicidio, eran graves y podrían generar un peligro para los hijos de los imputados. Así, se incorporó también a los delitos de trata de personas, explotación sexual, proxenetismo, pornografía infantil, terrorismo, entre otros²⁰³. Cabe señalar además que dicho proyecto en primera

203 Diario de los debates. Sesión del Pleno del Congreso del 9 de abril de 2015. Disponible en: <https://www.congreso.gob.pe/diariodebates/diariodebates/> (consultado el 12 de agosto de 2022).

votación obtuvo 77 votos a favor y fue exonerado de una segunda votación. Finalmente, fue promulgada como Ley 30323, Ley que restringe el ejercicio de la Patria Potestad por la Comisión de Delitos Graves, y publicada en el diario oficial “El Peruano”, el 7 de mayo de 2015.

177. De esta manera es que legislativamente se determinó la modificación de los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes, en las que se incorporó como causal para establecer la suspensión y la extinción de la patria potestad, respectivamente, la comisión de los delitos de terrorismo, previstos en el Decreto Ley 25475.
178. Al respecto, el Tribunal Constitucional considera que, a diferencia de aquellos casos en los que la suspensión o extinción de la patria potestad se justifica claramente porque la comisión de los delitos afecta directamente a las personas menores de edad, los delitos vinculados con el terrorismo en realidad constituyen un supuesto especial, en el que la integridad psicológica de los niños, niñas y adolescentes se ve vulnerada. Dicha situación, además, supedita además de manera negativa su proceso de crecimiento a futuro.
179. Esta posición se sustenta en los siguientes argumentos:

El artículo 19 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala lo siguiente:

Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.
180. En esa línea de razonamiento, como lo señala el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General 13, titulada “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, la definición de violencia contra niños no solo se debe restringir a aquellos actos físicos o psicológicos dirigidos directamente contra ellos. En

ese sentido, la citada observación establece como tipos de actos de violencia contra la niñez, los siguientes:

20. Descuido o trato negligente. Se entiende por descuido no atender las necesidades físicas y psicológicas del niño, no protegerlo del peligro y no proporcionarle servicios médicos, de inscripción del nacimiento y de otro tipo cuando las personas responsables de su atención tienen los medios, el conocimiento y el acceso a los servicios necesarios para ello. El concepto incluye:

- a) El descuido físico, que ocurre cuando no se protege al niño del daño²⁰⁴, entre otras cosas por no vigilarlo, o se desatienden a sus necesidades básicas, por ejemplo de alimentación, vivienda y vestido adecuados y de atención médica básica;
- b) El descuido psicológico o emocional que consiste, entre otras cosas, en la falta de apoyo emocional y de amor, la desatención crónica del niño, la “indisponibilidad psicológica” de los cuidadores que no tienen en cuenta las pistas y señales emitidas por los niños de corta edad y la exposición a la violencia y al uso indebido de drogas o de alcohol de la pareja sentimental;
- c) El descuido de la salud física o mental del niño, al no proporcionarle la atención médica necesaria;
- d) El descuido educativo, cuando se incumplen las leyes que obligan a los cuidadores a asegurar la educación de sus hijos mediante la asistencia escolar o de otro modo, y
- e) El abandono, práctica que suscita gran preocupación y que en algunas sociedades puede afectar desproporcionadamente a los niños nacidos fuera del matrimonio y a los niños con discapacidad, entre otros²⁰⁵.

204 Los Estados partes también están obligados a proporcionar asistencia a los cuidadores a fin de prevenir accidentes (art. 19 y art. 24, párr. 2 e)).

205 En muchos países los niños son abandonados porque sus padres y cuidadores viven en la pobreza y no tienen los medios para mantenerlos. Según la definición, el descuido es

21. **Violencia mental.** El concepto de violencia mental, comprendido en la expresión “perjuicio o abuso ... mental”, del artículo 19, párrafo 1 de la Convención, se describe a menudo como maltrato psicológico, abuso mental, agresión verbal y maltrato o descuido emocional, y puede consistir en:

- a) Toda forma de relación perjudicial persistente con el niño, como hacerle creer que no vale nada, que no es amado ni querido, que está en peligro o que solo sirve para satisfacer las necesidades de otros;
- b) Asustar al niño, aterrorizarlo y amenazarlo; explotarlo y corromperlo; desdeñarlo y rechazarlo; aislarlo, ignorarlo y discriminarlo;
- c) Desatender sus necesidades afectivas, su salud mental y sus necesidades médicas y educativas;
- d) Insultarlo, injuriarlo, humillarlo, menospreciarlo, ridiculizarlo y herir sus sentimientos;
- e) Exponerlo a la violencia doméstica;
- f) Someterlo a un régimen de incomunicación o aislamiento o a condiciones de detención humillantes o degradantes, y
- g) Someterlo a la intimidación y las novatadas de adultos o de otros niños, en particular por medio de tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC) como los teléfonos móviles o Internet (la práctica llamada “acoso cibernético”).

Ante ello, la citada observación general establece la obligación de los Estados parte de

(...) Examinar y modificar su legislación nacional para ajustarla al artículo 19 y asegurar su aplicación en el marco integrado de la Convención, formulando una amplia

falta de atención cuando los padres cuentan con los medios para satisfacer las necesidades de sus hijos. El Comité ha instado con frecuencia a los Estados partes a que proporcionen “la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño” (artículo 18, párrafo 2, de la Convención).

política en materia de derechos del niño y estableciendo la prohibición absoluta de toda forma de violencia contra los niños en todos los contextos, así como sanciones efectivas y apropiadas contra los culpables²⁰⁶.

181. No cabe duda de que todos los delitos previstos en el Decreto Ley 25475 constituyen una forma de violencia contra los niños, niñas y adolescentes en general, con independencia de si las agravantes de algunos de ellos sancionan la utilización de menores de edad para su comisión. Pues no cabe duda de que se trata de una población vulnerable frente al accionar terrorista.
182. En ese sentido, Unicef, en el contexto de los atentados terroristas perpetrados en Madrid el 11 de marzo de 2004, emitió un comunicado en el que evidencia el impacto que tiene el terrorismo en el desarrollo de la niñez²⁰⁷:

Niños, niñas y jóvenes han sido víctimas directas o indirectas de estos terribles actos de violencia

La cadena de atentados, que tuvieron lugar en Madrid el pasado 11 de marzo, ha sembrado de dolor todo el país. Todo acto terrorista es repugnante en sí, pero un crimen de estas dimensiones, tres días antes de las elecciones generales, es especialmente odioso, porque atenta contra la vida de las personas, pero también contra la democracia, la tolerancia y la convivencia pacífica de todos y todas. En UNICEF estamos de luto y compartimos el dolor de los heridos y de los familiares de las víctimas.

A pesar de que los niños y niñas tienen derecho a crecer en un entorno que garantice su protección, la violencia es un elemento omnipresente en todas las sociedades. Violencia que, no sólo puede provocarles lesiones físicas, sino que puede tener consecuencias graves para su desarrollo psicológico.

El rechazo a la violencia de cualquier signo es parte de nuestra elección como ciudadanos. Combatirla, sin ira pero con

206 Párrafo 41 inciso d.

207 Disponible en: <https://www.unicef.es/noticia/contra-el-terrorismo-por-la-democracia-y-los-derechos-de-la-infancia> (consultado el 13 de agosto de 2022).

perseverancia, es nuestro deber como ciudadanos, porque es defender nuestro futuro. Desde UNICEF trabajamos para crear un mundo más justo y solidario, donde la violencia, cualquiera que sea su naturaleza, no tenga cabida.

La educación, y en concreto la educación para la ciudadanía, es un instrumento poderoso, quizás el más poderoso, para luchar por la convivencia pacífica, la tolerancia y la libertad. Las multitudinarias manifestaciones en contra del terrorismo que se celebraron ayer en toda España y en las que participaron, de entre los millones de ciudadanos, miles de niños, niñas y jóvenes, es una muestra de la conciencia ciudadana de estos niños y jóvenes y su interés por participar en la construcción de una sociedad más justa.

183. La niñez como población vulnerable frente a la violencia terrorista también ha sido identificada en la Política Nacional Multisectorial de Lucha Contra el Terrorismo 2019 – 2023 (aprobado por Decreto Supremo 023-2019-IN). En efecto, dicha política pública claramente señala que “las víctimas de las acciones terroristas indirectas son potencialmente los peruanos y peruanas, entre ellos niños, niñas y adolescentes, en edad escolar y en proceso de formación profesional (...)”²⁰⁸.
184. Es por ello que el Estado ha asumido desde diversos frentes, mecanismos que garantizan los derechos fundamentales de la ciudadanía frente a un fenómeno tan nocivo y abyecto como el terrorismo, que pretende socavar las bases del Estado Democrático de Derecho a partir del terror y zozobra en la población, tal como lo ha evidenciado la historia de nuestro país y que identifica a la niñez y adolescencia como un sector vulnerable frente al fenómeno terrorista.
185. Estas acciones no se restringen al ámbito penal y pretenden garantizar los derechos fundamentales de la ciudadanía y, en especial, de la población vulnerable. En el caso concreto de la niñez y la adolescencia, lo que se pretende es que puedan vivir una vida libre

208 Página 33. Disponible en <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1413098/DWP%20-%20POLITICA%20DE%20LUCHA%20CONTRA%20EL%20TERRORISMO.pdf> (consultado el 12 de agosto de 2022).

de violencia, permitiendo su desarrollo pleno y armónico en la sociedad en el contexto de una cultura de paz. Especialmente en el contexto extremo en que el agresor sea el propio progenitor de la propia persona menor de edad.

186. De otro lado, este Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el derecho del niño a tener una familia como un derecho constitucional implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar consagrados en los artículos 1º y 2º, inciso 1) de la Constitución. Se trata de un derecho reconocido implícitamente en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual “el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”, así como en su artículo 9.1, que establece que “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos”, derecho reconocido también expresa en el artículo 8º del Código de los Niños y Adolescentes, que señala que “el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia”²⁰⁹.

187. Sin embargo, el Tribunal Constitucional también ha señalado lo siguiente:

Hechas estas precisiones sobre el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, este Tribunal estima oportuno enfatizar que si bien este derecho garantiza que los niños deban permanecer bajo la custodia de sus padres, por ser lo que más se ajusta a su interés superior, existen situaciones en las cuales la separación de los niños de sus padres se convierte en una necesaria excepción a la regla general.

Así, en el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño se dispone que el niño, con garantía del debido proceso, podrá ser separado de sus padres contra su voluntad cuando ello sea necesario para tutelar el interés superior de aquél, en los casos en que, por ejemplo, el niño sea objeto de maltrato o

209 STC 02892-2010-PHC/TC, fundamento 5.

descuido por parte de sus padres o cuando estos vivan separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Por tanto, cualquier decisión relativa a la separación del niño de sus padres o de su familia debe ser excepcional y estar justificada por el interés superior del niño, y preferentemente será temporal, a fin de que el niño sea devuelto a sus padres tan pronto lo permitan las circunstancias.²¹⁰

188. En otros términos, como lo destaca la Corte Interamericana de Derechos Humanos “(...) el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal”²¹¹.

189. Como ha quedado claro a partir de la jurisprudencia citada, el derecho a vivir en una familia exige necesariamente que la persona menor de edad se desenvuelva plenamente en el seno de su familia. Sin embargo, existe una salvedad: cuando la permanencia pueda ser contraria al principio del Interés Superior del Niño, en tanto la propia situación de la familia configura un peligro potencial para sus derechos fundamentales. A criterio del Tribunal Constitucional, el hecho que los progenitores se encuentren investigados y sean posteriormente sentenciados por la comisión de delitos de terrorismo, constituye suficiente justificación para que pueda operar la suspensión y/o extinción de la patria potestad.

190. Y es que el terrorismo no solo es un acto ilícito de intensa gravedad para la sociedad, no solo por la pérdida de vidas humanas, daños al patrimonio, el estado de zozobra y, en general, por la negación de los principios, derechos y valores que sustentan al Estado de Derecho que todo ello supone. Sino que, de manera indirecta y aunque no haya sido directamente visibilizado, también supone un acto de

210 Sentencia recaída en el Exp. N.º 1817-2009-HC, fundamento 16.

211 Párrafo 77. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Párrafo 77.

violencia psicológica contra las personas menores de edad que forman parte del entorno familiar del agresor, que puede comprometer severamente su desarrollo psicológico, como mínimo.

191. Finalmente, este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente 00021-2012- PI/TC y otros ha declarado constitucional, entre otros aspectos, la sanción de destitución a aquellos docentes que han sido condenados por delitos de terrorismo, lo que se respalda en lo siguiente:

208. Con relación al supuesto (a), este Tribunal estima que la aplicación del artículo 49.c de la Ley 29944 no vulnera el principio constitucional de resocialización, que está referido a la obligación del Estado de realizar determinadas acciones para lograr la finalidad resocializadora del penado. En efecto, la destitución de un profesional de la educación por haber sido condenado por el delito de apología al terrorismo, terrorismo y sus formas agravadas no afecta ni menoscaba, de forma alguna, la capacidad del Estado de adoptar, por ejemplo, a través del régimen penitenciario, las medidas tendientes a reeducado, rehabilitarlo y reincorporarlo a la sociedad.

209. Por el contrario, a criterio de este Tribunal, separar al docente de la carrera magisterial por haber incurrido en un delito común de especial gravedad materializado en el uso de la violencia contra los derechos de las personas y contra el mismo Estado, resulta congruente con la finalidad de la educación (el desarrollo integral de la persona humana, la promoción del conocimiento y el aprendizaje, la preparación para la vida y el trabajo y el fomento de la solidaridad, la formación ética y cívica, y la enseñanza de la Constitución y los derechos humanos).

210. Resultaría paradójico que la educación sea impartida o transmitida precisamente por quienes han trasgredido o vulnerado los derechos, bienes o valores constitucionales que dan fundamento a la persona y al Estado, pues es claro que los delitos de terrorismo y sus modalidades transgreden bienes jurídicos de gran importancia y resultan particularmente nocivos para la vigencia del Estado Constitucional; de ahí su reproche, mientras que el delito de apología al terrorismo, lejos de dar a conocer meras posiciones políticas o corrientes

determinadas de opinión, contribuye a acentuar las consecuencias del terrorismo y legitimar su acción delictiva y la estrategia de sus grupos armados, tal como, en su debida oportunidad, precisó el Tribunal Constitucional en los fundamentos 85 y 86 de la STC 0010-2002-A1/TC [énfasis agregado].

192. A juicio de este Tribunal, los argumentos expuestos pueden ser trasladados razonablemente y bajo ciertos alcances al caso de autos. Y es que, resulta paradójico que una persona menor de edad pueda encontrarse bajo la patria potestad de quien ha violentado el Estado de Derecho con una actuación dolosa, vulnerando además bienes jurídicos de gran relevancia como la vida y el patrimonio, así como de todos aquellos que promueven dichos actos violentos o las legitiman en sus discursos.
193. Así, en aplicación entonces del principio del Interés Superior del Niño es que se justifica la separación de la persona menor de edad pueda del seno de un círculo familiar vinculado con el accionar terrorista, para que pueda ver garantizados sus derechos fundamentales y ser educado conforme a los valores democráticos, propios del estado de derecho.
194. Sin embargo, dada que la separación del niño del seno de su familia biológica solo puede constituir una medida extrema, este Tribunal Constitucional considera necesario realizar la siguiente distinción:
 - a) Dicha medida solo puede operar en el caso de personas condenadas por los delitos de terrorismo, previstos en el Decreto Ley 25475. En este supuesto, este Tribunal Constitucional considera que la persona “condenada” deberá ser interpretada conforme lo dispuesto en el artículo 34-A de la Constitución, esto es, la condena emitida en primer grado o instancia.
 - b) Mientras que, en los supuestos de las personas que todavía vienen siendo procesadas rige plenamente el derecho a la presunción de inocencia. En ese escenario, establecer una medida de suspensión de la Patria Potestad respecto de las personas procesadas por delito de terrorismo resulta inconstitucional y vulnera el derecho a la presunción de inocencia, así como el derecho del niño a vivir en una familia y a no ser separado de ella.

195. En atención a lo expuesto, este Tribunal Constitucional considera que se debe declarar la inconstitucionalidad del artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por la Ley 30963, en el extremo referido al inciso h), que determina la suspensión de la Patria Potestad por haberse abierto proceso penal al padre o a la madre *—(...) por cualquiera de los delitos establecidos en el Decreto Ley 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.*”

§2.5. SOBRE LOS PRESUNTOS VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 30794

196. Corresponde analizar la constitucionalidad del artículo 1, incisos 1 y 2, de la Ley 30794, “Ley que establece como requisito para prestar servicios en el sector público, no tener condena por terrorismo, apología del delito de terrorismo y otros delitos”, que establece:

“Artículo 1. Requisito para ingresar o reingresar a laborar en el sector público Establécese como requisito para ingresar o reingresar a prestar servicios en el sector público, que el trabajador no haya sido condenado con sentencia firme, por cualquiera de los siguientes delitos:

1. Delitos previstos en los artículos 2, 4, 4-A, 5, 6, 6-A, 6-B, 8, y 9 del Decreto Ley 25475, que establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.
2. Apología del delito de terrorismo, tipificado en el artículo 316-A del Código Penal”.

197. El argumento de los demandantes se extiende también al segundo párrafo del artículo 1 de la referida ley, por cuanto refieren que de acuerdo con los alcances de este, prohíbe que los ciudadanos que fueron sentenciados por delitos de terrorismo ejerzan su derecho de acceder a un puesto de trabajo en el sector público, a pesar de haber sido rehabilitados.

198. En resumidas cuentas, este Tribunal analizará dos aspectos: la prohibición de ingresar o reingresar a prestar servicios en el sector

público a aquellas personas condenadas con sentencia firme por delitos relacionados con el terrorismo o la apología del terrorismo; y la prohibición de prestar servicios para aquellas personas que hubiesen alcanzado la rehabilitación.

2.5.1. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO

199. Los recurrentes manifiestan que los incisos 1 y 2 del artículo 1 de la Ley 30794 vulneran el derecho al trabajo, toda vez que han implementado un mecanismo de persecución política contra las personas que fueron condenadas por delitos de terrorismo y de apología al terrorismo, que tiene como finalidad impedir que el excarcelado ejerza su derecho de acceder, a través del trabajo, a condiciones materiales que le permitan realizarse como persona.

200. Con relación a los cuestionamientos a la Ley 30794, en este extremo, corresponde señalar que los elementos que deben concurrir para que se configure el impedimento para ingresar o reingresar a laborar en el sector público, son los siguientes:

1. Que el trabajador no haya sido condenado por alguno de los ilícitos penales señalados a continuación:
 - Los delitos previstos y sancionados en el Decreto Ley 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio: terrorismo, colaboración con el terrorismo, financiamiento del terrorismo, afiliación a organizaciones terroristas, instigación, reclutamiento de personas, conspiración para el delito de terrorismo y obstaculización de acción de la justicia.
 - El delito de apología al terrorismo, tipificado en el artículo 316-A del Código Penal.
2. La sentencia condenatoria tenga la calidad de firme, que se adquiere cuando:
 - Se hayan agotado todos los recursos que prevé la normativa procesal penal para impugnarla, en razón al tipo de proceso que se haya seguido en contra del condenado.

- Habiendo transcurrido el plazo impugnatorio, no se haya interpuesto el recurso correspondiente.

201. Asimismo, resulta necesario indicar que el impedimento se extiende a todos los regímenes de prestación de servicios, conforme lo contempla la Ley 30794, en su artículo 2:

La presente ley alcanza a todas las entidades de la administración pública, bajo cualquier régimen de prestación de servicios personales, sean o no de carácter laboral.

202. Ahora bien, como puede advertirse, la norma en cuestión constituye una limitación al derecho al trabajo, en su manifestación del derecho a la libertad de trabajo, pues impide que las personas que hayan sido condenadas con sentencia firme por delitos relacionados al terrorismo presten servicios en la administración pública.

203. En esa línea, el impedimento se extiende a cualquier régimen de prestación de servicios, sea de carácter laboral o no, en todas las entidades que integran la estructura de la administración pública, como son el Poder Ejecutivo, incluyendo ministerios y organismos públicos; el Poder Legislativo, el Poder Judicial, los gobiernos regionales y gobiernos locales, organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía, así como las demás entidades, organismos, proyectos especiales, y programas estatales, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen, y las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejerzan función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

204. De otra parte, debe tomarse en cuenta que si bien la libertad de trabajo es un derecho constitucional, que “se formula como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar” (Sentencia 00008-2003-PI/TC, fundamento 26), su reconocimiento y respeto no impide que pueda ser limitado por ley. Sobre ello, cabe recordar que el Tribunal ha establecido, en la Sentencia 00020-2014-PI/TC, que no toda limitación debe ser considerada como una vulneración a la

libertad de trabajo, sino tan solo aquellas limitaciones irrazonables o desproporcionadas (fundamento 34).

205. En atención a lo previamente expuesto, este Tribunal considera que si bien la disposición legal materia de análisis limita el derecho a la libertad de trabajo, la norma cuestionada persigue un fin constitucionalmente legítimo, que consiste en prohibir que las personas que atentaron contra el Estado democrático y los principios y valores que lo fundamentan, accedan a un cargo en el sector público.
206. Asimismo, no es desproporcionada puesto que deja a salvo el derecho de las personas que han sido condenadas por delitos relacionados con el terrorismo para que puedan desarrollarse en el sector privado y alcancen su realización personal y satisfacción espiritual, aunadas al rendimiento económico que dichas actividades pudieran generar.
207. En consecuencia, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

2.5.2. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN

208. A continuación, se analizará el extremo de la demanda relacionado con el segundo párrafo del artículo 1 de la ley impugnada, en cuanto establece que:

La rehabilitación, luego de cumplida una sentencia condenatoria, no habilita para prestar servicios personales en el sector público.

209. Como podrá apreciarse, dicha disposición extiende el impedimento para prestar servicios en el sector público a aquellos ciudadanos que hayan conseguido su rehabilitación, lo cual sucede, como ya se ha señalado, cuando el sentenciado ha cumplido tanto con la pena que le fue impuesta como con el pago íntegro de la reparación civil.
210. Los demandantes sostienen que este aspecto de la Ley 30794 contraviene el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución, esto es, el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

211. Conforme se ha desarrollado *supra*, el principio de resocialización, que tiene como fin la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, garantiza que en la ejecución de la condena el penado desarrolle una serie de actuaciones que permitan asegurar su aptitud para desenvolverse en libertad y reinsertarse en la vida comunitaria, en las mismas condiciones y con los mismos derechos que los demás ciudadanos.
212. Ahora, es preciso recordar, conforme ha sido precisado *supra*, que la rehabilitación, que se presenta como finalidad de la resocialización, constituye un cambio en el estatus jurídico de la persona que obtiene su libertad, quien recupera sus derechos en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos.
213. De la lectura de la disposición legal impugnada y de la norma penal que regula la rehabilitación, se aprecia que el condenado por alguno de los delitos relacionados con el terrorismo –previamente indicados– tiene limitado su derecho de acceso a la función pública pese a haber adquirido la condición de rehabilitado.
214. En atención a ello, este Tribunal advierte que los efectos de la norma impugnada entran en conflicto con las consecuencias jurídicas que genera la rehabilitación, porque, a pesar de que el ciudadano que obtuvo su libertad haya cambiado su estatus jurídico y consecuentemente recuperado sus derechos, la disposición cuestionada no permite que este pueda ingresar o reingresar a prestar servicios en el sector público.
215. En esa línea, este Tribunal considera que la norma materia de análisis, que impide que un grupo determinado de personas preste servicios en la administración pública, vulnera el principio de resocialización, porque mantiene la suspensión del derecho de acceso a la función pública del ciudadano que, tras su rehabilitación, debió recuperar todos sus derechos en las mismas condiciones que los demás.
216. Se deriva de esto que los destinatarios de la norma cuestionada, sobre los cuales haya operado la rehabilitación, no habrían sido efectivamente rehabilitados, pues no se les habría restituido realmente todos sus derechos, sino que, en contravención con el principio de

resocialización, se les estaría restringiendo de manera absoluta y permanente su derecho de acceso a la función pública.

217. Por las razones expuestas, este Tribunal considera que el extremo de la disposición cuestionada “*La rehabilitación, luego de cumplida una sentencia condenatoria, no habilita para prestar servicios personales en el sector público*” vulnera el principio de resocialización y constituye una limitación del derecho de acceso a la función pública (artículo 139.22).

218. En la línea de lo planteado, este extremo guarda relación con uno de los alcances de los derechos políticos consagrados en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual es, el tener acceso a la funciones públicas del país; lo cual resulta aplicable, claro está, para los casos de las personas sobre las que haya operado la rehabilitación, por lo que el no permitirles el acceso a la función pública genera un impedimento que no es acorde con la necesidad de brindar condiciones para ejercer su derecho efectivamente. En ese aspecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido:

86. Del mismo modo, esta Corte ha indicado que el derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de funciones públicas. Por lo tanto, **es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, [...]**.

85. El artículo 23.1.c) de la Convención Americana establece el derecho a acceder a funciones públicas en condiciones generales de igualdad.

[Corte IDH. Caso Pavez Pavez Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022]

219. En consecuencia, debe declararse fundada la demanda en el extremo relativo a los cuestionamientos a la disposición “*la rehabilitación, luego de cumplida una sentencia condenatoria, no habilita para prestar servicios personales en el sector público*”, incluida en la norma objeto de control revisada *supra*.

220. Atendiendo a que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado declarando la inconstitucionalidad de la disposición cuestionada, carece de objeto analizar el resto de los fundamentos de la impugnación.

§2.6. SOBRE LA PRESUNTA INCONSTITUCIONALIDAD DEL PENÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 98 DE LA LEY 30220

221. Los demandantes afirman que el penúltimo párrafo del artículo 98 de la Ley 30220, al impedir que los condenados por el delito de terrorismo o apología del terrorismo, en cualquiera de sus modalidades, puedan postular a la universidad pública, impide la posibilidad de que se desarrollen como personas y atenta contra su bienestar, y contra la posibilidad a que accedan a la cultura, a conocimientos superiores, científicos y técnicos, a la creación artística e intelectual y a una formación que los prepare para la vida y el trabajo profesional.

222. Por ello, los demandantes indican que dicha disposición vulnera los artículos 2.1., 2.2., 2.8, 13, 14, 103, 139.2, 139.10 y 139.22 de la Constitución. En vista de ello, consideran que la norma impugnada es contraria a la dignidad humana.

223. En concreto, la disposición impugnada establece que:

Las personas que hayan sido condenadas por el delito de terrorismo o apología al terrorismo en cualquiera de sus modalidades están impedidas de postular en el proceso de admisión a las universidades públicas.

224. De lo anterior se desprende que la norma, cuya consecuencia jurídica es el impedimento de postular en el proceso de admisión a las universidades públicas, tiene como destinatarios a:

- i) Personas que hayan sido condenadas;
- ii) por delito de terrorismo; o
- iii) apología al terrorismo
- iv) en cualquiera de sus modalidades.

225. A mayor abundamiento, los demandantes sostienen que dicha disposición vulnera los derechos a la integridad psíquica, a no ser discriminado, a la libertad de creación artística, intelectual y científica, y al acceso a la cultura, así como los derechos a la educación y a la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, así como los principios de no ser penado sin proceso judicial y de resocialización.
226. Alegan, en suma, que dicha disposición excluye a los condenados por el delito de terrorismo o apología de terrorismo del ejercicio de los derechos antes mencionados, con lo que se impide su libre desarrollo como personas y que puedan ser plenamente reincorporados a la sociedad.

2.6.1. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTEGRIDAD PSÍQUICA

227. En primer lugar, los demandantes sostienen que la disposición cuestionada vulnera el artículo 2.1 de la Constitución. Dicho artículo establece que toda persona tiene derecho:

A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su desarrollo y bienestar (...).

228. Aducen en concreto que se habría vulnerado el derecho a la integridad psíquica, al libre desarrollo y bienestar.
229. Así pues, el derecho a la integridad psíquica, como integrante del derecho a la integridad personal, se encuentra relacionado directamente con la dignidad humana y el derecho a la salud. Sin embargo, como puede apreciarse del contenido normativo de la disposición impugnada, esta no tiene como objeto ni finalidad menoscabar los componentes psíquicos de la personalidad, ni impedir el pleno desarrollo de la persona.
230. Siendo ello así, este Tribunal no advierte una incidencia directa y concreta de los alcances de la disposición impugnada en el contenido del derecho fundamental a la integridad psíquica. Por tales consideraciones, corresponde desestimar la demanda en el presente extremo.

2.6.2. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL LIBRE DESARROLLO Y BIENESTAR, A NO SER DISCRIMINADO Y A LA EDUCACIÓN Y DEL ARTÍCULO 103 DE LA CONSTITUCIÓN

231. En segundo lugar, respecto a la presunta vulneración del derecho al libre desarrollo y a su bienestar, este Tribunal advierte que los demandantes alegan que este derecho habría sido conculcado porque impediría que los condenados por delitos de terrorismo o apología del terrorismo, en cualquiera de sus modalidades, puedan tener la posibilidad de acceder a estudios superiores en universidades públicas, lo que a su criterio constituye una privación del ejercicio de este derecho.
232. Con relación a ello, este Tribunal estima pertinente recordar que en diversas ocasiones se ha pronunciado en torno al contenido y alcances del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así pues, en la Sentencia 02868-2004-PA/TC, entre otras, se ha precisado que este derecho no hace mención expresa al ámbito concreto que el ser humano tiene derecho a desarrollar, lo que permite advertir que este derecho alude a la personalidad del individuo, en su integridad²¹².
233. Así, este derecho, de acuerdo con la sentencia antes referida, garantiza que cada persona, por su calidad de digna, cuente con “parcelas de libertad natural” en diversos ámbitos de su vida, que se encuentran sustraídos de la intervención estatal y de terceros, que no sean indispensables para garantizar, siempre bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, el sistema de valores protegido por la Constitución. Se trata, en suma, de una libertad general de actuación que la Constitución garantiza a toda persona, que integra una comunidad de seres libres (fundamento 22).
234. En este caso, se advierte que, efectivamente, la disposición en cuestión no impide que los destinatarios de la norma, luego de encontrarse rehabilitados, ejerzan, con base en su autonomía moral, la libertad general de elegir cómo desarrollar sus vidas, qué decisiones emprender o qué guías de conducta asumir.

212 Fundamento 14

235. Sin embargo, este Tribunal considera que la norma objeto de control sí contiene una limitación en la esfera de las decisiones personales en materia educativa para sus destinatarios.
236. Para comenzar, debe tenerse presente que el derecho a la educación es un derecho fundamental indispensable para la plena realización de otros derechos fundamentales, por cuanto permite al ciudadano participar plenamente en la vida social y política en sus comunidades (Sentencia 00091-2005-PA/TC, fundamento 6). Este derecho, a su vez, como se ha reiterado en diversas ocasiones, tiene un carácter binario, ya que no solo se constituye como un derecho fundamental, sino que se trata también de un servicio público.
237. En el presente caso, los demandantes han alegado que la disposición controlada ha vulnerado, entre otros, los artículos 13 y 14 de la Constitución. Al respecto, debe recordarse que el artículo 13 de la Constitución establece que la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana, y su artículo 14 estipula que la educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Así pues, la educación, por mandato constitucional, prepara para la vida y el trabajo, y fomenta la solidaridad.
238. La educación, como proceso fundamental en la vida de toda persona, tiene una enorme relevancia, según lo indicado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación general 13, sobre el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC).
239. Según dicha observación, a tenor del artículo 13, el proceso educativo debe respetar las siguientes características imprescindibles:
- a. Disponibilidad. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, en el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza,

etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.

- b. **Accesibilidad.** Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente:

No discriminación. La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos no vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos (véanse los párrafos 31 a 37 sobre la no discriminación);

Accesibilidad material. La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia);

Accesibilidad económica. La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior: mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Parte que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita.

- c. **Aceptabilidad.** La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres; este punto está supeditado a los objetivos de la educación mencionados en el párrafo 1 del artículo 13 y a las normas mínimas que el Estado apruebe en materia de enseñanza (véanse los párrafos 3 y 4 del artículo 13).
- d. **Adaptabilidad.** La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados (Observación General 13, párr. 6).

240. Ahora bien, en relación con la presente controversia, debe recordarse, según lo indicado previamente, que uno de los aspectos básicos, protegidos por el derecho a la educación, es el de accesibilidad, según el cual, las instituciones educativas deben ser accesibles a todos, sin discriminación, dentro del ámbito correspondiente a cada Estado.

241. Asimismo, la accesibilidad involucra tres dimensiones, entre las que se encuentra la de no discriminación. Según dicha dimensión, todos deben acceder a la educación, especialmente los grupos vulnerables, de hecho y derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos tanto en el derecho interno como en el derecho internacional de los derechos humanos²¹³.

242. En ese sentido, la proscripción de la discriminación en el PIDESC, según dicha observación general, a su vez, debe ser comprendida en concordancia con un conjunto de tratados internacionales en materia de derechos humanos, entre las que se encuentran la Convención de la Unesco relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza. En el artículo 1 de dicha Convención, la discriminación ha sido concebida como:

(...) toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza.

243. Asimismo, dichos mandatos específicos en materia de prohibición de la discriminación en el ámbito de la enseñanza, que forman parte del bloque de constitucionalidad, en un sentido positivo²¹⁴ e interpretativo²¹⁵, son concordantes con las disposiciones de la Constitución Política del Perú de 1993, relativas a la prohibición de discriminación que se proyectan en el ámbito educativo.

213 Cfr. Observación General 13, párrafo 6.

214 Cfr. Constitución, artículo 55.

215 Cfr. Cuarta Disposición Final y Transitoria de aquella y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

244. Tales disposiciones, sin ánimo de exhaustividad, son el artículo 2.2 y el artículo 103, según los cuales:

Artículo 2: Toda persona tiene derecho:

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Artículo 103:

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas (...).

245. Por un lado, debe tenerse presente que la proscripción de la discriminación es un principio específico que se desprende del mandato de igualdad, principio basilar del Estado constitucional.

246. Este Tribunal, en diversas oportunidades, se ha pronunciado sobre el contenido y alcances de la igualdad, como principio constitucional y como derecho fundamental, así como sobre el mandato de no discriminación.

247. Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal de la norma establecida en el artículo 2.2 de la Constitución, se trata de un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino de que sean tratadas de igual modo a quienes se encuentran en una misma condición²¹⁶. No supone, en consecuencia, el tratamiento idéntico de todos los casos.

248. Por otra parte, debe resaltarse que el derecho a la igualdad tiene dos dimensiones: la igualdad *en la ley* y la igualdad *en la aplicación* de la ley. La primera manifestación constituye un límite para el legislador, por la cual está impedido de establecer distinciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. Es decir, el principio de igualdad exige al legislador que las situaciones jurídicas que vaya a determinar deban garantizar un trato igual y sin discriminaciones.

216 Cfr. Sentencia 00048-2004-PI/TC, fundamento 59.

249. Por su parte, la segunda se configura como límite del actuar de los órganos jurisdiccionales o administrativos, y exige que estos, al momento de aplicar las normas jurídicas, no atribuyan distintas consecuencias jurídicas a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales²¹⁷.
250. Asimismo, debe tenerse presente, en relación con la proscripción de discriminación establecida en el artículo 103 de la Constitución, que dicho mandato está estrechamente relacionado con las exigencias que debe respetar el legislador al momento de expedir leyes, a fin de no establecer regulaciones que consagren la discriminación, por los motivos prohibidos expresamente en la Constitución o de cualquier otra índole.
251. De allí que el artículo 103 de la Constitución precise que el legislador se encuentra prohibido de crear o constituir situaciones discriminatorias a través de la ley. Sin embargo, ello no significa que las exigencias dimanantes del principio-derecho de igualdad se agoten únicamente en dicho mandato.
252. Por el contrario, como ha sostenido este Tribunal, dicho principio “en modo alguno puede ser interpretado de forma que se limite el derecho y el deber del Estado de, mediante acciones positivas” o “de discriminación inversa”, ser promotor de la ‘igualdad sustancial entre los individuos’²¹⁸.
253. Los ciudadanos demandantes, en el caso de autos, alegan que la disposición sometida a control impide a sus destinatarios postular a las universidades públicas y, de esta manera, acceder a la educación universitaria.
254. Ahora bien, de la disposición cuestionada pueden surgir diversas interpretaciones respecto del alcance del impedimento en cuestión. En ese sentido, se configuran, aparentemente, tres posibles alternativas en cuanto a quiénes serían los destinatarios de la disposición cuestionada:

217 Cfr. Sentencia 00004-2006-PI/TC, fundamentos 123 y 124.

218 Cfr. Sentencia 00001-2003-AL/TC, fundamento 12.

- i) las personas condenadas por delitos de terrorismo y apología del terrorismo, privadas de libertad, que se encuentran cumpliendo las penas impuestas;
- ii) las personas condenadas por delitos de terrorismo y apología del terrorismo que se encuentran libres pero que aún no han cumplido plenamente con lo dispuesto en sus sentencias; y,
- iii) las personas que en el pasado fueron condenadas por delitos de terrorismo y apología del terrorismo que han logrado su rehabilitación.

255. El primer supuesto de dicha disposición conduce a sostener que el impedimento aplica a aquellos condenados por los delitos de terrorismo y apología del terrorismo que se encuentran privados de su libertad. Lo que, en estricto, no ha sido cuestionado por los demandantes.

256. Al respecto, la persona privada de su libertad ejercerá este derecho de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente. En tal sentido, el artículo 69 del Código de Ejecución Penal establece que en “cada establecimiento penitenciario se promueve la educación del interno para su formación profesional o capacitación ocupacional. Los programas que se ejecutan están sujetos a la legislación vigente en materia de educación”.

257. En el presente caso, este Tribunal advierte que, en virtud del principio de reeducación, se debe garantizar a las personas privadas de libertad que, de conformidad con el ordenamiento jurídico-constitucional, puedan ejercer el derecho fundamental a la educación en sus distintos niveles y modalidades, lo cual incluye la educación universitaria, con los ajustes que resulten razonables, por tratarse de personas recluidas en establecimientos penitenciarios.

258. El segundo supuesto mencionado *supra* implica considerar que el impedimento en cuestión también se dirige hacia aquellos condenados por delitos de terrorismo o apología del terrorismo, que, a pesar de no encontrarse privados de su libertad, aún no han cumplido a cabalidad con lo establecido en sus sentencias; por ejemplo, con el pago de la reparación civil.

259. Este aspecto de la norma impugnada tampoco ha sido cuestionado por los demandantes. Sin embargo, este Tribunal estima pertinente precisar que todo condenado debe cumplir con los propios términos de su sentencia correspondiente, de conformidad con el ordenamiento jurídico; lo que no implica que el Estado deje de garantizar un tratamiento digno, así como los derechos que le asisten, por mandato constitucional y legal.
260. Finalmente, este Tribunal advierte que es el tercer supuesto de la norma impugnada, que se detalló *supra*, el que ha sido propiamente cuestionado por los demandantes. En efecto, de la demanda fluye que los ciudadanos recurrentes objetan que el impedimento se aplique a quienes han sido rehabilitados.
261. Efectivamente, el texto de la ley al referirse genéricamente a los *condenados* por delitos de terrorismo y apología del terrorismo en todas sus modalidades, podría llevar a incluir en ese concepto a quienes han logrado su rehabilitación, lo cual sería, como ya se advirtió, *supra*, contrario a la presunción de inocencia y al derecho de reinserción social a la que tienen derecho²¹⁹. Por tanto, de la disposición cuestionada no puede válidamente desprenderse que el impedimento alcance también a los rehabilitados.
262. En efecto, el estatus jurídico de una persona rehabilitada, conforme al ordenamiento jurídico constitucional vigente, es distinto al de un condenado. En la medida que la persona ha superado el estatus jurídico de condenada y ha logrado la rehabilitación, a esta se le restituyen los derechos que fueron restringidos. Ello sin perjuicio de considerar que el derecho fundamental a la educación es garantizado por el Estado a las personas privadas de su libertad, en los términos previstos por el orden jurídico constitucional y convencional.
263. En todo caso, los demandantes sostienen que la ley distingue entre el grupo de personas que han sido condenados por delitos de terrorismo y apología de terrorismo-quienes se encuentran impedidos de postular a las universidades públicas-, y aquellos que no tienen ese impedimento.

219 Cfr. Constitución, artículo 139, inciso 22

264. No obstante, a la luz de lo previamente indicado, esto es, que la disposición cuestionada no incide en la esfera jurídica de los rehabilitados, cuyo estatus jurídico es distinto del correspondiente a los condenados, este Tribunal advierte que el cuestionamiento de los demandantes es infundado.
265. En efecto, en la medida en que la disposición cuestionada no aplica a los rehabilitados, no se ha configurado, entonces, una vulneración de los derechos invocados en este extremo de la demanda, como es el caso de los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación en el ejercicio del derecho fundamental a la educación²²⁰.
266. Por cuanto la norma no se refiere a los condenados que se hubieran rehabilitado, tampoco se ha configurado la alegada vulneración de la libertad de creación artística, intelectual y científica, así como el acceso a la cultura de quienes en el pasado cometieron delitos de terrorismo y apología del terrorismo en todas sus modalidades, pero cumplieron a cabalidad con sus sentencias, incluyendo el pago de la reparación civil.
267. Según lo previamente indicado, el cuestionamiento de los demandantes a este respecto resulta infundado.
268. Asimismo, los demandantes también sostienen que la disposición cuestionada ha vulnerado los siguientes derechos y principios constitucionales, en detrimento de los rehabilitados:
- a. la garantía de la cosa juzgada (artículo 139.2);
 - b. el principio de no ser penado sin proceso judicial (artículo 139.10); y
 - c. el principio de resocialización (artículo 139.22).
269. Con relación a los últimos derechos, cabe precisar que los demandantes consideran que la aplicación del impedimento al caso de los rehabilitados que en el pasado hubiesen cometido delitos de terrorismo o apología del terrorismo en todas sus modalidades, interfiere en el ejercicio de las competencias de los jueces penales, vulnera

220 Cfr. Constitución, artículos 2.2, 13, 14 y 103

el principio de cosa juzgada y añade una pena de inhabilitación adicional a lo dispuesto en las sentencias de los órganos jurisdiccionales competentes, sin que previamente se hubiese realizado un proceso judicial, y además que ello evita su plena reincorporación a la sociedad, en contravención de los fines del régimen penitenciario de acuerdo con la Constitución.

270. Sin embargo, como ya se ha indicado *supra*, este Tribunal no advierte una incidencia negativa, concreta y directa de la norma impugnada en tales derechos fundamentales y principios constitucionales, desde la perspectiva de los rehabilitados que cometieron delitos de terrorismo y apología del terrorismo en todas sus modalidades, toda vez que la norma no les resulta aplicable.
271. Siendo ello así, corresponde desestimar el presente extremo de la demanda y declararlo infundado.
272. Este Tribunal estima indispensable reiterar que la disposición cuestionada no alcanza a las personas rehabilitadas. Sostener lo contrario implicaría establecer una limitación en el ejercicio del derecho fundamental a la educación que menoscabaría el principio de resocialización, garantizado en el artículo 139.22 de la Constitución.
273. Por lo tanto, al haberse producido la rehabilitación, esto es, el cambio en el estatus jurídico del ciudadano que logra su libertad luego de cumplir su condena y recupera el ejercicio de todos sus derechos en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos, deben cumplirse también las demás finalidades constitucionales de la resocialización, entre ellas, la reincorporación social.
274. Este Tribunal ha sostenido que la reincorporación social trae consigo el resultado concreto de la recuperación social, en virtud del cual la persona se reinserta en la sociedad en las mismas condiciones que el resto de los ciudadanos (Sentencia 00033-2007-PI/TC, fundamento 31).
275. Por lo expuesto, este órgano de control de la Constitución advierte que la eventual aplicación del impedimento de la disposición impugnada a las personas que en el pasado fueron condenadas por los delitos de terrorismo y apología del terrorismo pero que han logrado su rehabilitación y que, en el marco de las exigencias dimanantes

del principio de resocialización, tienen derecho a la reincorporación social en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos, vulneraría dicho principio garantizado por la Constitución, en sus manifestaciones detalladas previamente.

276. Así pues, este Tribunal sostiene que la reincorporación social en igualdad de condiciones requiere que el Estado garantice el ejercicio del derecho al acceso a la educación de la persona que ha logrado su rehabilitación.
277. Asimismo, es importante destacar que el pleno ejercicio de este derecho en todos sus ámbitos coadyuvará a su vez a la realización del libre desarrollo de la personalidad, indesligable del principio-derecho de dignidad, y al cumplimiento de los demás fines ínsitos al proceso educativo en sus correspondientes niveles y modalidades. En el caso de la educación universitaria, estos fines son, según el artículo 18 de la Constitución, “la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica”.
278. En tal entendido, este Tribunal considera que, de los sentidos interpretativos atribuibles a la disposición impugnada, debe excluirse aquel que incluye a las personas que han logrado su rehabilitación, de conformidad con el principio- derecho de dignidad humana, con los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la educación y con el principio de resocialización.
279. En todo caso, este Tribunal considera que la restricción establecida en la norma impugnada, según lo desarrollado *supra*, sí resulta válidamente aplicable a aquellos condenados -no rehabilitados- que aún no han cumplido con sus respectivas sentencias, lo que incluye el pago íntegro de la reparación civil que en ellas se haya dispuesto.
280. Por consiguiente, el penúltimo párrafo del artículo 98 de la Ley 30220 resulta constitucional si se interpreta que están excluidos de sus alcances las personas rehabilitadas, según lo desarrollado *supra*.
281. Sin perjuicio de lo señalado, las autoridades universitarias, en caso advirtiesen que una persona rehabilitada tuviera en la universidad actitudes contrarias a los valores democráticos, al orden y a

la tranquilidad públicas, están obligadas a aplicar las normas disciplinarias internas que correspondan, además de dar parte a las autoridades competentes, de ser el caso. Asimismo, como se ha señalado *supra*²²¹, la responsabilidad de que el terrorismo no vuelva a imperar en la sociedad es responsabilidad de todos y cada uno de los ciudadanos del país.

§2.7. SOBRE LOS PRESUNTOS VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 30414

282. En la demanda también se cuestiona la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 30414, en el extremo que modificó el último párrafo del inciso “b” del artículo 6 de la Ley 28094, Ley de Partidos Políticos, el cual preceptúa que:

El Acta de Fundación de un partido político debe contener por lo menos:

(...)

b) (...) Los fundadores del partido no podrán estar procesados o condenados por delitos de terrorismo y/o tráfico ilícito de drogas.

2.7.1. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

283. Los demandantes consideran que la referida disposición legal vulnera el derecho constitucional a la participación en la vida política, por cuanto refieren que contraviene los artículos 2, inciso 17, y 35 de la Constitución, y atenta contra los tratados internacionales que el Perú ha ratificado. Sostienen que la prohibición de fundar partidos políticos, establecida para los procesados y condenados por delitos de terrorismo, constituye una restricción arbitraria del derecho a la participación política.

284. De acuerdo con lo expresado en la demanda, y en relación directa con dicho cuestionamiento, los ciudadanos recurrentes alegan que la cuestionada ley vulnera también el derecho a la presunción de

221 Cfr. Fundamentos 145-147.

inocencia, en el caso de los procesados, por cuanto les prohíbe fundar partidos políticos pese a tener la condición de inocentes.

285. Al respecto, consideran que no existe fundamento alguno para restringir la participación política de personas inocentes. Alegan que la afectación que provoca el dispositivo legal en cuestión se motiva únicamente en la persecución de ideas por parte del legislador.
286. Siendo ello así, corresponde realizar el examen de constitucionalidad de la norma impugnada teniendo como parámetro de control las exigencias dimanantes del derecho a la participación política. Asimismo, en el caso de los procesados, dicho parámetro incluirá al derecho a la presunción de inocencia, por ser concurrente al primero en el escenario previsto por la norma impugnada.
287. El artículo 2, inciso 17, de la Constitución, dispone que toda persona tiene derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación.
288. Conforme a los alcances de la precitada disposición, el derecho de participación en la vida política de la nación no se limita al ámbito individual, sino que contempla dentro de su ámbito de protección la actuación plural de los ciudadanos que se agrupan en organizaciones políticas.
289. Este derecho tiene un doble carácter, por cuanto puede concretarse de manera directa o indirecta, conforme lo ha precisado este Tribunal:

(...) el principio democrático se materializa a través de la participación directa, individual o colectiva, de la persona como titular de una suma de derechos de dimensión tanto subjetiva como institucional (derecho de voto, referéndum, iniciativa legislativa, remoción, o revocación de autoridades, demanda de rendición de cuentas, expresión, reunión, etc.), así como en su participación asociada, a través de organizaciones orientadas a canalizar el pluralismo político. Tales organizaciones son los partidos y movimientos políticos, reconocidos en el artículo 35° de la Constitución.

Asimismo, el referido principio se materializa en la participación política indirecta de la ciudadanía; es decir, a través de

sus representantes libremente elegidos. La democracia representativa es -como quedó dicho- el rasgo prevalente en nuestra Constitución. (Sentencia 00030-2005-PI/TC, fundamento 23).

290. Asimismo, la Constitución Política del Perú establece, en su artículo 35, que:

Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente les concede personalidad jurídica.

Mediante ley se establecen disposiciones orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de las organizaciones políticas y la transparencia sobre el origen de sus recursos económicos, así como su verificación, fiscalización, control y sanción.

291. Como puede observarse, el constituyente reconoció la participación directa asociada y determinó que el legislador debe contribuir con la protección de los cimientos democráticos que deben fundar el pluralismo político de nuestra nación, tarea que no se encuentra exenta de control constitucional.

292. Este Tribunal entiende que la disposición cuestionada podría incidir en el ámbito del derecho a la participación política, porque contiene la prohibición de que los procesados y sentenciados por delitos de terrorismo puedan fundar partidos políticos.

293. En este punto, cabe precisar que el Registro de Organizaciones Políticas del Jurado Nacional de Elecciones (JNE), mediante Resolución 0224-2011-ROP/JNE, al analizar la solicitud del personero legal del partido político en vías de inscripción denominado Movimiento por Amnistía y Derechos Fundamentales cuyas siglas son “Movadef”, manifestó lo siguiente:

(...) el “Pensamiento Gonzalo” guarda estrecha vinculación con la actividad que se puso en práctica en la década de los ochentas por parte del PCP – SL y que fue dirigida de forma mediata por parte del propio Abimael Guzmán Reynoso, a quien debe su denominación en mérito a su “nombre de guerra” de Presidente Gonzalo.

Tal actividad también se encuentra descrita en el “informe final” de la CVR en el que ésta indica que el PCP- SL “es una organización subversiva y terrorista, que en mayo de 1980 desencadenó un conflicto armado contra el Estado y la sociedad peruana (...) cometió gravísimos crímenes que constituyen delitos de lesa humanidad y (...) estima que la cifra total de víctimas asciende a 31,331 personas.

294. En ese sentido, tras analizar las implicancias ligadas a la inscripción del Movadef, el referido registro de organizaciones políticas consideró que:

la suscripción o acogimiento del pensamiento gonzalo, principio guía de MOVADef, implica necesariamente la realización de una conducta que en el pasado puso en práctica el PCP – SL, la cual consistió en actos de violencia calificados como terrorismo y delitos de lesa humanidad, que de plano atentan contra el sistema democrático y el fin supremo de la Nación: la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política del Estado. (Sic).

295. Como se aprecia, el JNE denegó la inscripción de dicho partido con el fundamento de que el ideario del terrorismo no podía constituir un esquema ideológico válido para un partido político que participe en un sistema democrático, especialmente cuando su materialización colisiona con la preservación de la paz, la vigencia de los derechos humanos, el desarrollo nacional y la gobernabilidad del país.

296. Las acciones terroristas desarrolladas en nuestro país marcaron una etapa de cruenta violencia en la que se atentó directamente contra derechos fundamentales de las personas y contra los principios y valores que sustentan la vida en democracia. Dichas acciones generaron no solo irreparables pérdidas de miles de vidas humanas, sino también un daño significativo a los bienes públicos y privados.

297. Por ello, con la finalidad de preservar nuestro sistema democrático, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de nuestra Constitución Política, todos los ciudadanos tienen el deber de proteger los intereses nacionales, y de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la nación.

298. Ahora bien, en un Estado constitucional las limitaciones a los derechos deben ser legítimas, razonables y proporcionales, lo que significa que estas deben tener como fundamento y límite a la propia Norma Fundamental.
299. En efecto, la denunciada restricción al derecho de participación en la vida política encuentra justificación en la imperiosa necesidad que tiene el Estado de proteger los principios que fundamentan el sistema democrático, el Estado constitucional de derecho y las libertades y derechos fundamentales. Es por eso que el legislador ha regulado que la constitución de un partido político debe realizarse sobre la base del principio democrático, el cual es inherente al Estado social y democrático de derecho.
300. Asimismo, la referida limitación se sustenta en el legítimo interés que tiene el Estado de impedir que aquellos que en el pasado se le enfrentaron con armas, que perpetraron actos de violencia terrorista abominables y cometieron delitos de lesa humanidad, y que ocasionaron graves daños y pérdidas a los bienes públicos y privados, afectando la paz y la tranquilidad pública, participen en la vida política institucional y organizada bajo los principios, reglas y valores de la Constitución.
301. Sin embargo, la restricción analizada no operaría respecto de aquellos sentenciados que ya han sido rehabilitados plenamente de la comisión del delito, luego de haber cumplido sus condenas y de reparar el delito. De lo contrario, se vulneraría el principio de re-socialización del penado, así como el derecho a la participación política. Se entiende, entonces, que esta restricción es constitucional siempre y cuando, respecto de los condenados, no incluya a las personas rehabilitadas.

2.7.2. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

302. El artículo 2, inciso 24, literal “e”, de la Constitución, establece que “toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. De esta forma, el constituyente reconoció la presunción de inocencia como un derecho fundamental, que se sustenta en el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución).

303. El derecho a la presunción de inocencia, que se configura como una regla de tratamiento del imputado y como una regla de juicio, implica que todo procesado sea considerado inocente hasta que su culpabilidad haya sido determinada por el órgano judicial competente, la cual debe haber sido emitida en el marco de un proceso penal en donde se hayan respetado las garantías judiciales y los principios procesales que le asisten al ciudadano, sea que este se encuentre en calidad de investigado o procesado.
304. Asimismo, también tiene un contenido extraprocesal, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional español en la STC 109/1986 (fj. 1):
- (...) opera en situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza a las relaciones jurídicas de todo tipo.
305. El artículo 2 de la Ley 30414 modificó el último párrafo del inciso “b” del artículo 6 de la Ley 28094, Ley de Partidos Políticos, y estableció, entre otros supuestos, que los fundadores de un partido político no pueden estar procesados por delitos de terrorismo.
306. Respecto a ello, este Tribunal advierte que cuando la norma impugnada se refiere a los procesados para establecer que se encuentran impedidos de fundar un partido político, conforme a la normativa electoral sobre la materia, lo que hace, en realidad, es brindarles el mismo trato ofrecido a los condenados, pese a que la situación jurídica de ambos es sustancialmente distinta.
307. En el presente caso, este Tribunal advierte que, con base en la equiparación jurídicamente injustificada entre procesados y condenados, la norma impugnada priva a los primeros de una de las manifestaciones del derecho fundamental a la participación política, desarrollada en la normativa electoral sobre la materia, como es el derecho a fundar partidos políticos.
308. Dicha prohibición, según lo explicado previamente, contraviene lo dispuesto por la Constitución en relación con la defensa y protección del derecho a la presunción de inocencia, pero, además, como

consecuencia directa de lo anterior, incurre también en un menoscabo del derecho a la participación política, en la medida en que impide que tales procesados puedan fundar partidos políticos, pese a que jurídicamente son aún inocentes.

309. En tal sentido, cabe tener presente que, de acuerdo con el inciso 2 del artículo 23 de la CADH, la “ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, *por juez competente, en proceso penal*” (cursiva agregada).
310. Siendo ello así, este Tribunal aprecia que, precisamente, la norma impugnada no cumple con las exigencias antes mencionadas, en la medida en que los procesados, destinatarios de aquella, están impedidos de fundar un partido político sin que, previamente, un juez competente, en un proceso penal, los haya condenado y, además restringido tales derechos, de ser el caso.
311. Por tales consideraciones, este Tribunal concluye que el término “procesados”, incluido en el artículo 2 de la Ley 30414, en el extremo que modificó el último párrafo del inciso “b” del artículo 6 de la Ley 28094, Ley de Partidos Políticos, es inconstitucional, por vulnerar los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la participación política.
312. En consecuencia, corresponde estimar el presente extremo de la demanda, quedando subsistente la disposición respecto de las personas que hubiesen sido condenadas por delito de terrorismo, al menos en una instancia o grado.
313. Adicionalmente, la prohibición de fundar partidos políticos en el caso de los condenados por delitos de terrorismo, este Tribunal Constitucional considera que dicha limitación debe entenderse de manera concordante con lo dispuesto por el artículo 34-A de la Constitución, incorporado por la Ley 31402, de fecha 15 de septiembre de 2020. Es decir, que exista como mínimo una sentencia condenatoria emitida en primera instancia.
314. En conclusión, respecto al cuestionamiento realizado al artículo 2 de la Ley 30414, que modifica el artículo 6 literal b de la Ley 28094,

Ley de Partidos Políticos, que establece que “(...) los fundadores del partido no podrán estar procesados o condenados por delitos de terrorismo y/o tráfico ilícito de drogas”, el Tribunal Constitucional considera lo siguiente:

- a) No resulta *per se* inconstitucional en el caso de aquellas personas cuya responsabilidad ha sido debidamente acreditada en un juicio penal, de conformidad a la Constitución y a la ley y que hayan sido sentenciadas, al menos en una instancia.
- b) En el caso de los condenados, esta prohibición no incluye a los rehabilitados, por cuanto vulneraría el principio de resocialización y el derecho a la participación política.
- c) Es inconstitucional respecto a los procesados, en tanto vulnera el principio de presunción de inocencia y el derecho a la participación política.

315. Es obligación de las autoridades electorales supervisar durante el proceso de inscripción de partidos políticos que el contenido de sus idearios y estatutos garanticen el ejercicio de la participación política en estricto respeto del Estado Constitucional y Democrático de Derecho y de los derechos fundamentales de la ciudadanía. Asimismo, esta supervisión deberá realizarse también durante el desarrollo de actividades del partido político.

2.7.3. SOBRE LA PRESUNTA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY

316. Los ciudadanos demandantes consideran que la cuestionada restricción al derecho de participación política discrimina por razones político-ideológicas a los procesados y condenados por el delito de terrorismo. Sostienen que la Ley 30414 contraviene la Constitución, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por último, alegan que las prácticas discriminatorias denunciadas, que tienen repercusión directa en el derecho a la participación política, no pueden permitirse en un Estado democrático.

317. La Constitución Política del Perú consagra en su artículo 2, inciso 2, el derecho a la igualdad ante la ley. El constituyente ha declarado

expresamente que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

318. La igualdad, como ha sido desarrollado en anteriores oportunidades por este Tribunal, detenta una doble condición: de principio y de derecho fundamental. En tanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia en armonía de la sociedad; y, en tanto derecho fundamental, constituye un derecho subjetivo a no ser discriminado por razones proscritas por la Constitución.
319. Al respecto, para poder llevar a cabo el proceso de identificación de una injerencia injustificada en el mandato de no discriminación, se requiere que la parte que alega el trato discriminatorio aporte un término de comparación válido (*tertium comparationis*), que puede ser un objeto, sujeto, situación o relación con el cual se realiza el contraste, que demuestre que está recibiendo un trato diferente del dispensado a otra persona que se encuentra en su misma situación.
320. Ahora bien, en el presente caso, los demandantes han cuestionado la presunta existencia de un trato discriminatorio por razones político-ideológicas respecto de los procesados y condenados por el delito de terrorismo, lo que contravendría la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos en los que el Estado se ha obligado a respetar, garantizar y promover el principio-derecho de igualdad.
321. Sin embargo, los ciudadanos recurrentes no han ofrecido un término de comparación que resulte válido e idóneo a efectos de determinar si la norma impugnada ha menoscabado el principio-derecho de igualdad.
322. Esto último no es baladí por cuanto este Tribunal ha reiterado en su jurisprudencia que, para proceder a evaluar las alegadas vulneraciones a dicho principio-derecho, esto es, para realizar un examen sobre el fondo de la controversia, es una condición necesaria que el demandante haya cumplido con aportar dicho término de comparación que dé cuenta del trato distinto recibido por otro grupo o colectivo que se encuentre en la misma situación.

323. Siendo ello, y en atención a lo previamente indicado, corresponde desestimar la demanda en el presente extremo.

§2.8. SOBRE LA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO LEGISLATIVO 1367

Cuestión previa: la modificación del artículo 38 por la Ley 31178

324. Los ciudadanos recurrentes han cuestionado la constitucionalidad del artículo 1 del Decreto Legislativo 1367, mediante el cual se modificó el tercer y cuarto párrafo del artículo 38 del Código Penal.

325. Asimismo, alegan que resulta inconstitucional la regulación contenida en el inciso 9 del artículo 36 del Código Penal, modificado por la Ley 30076 y esta norma, a su vez, por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30901.

326. Cabe señalar que esta última norma ha sido modificada por el artículo 5 del Decreto de Urgencia 019-2019, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 2 de diciembre de 2019, cuya entrada en vigencia se encuentra supeditada a la publicación de su reglamento (segunda disposición complementaria final), suceso que hasta la fecha no se ha materializado.

327. En el auto de fecha 16 de abril de 2020 se declaró improcedente la demanda respecto de la Ley 30076, modificada por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30901, por cuanto existe al respecto cosa juzgada. Efectivamente, dichas normas fueron controladas en la Sentencia 00007- 2018-PI/TC, publicada en la página web de este Tribunal con fecha 12 de febrero de 2020, mediante la cual se declaró infundada la demanda respecto a impugnaciones de idéntico tenor que las expuestas por los recurrentes en este extremo.

328. En consecuencia, el pronunciamiento de este Tribunal se limitará a analizar la constitucionalidad del artículo 1 del Decreto Legislativo 1367, en el extremo que modificó el tercer y cuarto párrafo del artículo 38 del Código Penal en los términos antes expresados.

329. Por otro lado, se advierte que el artículo 38 del Código Penal, modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1367, ha sido

modificado por el artículo 2 de la Ley 31178, publicada el 28 de abril de 2021 en el diario oficial “El Peruano”, de la siguiente manera:

Artículo 38 CP (modificado por el Decreto Legislativo 1367)	Artículo 38 CP (modificado por la Ley 31178)
Artículo 38. Duración de la inhabilitación principal La inhabilitación principal se extiende de seis meses a diez años, salvo los supuestos de incapacidad definitiva a que se refieren los numerales 6, 7 y 9 del artículo 36. La pena de inhabilitación principal se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401. En estos supuestos, será perpetua, siempre que el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quince unidades impositivas tributarias. La inhabilitación principal también se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en el artículo 4-A del Decreto Ley 25475, los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, así como los artículos 296, 296-A primer, segundo y cuarto párrafo; 296-B, 297 del Código Penal. En los supuestos del párrafo anterior, la inhabilitación será perpetua cuando el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quinientas unidades impositivas tributarias. En el caso de los delitos contemplados en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106, la inhabilitación también será perpetua cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas.	Artículo 38. Duración de la inhabilitación principal La inhabilitación principal se extiende de seis meses a diez años, salvo los supuestos de incapacidad definitiva a que se refieren los numerales 6, 7 y 9 del artículo 36 y los supuestos del artículo 426 del Código Penal; en el artículo 4-A del Decreto Ley 25475 y en los artículos 1, 2, 3 y 4 del Decreto Legislativo 1106.

330. Por su parte, el artículo 4-A del Decreto Ley 25475 (financiamiento del terrorismo), modificado también por el artículo 4 de la citada Ley 31178, señala lo siguiente:

Artículo 4-A. Financiamiento del terrorismo

El que por cualquier medio, directa o indirectamente, al interior o fuera del territorio nacional, voluntariamente provea, aporte o recolecte medios, fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros o servicios conexos o de cualquier naturaleza, sean de origen lícito o ilícito, con la finalidad de cometer cualquiera de los delitos previstos en este decreto ley, cualquiera de los actos terroristas definidos en tratados de los cuales el Perú es parte, la realización de los fines o asegurar la existencia de un grupo terrorista o terroristas individuales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años y con **pena de inhabilitación de cinco a veinte años**, de conformidad con los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal.

La pena será privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años si el agente ofrece u otorga recompensa por la comisión de un acto terrorista o tiene la calidad de funcionario o servidor público. En este último caso, además, se impondrá la pena de inhabilitación de cinco a veinte años, de conformidad con los incisos 1, 2, 6 y 8 del artículo 36 del Código Penal.

En todos los casos, la inhabilitación será perpetua cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

- 1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.**
- 2. El valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quinientas unidades impositivas tributarias.**

331. Como se advierte, esta modificación normativa únicamente ha trasladado el contenido previsto en el artículo 38 del Código Penal directamente al tipo penal de financiamiento de terrorismo, previsto en el artículo 4-A del Decreto Ley 25475. Mientras que la redacción actual del artículo 38 del Código Penal hace una remisión a texto legislativo del citado artículo 4-A.

332. Se concluye entonces que el cambio legislativo únicamente se ha producido en la ubicación sistemática de la sanción de inhabilitación para el delito de financiamiento del terrorismo. De tal manera que los cuestionamientos sustantivos formulados por los demandantes respecto a la naturaleza y a la duración de la sanción penal de inhabilitación todavía se mantienen pese al cambio legislativo.
333. En atención a lo expuesto, este Tribunal Constitucional todavía es competente para emitir un fallo sobre el fondo respecto a este extremo de la demanda

2.8.1. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN

334. Los demandantes consideran que el dispositivo legal materia de análisis vulnera el principio de resocialización, porque impide la reincorporación del interno en la vida comunitaria. Afirman también que la pena de inhabilitación establecida de hasta veinte años, lejos de perseguir el cumplimiento de la finalidad preventiva de la pena -especial o general-, constituye una forma de venganza, por su carácter retributivo, pues no busca un fin de utilidad social, sino que se presenta únicamente como una especie de castigo.
335. En esa línea, sostienen que, como la pena privativa de la libertad prevista para el delito de financiamiento del terrorismo va desde los veinte hasta los veinticinco años, el condenado se encontrará indefectiblemente inhabilitado durante dicho plazo, por lo cual, materialmente, la disposición legal cuestionada contempla una “inhabilitación de por vida”, pues además de ello impone una pena de inhabilitación hasta por veinte años que, según manifiestan los demandantes, se computaría después de cumplida la pena privativa de libertad.
336. Asimismo, los recurrentes manifiestan que se vulnera el referido principio en el caso del agente que comete el delito de financiamiento del terrorismo actuando como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o por encargo de ella, porque en esos casos la inhabilitación es perpetua y su carácter permanente impide que el sentenciado alcance su proyecto de vida, lo que lo degrada a la categoría de objeto y afecta su dignidad.

337. El principio constitucional de la resocialización se encuentra establecido en el artículo 139, inciso 22, de la Constitución como uno de los principios propios de la función jurisdiccional, el cual dispone que “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.
338. Conforme a lo expresado, la resocialización exige un tratamiento reeducativo que persiga la consecución de un fin, el cual es la rehabilitación y reincorporación social del condenado. Para alcanzar dicho objetivo, el proceso por el cual transite el sentenciado debe permitirle internalizar y comprender el daño social que provocó la conducta por la cual fue condenado. Ello con la finalidad de que cuando se encuentre en libertad no constituya una amenaza para la sociedad, pues le corresponde asumir el deber de no afectar a otras personas ni a la convivencia pacífica de la comunidad.
339. Los mencionados fines del régimen penitenciario deben concebirse, estructurarse y comprenderse desde la perspectiva de la prevención general y prevención especial de la pena.
340. La prevención general, que despliega sus efectos en la sociedad, considera que la pena tiene como finalidad demostrar la efectividad del sistema penal, a través de su aplicación y ejecución en los casos donde la conducta antijurídica del agente atenta contra los valores e intereses que resultan significativamente importantes para el ordenamiento jurídico y que, en atención a ello, son objeto de protección por el derecho penal.
341. La prevención especial, que se dirige al autor del delito en concreto, contempla como finalidad de la pena los beneficios que ella debe generar en el penado y que se presenta:
- a) En el momento de su aplicación misma, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación; y,
 - b) En el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del individuo a la sociedad (Sentencia 00019-2005-PI/TC, fundamento 31).

342. Ahora bien, los ciudadanos demandantes sostienen que la pena de inhabilitación, al impedir que el condenado se inserte en la vida comunitaria, colisiona con las finalidades preventivas de la pena, pues habiendo cumplido con la pena privativa de libertad que le fue impuesta, el penado ya se habría resocializado (prevención especial) y, como consecuencia de dicho cumplimiento, se habría concretado el efecto comunicativo –de la pena– frente a la sociedad (prevención general).
343. La inhabilitación se encuentra regulada en la normativa penal como una pena limitativa de derechos. El artículo 36 del Código Penal contiene el catálogo de limitaciones que pueden imponérsele al agente a través de una sentencia condenatoria, las cuales van desde la privación de derechos, hasta la incapacidad para el ejercicio de ciertas funciones o actividades y la prohibición de determinadas conductas.
344. En este punto, cabe precisar que, en el marco del proceso penal, el órgano judicial competente debe contemplar en su análisis valorativo que el derecho que se verá afectado por la imposición de la pena de inhabilitación debe estar inexorablemente conectado con el delito que ha cometido el agente.
345. Este Tribunal observa que la norma sometida a control, con relación al delito de financiamiento del terrorismo, establece dos tipos de pena de inhabilitación que corresponden a dos situaciones fácticas que, si bien son distintas, se encuentran relacionadas con dicho delito.
346. Por un lado, el primer extremo de la norma contempla como límites legales generales un mínimo de cinco años y un máximo de veinte años de pena de inhabilitación principal.
347. El delito de financiamiento del terrorismo, previsto y sancionado en el artículo 4- A del Decreto Ley 25475, se encuentra regulado de la siguiente forma:

El que por cualquier medio, directa o indirectamente, al interior o fuera del territorio nacional, voluntariamente provea, aporte o recolecte medios, fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros o servicios conexos o de cualquier

naturaleza, sean de origen lícito o ilícito, con la finalidad de cometer cualquiera de los delitos previstos en este decreto ley, cualquiera de los actos terroristas definidos en tratados de los cuales el Perú es parte, la realización de los fines o asegurar la existencia de un grupo terrorista o terroristas individuales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años *y con pena de inhabilitación de cinco a veinte años, de conformidad con los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal.*

La pena será privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años si el agente ofrece u otorga recompensa por la comisión de un acto terrorista o tiene la calidad de funcionario o servidor público. *En este último caso, además, se impondrá la pena de inhabilitación de cinco a veinte años, de conformidad con los incisos 1, 2, 6 y 8 del artículo 36 del Código Penal.*

348. Conforme se advierte de los alcances del referido tipo penal, las consecuencias jurídicas se circunscriben a ciertos supuestos de inhabilitación. En efecto, en el primer y segundo párrafo se señala qué incisos regulados en el artículo 36 del Código Penal pueden aplicarse, y estos son:

Artículo 36. Inhabilitación

La inhabilitación produce, según disponga la sentencia:

Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;

Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;

(...)

6. Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia por delito doloso o cometido bajo el influjo del alcohol o las drogas. (...)

8. Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito; (...).
349. Entonces, el argumento expuesto por los recurrentes, en el sentido de que los términos del decreto legislativo en cuestión vulneran el principio de resocialización, por regular una pena de inhabilitación de hasta veinte años que se computaría después de cumplida la pena privativa de libertad, carece de sustento, pues el cómputo de la pena de inhabilitación principal se ejecuta a partir de la fecha en que la sentencia queda firme, y corre paralelamente con las otras penas principales, tal como además se ha señalado en el Acuerdo Plenario 2-2008/CJ- 116²²². Por lo cual, no nos encontramos ante una “inhabilitación de por vida”, como lo consideran los demandantes.
350. Por consiguiente, la norma cuestionada no impide que el sentenciado se reincorpore en la sociedad, pues una vez cumplida la pena privativa de libertad y la pena de inhabilitación que le fueran impuestas, las cuales se ejecutan de manera paralela, se encuentra apto para ello.
351. Por otro lado, el segundo extremo de la norma en cuestión establece que en caso el agente haya cometido el delito antes mencionado actuando como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o por encargo de ella, se le impondrá la pena de inhabilitación perpetua.
352. Sobre este extremo, los ciudadanos demandantes consideran que la inhabilitación perpetua colisiona con el principio de resocialización y que, por su carácter permanente, afecta la dignidad del sentenciado al degradarlo a la categoría de objeto y negarle la posibilidad de alcanzar su proyecto de vida.
353. A este respecto, este Tribunal aprecia que el TUO del Código de Ejecución Penal (aprobado por Decreto Supremo 003-2021-JUS), en su artículo 67, establece que la inhabilitación perpetua puede ser

222 Fundamento noveno.

revisada y, también, revertida, luego de veinte años, por el órgano jurisdiccional que impuso la condena.

354. De lo apuntado en el párrafo precedente se colige que en nuestro ordenamiento jurídico la inhabilitación perpetua no constituye una pena limitativa de derechos sin plazo de culminación, pues si bien puede condenarse a una persona con la pena de inhabilitación perpetua, esta será objeto de revisión luego de transcurrido un plazo determinado (veinte años) y, de ser el caso, será revertida, permitiendo que la persona quede restituida en sus derechos²²³.
355. En tal sentido, no existiría, en principio, impedimento para que la persona inhabilitada culmine con su proceso de resocialización, que está orientado a permitir que el sentenciado sea consciente de la gravedad de su conducta antijurídica y que, en atención a ello, sea disuadido de cometer delitos a futuro, conforme a la finalidad preventiva especial de la pena.
356. Este Tribunal estima que la norma impugnada resulta conforme con la Constitución. Y es que la inhabilitación perpetua a la que se refiere puede ser revisada luego de veinte años y, de ser el caso, revertida por el juez penal competente.
357. Sin perjuicio de lo desarrollado precedentemente y en atención a los cuestionamientos realizados por los recurrentes, corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre la constitucionalidad de los plazos legalmente previstos para la pena de inhabilitación en los dos supuestos relacionados con el delito de financiamiento del terrorismo.
358. Para tal efecto, se requiere evaluar si el legislador ha respetado el principio de proporcionalidad de las penas, el cual ha sido constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución.
359. Este principio impone no solo que la determinación legislativa de las penas se realice atendiendo al fin esencial y directo de protección que corresponde a la norma, sino también a los fines constitucionales de las penas (reeducación, rehabilitación y reincorporación). En tal sentido, las penas legalmente establecidas, aplicables

223 Sobre este tema, ver los fundamentos 102 a 105 y 135 a 139 de esta sentencia.

a las conductas delictivas, no deberían ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueren afectados²²⁴.

360. Ahora bien, por un lado, respecto al plazo de inhabilitación establecido para el delito de financiamiento del terrorismo, resulta necesario analizar si la norma cuestionada vulnera el principio de proporcionalidad de las penas, puesto que, a diferencia del primer párrafo del artículo 38 del Código Penal, que regula un marco general de seis meses a diez años de inhabilitación principal, el Decreto Legislativo 1367 lo extiende de cinco años a veinte años para el mencionado delito. Finalmente, la Ley 31178 mantiene esta última penalidad.
361. Al respecto, este Tribunal considera que el legislador ha establecido un marco legal proporcional a la gravedad del delito y del daño causado, pues el referido delito es muy grave, porque facilita la comisión de delitos de terrorismo, los cuales atentan contra derechos y bienes constitucionales de significativo valor y, consecuentemente, afectan a la sociedad de múltiples formas.
362. En estos casos, el agente, a través de diversos medios, coadyuva financieramente a la comisión de delitos relacionados con el terrorismo, los cuales -sin importar las formas- atentan contra la vida, la libertad, la seguridad y la paz social. La gravedad de contribuir con actos terroristas se desprende, además de los medios, de la finalidad que persigue, como lo es la creación de un estado de pánico en la población con el objeto de destruir las bases del sistema democrático y del orden constitucional.
363. Por otro lado, respecto al tiempo de duración de la inhabilitación perpetua, corresponde pronunciarse sobre la proporcionalidad de dicha pena, regulada actualmente en el artículo 4-A del Decreto Ley 25475 (modificado por la Ley 31178), que se aplica cuando el agente cometió el delito de financiamiento del terrorismo actuando como integrante, persona vinculada o por encargo de una organización criminal.

224 Cfr. Sentencia 0014-2006-PI/TC, fundamento 35.

364. En este extremo, este Tribunal considera también que el legislador ha establecido una pena proporcional a la gravedad, la forma y el daño generado por el agente que cometió el referido delito. Ello sin perjuicio de que la inhabilitación perpetua puede ser revisada luego de 20 años y, de ser el caso, revertida, por el juez penal competente.
365. Sobre ello, cabe acotar que el alto nivel de peligrosidad se debe a que: (i) como ha sido establecido *supra*, en el delito de financiamiento del terrorismo el agente colabora financieramente para la materialización de delitos relacionados con el terrorismo, los mismos que atentan contra derechos y bienes constitucionalmente protegidos (vida, libertad, seguridad y paz social, así como las bases del sistema democrático y el orden constitucional.); y (ii) la actuación del autor del delito se concreta en calidad de integrante, persona vinculada o por encargo de una organización criminal.
366. En este caso, la comisión del mencionado delito comporta una mayor amenaza, gravedad y peligrosidad porque, a pesar de que la actuación del agente sea individual, este ejecuta la voluntad de una estructura criminal, cuya conformación tiene carácter estable o indefinido para la comisión de delitos y, por tanto, genera una significativa dañosidad social.
367. A partir de lo expuesto, este Tribunal aprecia que, en ambos supuestos de inhabilitación principal, aplicables para el delito de financiamiento al terrorismo (tanto el marco legal de cinco a veinte años como la inhabilitación perpetua), se ha respetado el principio de proporcionalidad de las penas, puesto que los plazos establecidos responden a la finalidad de protección de la norma y, como ha sido previamente concluido, son conformes con los fines constitucionales de la pena.
368. En consecuencia, corresponde desestimar el presente extremo de la demanda.
369. En suma, este Tribunal estima que la norma cuestionada, respecto a la inhabilitación perpetua, no vulnera el principio de resocialización, el de proporcionalidad de las penas, ni tampoco contraviene los fines constitucionales que estas persiguen.

§2.9. SOBRE LOS PRESUNTOS VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO LEGISLATIVO 1233

370. Los recurrentes cuestionan la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1233, cuyo artículo único incorpora el artículo 6-B en el Decreto Ley 25475, que prescribe:

Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de 15 años ni mayor de 20 años, quien participa en una conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de terrorismo, en cualquiera de sus modalidades.

371. Argumentan que esta disposición es inconstitucional por la forma, pues mientras la ley autoritativa (Ley 30336) facultó al Poder Ejecutivo para legislar en “materia de fortalecimiento de la seguridad ciudadana y lucha contra la delincuencia y crimen organizado”, sin embargo, se legisló en materia de terrorismo. En su opinión, ya sea por sus elementos típicos o por su bien jurídico, el delito de terrorismo no es un delito común, de modo que, a su juicio, este no puede circunscribirse dentro del concepto de “seguridad ciudadana”.

372. Por otro lado, sostienen que el artículo 6-B, introducido en el Decreto Ley 25475, vulnera el principio de legalidad penal y, más concretamente, su subprincipio de ley cierta. Alegan que la conspiración no tiene una definición concreta, objetiva y precisa en la legislación peruana. Sostienen que “una ley de carácter penal que restringe derechos como la libertad hasta por 20 años, no puede quedar a la libre interpretación, subjetiva y arbitraria”. En su opinión, dicho artículo 6-B vulnera el principio de lesividad, pues no existe bien jurídico lesionado. Es el *iter criminis* el que, a su juicio, resulta criminalizado, lo que consideran que es propio del derecho penal del enemigo.

373. Del mismo modo, alegan que en la medida que el terrorismo culminó hace 27 años, este nuevo ilícito penal tiene como destinatarios a los condenados que paulatinamente se encuentran recobrando su libertad, por lo que también viola el artículo 103 de la Constitución, que prohíbe la expedición de leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón ni diferencia de las personas.

2.9.1. SOBRE LOS ALEGADOS VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD FORMAL DEL DECRETO LEGISLATIVO 1233

374. En primer lugar, el artículo 104 de la Constitución faculta al Poder Ejecutivo para legislar mediante decretos legislativos, dentro de los límites temporales y materiales que la ley parlamentaria autoriza.
375. Este Tribunal ha recordado que, tras el dictado de la legislación ejecutiva delegada, la Constitución compromete el ejercicio de dos competencias jurídicas. Por un lado, del Congreso de la República, “titular de la política legislativa del Estado”, de la potestad de delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de regular, mediante decretos legislativos, materias que en principio le son propias. Y, de otro, del Poder Ejecutivo, a quien la Constitución le ha otorgado la competencia de dictar decretos legislativos, con rango de ley, siempre que medie la autorización del Parlamento.
376. Por otro lado, con respecto al parámetro de control del proceso de inconstitucionalidad, este último está integrado por la propia Constitución, en atención a su posición de norma fundante, suprema y fuente de fuentes en el ordenamiento jurídico. Es la norma fundamental el parámetro de validez de las normas con rango de ley sometidas a dicho control abstracto de constitucionalidad.
377. No obstante lo anterior, en determinadas ocasiones, el parámetro de constitucionalidad puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (Sentencia 00007-2002-AI/TC, fundamento 5).
378. A este parámetro de control, formado por la Constitución (en sus partes pertinentes) y aquellas normas con rango de ley que derivan directamente de esta y tienen una relación causal con la materia jurídica subyacente al control de constitucionalidad a realizarse, entre las que se encuentra la ley autoritativa, se le denomina bloque de constitucionalidad.
379. Lógicamente, estas normas deben, a su vez, ser compatibles con la Constitución para formar el bloque de constitucionalidad. En tales casos, las normas integradas al parámetro actúan como normas

interpuestas, y toda norma con rango de ley que sea incompatible con ellas será declarada inconstitucional en un proceso de control concentrado por infracción indirecta a la Constitución.

380. Con relación a la delegación de facultades, debe tenerse presente que el artículo 104 de la Constitución establece que el “Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa (...)”.
381. En lo concerniente a límites materiales, este Tribunal ha precisado que no se exige al legislador que identifique los detalles de aquello que se delega [una situación que comportaría que el legislador desarrolle en sí misma la materia que se pretende delegar y torne con ello innecesaria la delegación misma], pero sí se considera necesario, desde el punto de vista del artículo 104 de la Constitución, que se delimite con suficiente claridad los confines de la materia sobre la que se autoriza legislar al Ejecutivo, y que aquello que se ha delegado no caiga dentro de las materias sobre las cuales existe una reserva absoluta de ley²²⁵.
382. Así pues, en el presente caso la Ley 30336, ley autoritativa, integra el parámetro de control para realizar el análisis de constitucionalidad formal del Decreto Legislativo 1233.
383. Teniendo en consideración lo previamente expresado, este Tribunal advierte que el cuestionamiento central de los demandantes a este respecto se centra en que el Poder Ejecutivo no tuvo autorización para legislar sobre los delitos de terrorismo, sino sobre delitos comunes y “en materia de fortalecimiento de la seguridad ciudadana y lucha contra la delincuencia y crimen organizado”.
384. Sin embargo, este Tribunal Constitucional no comparte dicho criterio. La expresión “delitos comunes” es un neologismo que se emplea habitualmente o bien para hacer referencia a aquellos delitos que la justicia penal no considera especialmente graves, o bien por oposición a los denominados “delitos de función”.

225 Sentencia 00022-2011-PI/TC, fundamento 20

385. En el primer caso, no es el tipo, la clase o entidad del bien jurídico afectado lo que la distingue de otra clase de delitos, sino el grado o la intensidad de la dañosidad social que su perpetración genera en la sociedad.
386. En el segundo caso, la determinación de sus alcances no se realiza en sentido positivo, esto es, describiendo qué delitos estarían comprendidos; sino exactamente al revés, en sentido negativo: son delitos comunes todos aquellos delitos que no pueden considerarse como “delitos de función”.
387. Tanto en uno como en el otro sentido, con la expresión delitos “comunes” se hace referencia a delitos que:
- a) afectan diversa clase de bienes jurídicos (como la vida, la integridad, la salud, la propiedad, etc.);
 - b) se encuentran tipificados en el Código Penal o en leyes complementarias; y,
 - c) su juzgamiento se realiza en el ámbito de la llamada “jurisdicción ordinaria”.
388. Ese es el caso del delito de terrorismo y de las figuras delictivas derivadas de su tipo base. Se trata de un delito común, que se caracteriza por ser pluriofensivo, pues con base en la creación, provocación o mantenimiento de un estado de zozobra, alarma o terror, el delincuente que lo perpetra afecta diversos bienes jurídicos, como la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la seguridad personal, el patrimonio, etc., como en su momento declaró este Tribunal en la Sentencia 00010-2002-PI/TC.
389. Ahora bien, la cuestión de si la creación de una figura delictiva asociada al tipo penal base del delito de terrorismo, como es el caso del delito de conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de terrorismo, forma parte o no del objeto de la delegación de facultades, el Tribunal ha de responderla en sentido afirmativo.
390. A este efecto, hace notar que el artículo 2 de la Ley autoritativa 30336 no solo autorizó al Poder Ejecutivo a dictar decretos legislativos en materia de fortalecimiento de la seguridad ciudadana, sino también para la “lucha contra la delincuencia y el crimen

organizado”, supuestos estos últimos en los que está comprendida la regulación del delito de terrorismo y la de las figuras delictivas asociadas a este.

391. Por último, el Tribunal tampoco considera que la tipificación del delito de conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de terrorismo, en cualquiera de sus modalidades, esté disociada de la autorización para dictar decretos legislativos en materia de fortalecimiento de la seguridad ciudadana y la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado.
392. Como este Tribunal ha recordado, el orden interno ha sido concebido como:

(...) aquella situación de normalidad ciudadana que se acredita y mantiene dentro de un Estado, cuando se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos. Tal concepto hace referencia a la situación de tranquilidad, sosiego y paz dentro del territorio nacional, la cual debe ser asegurada y preservada por el órgano administrador del Estado para que se cumpla o materialice el orden público y se afirme la Defensa Nacional (...) El orden interno es sinónimo de orden policial, ya que a través de la actividad que este implica se evita todo desorden, desbarajuste, trastorno, alteración, revuelo, agitación, lid pública, disturbio, pendencia social, etc., que pudieran provocar individual o colectivamente miembros de la ciudadanía (...). En tal condición, el orden interno fundamentalmente “comprende tres aspectos: a) La seguridad ciudadana (protección de la vida, integridad física y moral, patrimonio, etc.); b) La estabilidad de la organización política (resguardo de la tranquilidad, quietud y paz pública, respeto de la autoridad pública); y c) El resguardo de las instalaciones y servicios públicos esenciales (edificaciones públicas e instalaciones que cubren necesidades vitales y primarias de la comunidad, tales como el agua, la energía eléctrica, etc.). (Sentencia 00012-2006-PI/TC, fundamento 65].

393. Fortalecer la seguridad ciudadana, la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado en el contexto de la autorización para dictar decretos legislativos, comporta la posibilidad de aprobar medidas legislativas mediante las cuales se protejan bienes jurídicos que no

lo estaban o se optimicen, mediante modificaciones, los tipos penales que ya se encuentran vigentes.

394. A juicio del Tribunal, este es el marco dentro del cual se aprobó el artículo 1 del Decreto Legislativo 1233, mediante el cual se dispuso incorporar el artículo 6-B al Decreto Ley 25475, que tipifica el delito de conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de terrorismo. Por consiguiente, este Tribunal concluye que el Decreto Legislativo 1233 no ha incurrido en un vicio de inconstitucionalidad formal.
395. Por tales consideraciones, corresponde desestimar el presente extremo de la demanda.

2.9.2. SOBRE LOS ALEGADOS VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD MATERIAL DEL DECRETO LEGISLATIVO 1233

396. El principio de legalidad penal se encuentra consagrado en el literal “d” del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, según el cual:

Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...).

397. Este Tribunal tiene declarado que la legalidad penal constituye, a la vez, un principio y un derecho fundamental. En las Sentencias 02758-2004-HC/TC y 00012-2006-PI/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo que “en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, (este) garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica”. Y precisamente por ello, que el “derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita obviamente su reparación mediante (...los) procesos de tutela de las libertades fundamentales”. (Fundamento 18).

398. El principio de legalidad penal, entendido como norma jurídico-constitucional objetiva, exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. De la exigencia de predeterminación de las conductas prohibidas en la ley penal se deriva para el legislador penal un “mandato de determinación”, que “prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas”, pues, como recuerda el literal “d” del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, la tipificación previa de la ilicitud penal debe ser “expresa e inequívoca” (*lex certa*).
399. En la Sentencia 00010-2002-PI/TC, el Tribunal recordó que el principio de determinación del supuesto de hecho antijurídico posibilita que, al interpretarse y aplicarse la ley penal, el juez penal pueda subsumir la conducta en el supuesto de hecho de la norma con relativa certidumbre. Sin embargo, también se advirtió que de los requerimientos del subprincipio de *lex certa* no se derivaba un mandato al legislador penal que le exigiera “una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales”.
400. Dicho de otro modo, solo cuando no sea posible prever con suficiente seguridad, aun con el empleo de aquellos criterios, la naturaleza y las características esenciales de la conducta constitutiva del delito, entonces se habrá vulnerado el mandato de determinación de las conductas prohibidas, según el principio de *lex certa*.
401. Ahora bien, respecto al examen de constitucionalidad material que nos ocupa, este Tribunal observa que parte de los cuestionamientos se centran en denunciar que esta disposición no contiene una definición concreta, objetiva y precisa del verbo rector que utiliza este nuevo tipo penal, lo que implica que, a criterio de los demandantes, existe indeterminación acerca de los actos que estarían comprendidos bajo la expresión “conspirar” en el tipo penal establecido en el decreto legislativo impugnado.
402. Al respecto, este órgano de control de la Constitución estima pertinente reiterar que los cuestionamientos *en abstracto* o genéricos respecto a la presunta falta de una definición concreta y objetiva de las conductas prohibidas en la ley penal carecen de la suficiente entidad o relevancia como para incidir negativamente, solo por ello, en el mandato de determinación de la conducta prohibida, según las exigencias dimanantes de la *lex certa*.

403. Por esta razón es que una norma legal, entre ellas, una de tipo penal, que responda a criterios de generalidad y abstracción, no vulnera *per se* la *lex certa*, dimanante del principio de legalidad penal, contemplado en la Constitución.
404. Por lo que hace al cuestionamiento de que el nuevo artículo 6-B del Decreto Ley 25475 sería impreciso, el Tribunal hace notar que el delito de conspiración para cometer cierto tipo de delitos no es ajeno al derecho penal de nuestro país. Así, por ejemplo, está recogido en el actual artículo 108-D, en relación con el delito de sicariato [“Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años: 1) *Quien participa en una conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de sicariato...*], y en el artículo 296 del Código Penal, respecto al delito de tráfico ilícito de drogas [“*El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas, será reprimido (...)*”].
405. El Tribunal observa que el delito de conspiración criminaliza la acción de reunirse con otro, a fin de “confabular” o “acordar” la comisión de un delito. Lo esencial del delito de conspiración es el mero acuerdo de cometer, en el caso del artículo 6- B del Decreto Ley 25475, el delito de terrorismo.
406. Para que dicho acuerdo exista es preciso la participación de cuando menos dos personas. Y se incurre en el delito de conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de terrorismo por el solo hecho de ponerse de acuerdo, con independencia de si este se materializa posteriormente en cualquiera de los tipos penales contemplados por el Decreto Ley 25475.
407. Ha de tratarse, por tanto, de un plan o acuerdo que contemple acciones futuras que, de haberse realizado, desencadene la comisión del delito de conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de terrorismo. Dos son, por ello, los elementos que han de considerarse al juzgarse si una conducta determinada se subsume o no en el tipo penal analizado: por un lado, el acuerdo entre dos o más personas de cometer el delito de terrorismo (*actus reus*) y, por otro, la intención de acordar con otra persona la práctica de ciertos comportamientos orientados a cometer el delito de terrorismo (*mens rea*).

408. El delito de conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de terrorismo no requiere una afectación directa e inmediata de cualquiera de los bienes jurídicos protegidos con la tipificación del delito de terrorismo. Se trata, por el contrario, de un delito de peligro abstracto. Los demandantes denuncian que la ley penal que crea el referido delito sería inconstitucional también porque, al no requerir de su materialización para ser sancionado como autor, carece de la afectación de un bien jurídico.
409. El Tribunal Constitucional no comparte dicho criterio. A este efecto, recuerda que, de acuerdo con su jurisprudencia, tras la criminalización de un comportamiento y la amenaza de privación o restricción de la libertad personal prevista como pena, es preciso que exista un bien jurídico constitucional que lo justifique. Esos bienes jurídicos constitucionales que justifican la prohibición de ciertas conductas y su correlativa amenaza contra la libertad personal se protegen tanto reaccionando frente a comportamientos que los lesionen objetivamente, como también frente a comportamientos que los pongan en riesgo.
410. La competencia del legislador penal para proteger los bienes jurídicos constitucionalmente relevantes frente al peligro es consecuencia de las distintas obligaciones que se derivan del contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Constitución: por un lado, de la obligación de respetarlos, que comporta la obligación de no afectarlos; y, de otro, y especialmente tratándose de la tipificación de delitos de peligro, de la obligación de garantizarlos. Esta obligación comporta el deber “(...) de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben *prevenir*, investigar y sancionar toda violación de los derechos (...) y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”²²⁶.

226 Sentencia 00679-2005-PA/TC, fundamento 27.

411. Para que el Estado cumpla debidamente su obligación de garantizar los derechos reconocidos en la Constitución, el Tribunal ha insistido en el deber que tiene de establecer reglas organizacionales y procedimentales que permitan la existencia de condiciones institucionales adecuadas para que los derechos no corran el riesgo de ser afectados.
412. Semejante obligación el Tribunal también la ha deducido de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. En mérito de ella, el Estado tiene para con dichos derechos un deber de protección, “cuyas formas de concretización pueden asumir distinta entidad e intensidad, pero que en cualquier caso han de implementarse con el propósito de garantizar su pleno ejercicio y, en su caso, su protección adecuada”²²⁷.
413. Así precisado el alcance del artículo 6-B del Decreto Ley 25475, el delito de conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de terrorismo presenta un grado de determinación razonable, suficiente, para delimitar el ámbito de la prohibición y para comunicar a los ciudadanos los alcances de la prohibición penal, por lo que, a juicio del Tribunal Constitucional, no vulnera el principio de legalidad.
414. Por tales consideraciones, corresponde desestimar la demanda en el presente extremo.

§2.10. SOBRE LOS PRESUNTOS VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO LEGISLATIVO 1237

415. Los ciudadanos recurrentes también han impugnado el artículo único del Decreto Legislativo 1237, en el extremo que modificó el artículo 200 del Código Penal, que tipifica el delito de extorsión. Según los demandantes, dicha norma es un instrumento para criminalizar las protestas sociales y generar un efecto intimidador *chilling effect* en los ciudadanos, e impedir el ejercicio del derecho fundamental a la protesta y a la libertad de expresión, en contravención de la Constitución y la CADH.

227 Sentencia 05312-2011-PA/TC, fundamento 15.

416. Añaden que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha exigido que los Estados dejen de aplicar tipos penales que convierten en actos criminales a aquellas conductas comúnmente observadas en el desarrollo de protestas, siempre que no afecten bienes como la vida, la seguridad, o la libertad de las personas.
417. Refieren, por último, que la ambigüedad del tipo penal de extorsión, incorporado por el Decreto Legislativo 1237, transgrede el principio de legalidad, que es reconocido por la Constitución. A criterio de los demandantes, dicha ambigüedad del tipo penal vulnera además la seguridad jurídica, el principio de lesividad y otras disposiciones constitucionales, como los artículos 2.2 y 103 de la Constitución, que reconocen el principio de igualdad ante la ley.

2.10.1. CUESTIÓN PROCESAL PREVIA

418. Con relación a los cuestionamientos previamente referidos, este Tribunal estima oportuno precisar que, al admitirse la presente demanda, con fecha 16 de abril de 2020, aún no se había publicado la sentencia correspondiente al Expediente 00009- 2018-PI/TC, en la que también se impugnó algunos extremos del Decreto Legislativo 1237.
419. En aquella sentencia, este Tribunal se pronunció respecto de la alegada inconstitucionalidad del citado Decreto Legislativo, pero no en su totalidad, sino solo respecto de la frase “u otra ventaja de cualquier otra índole” ubicada en los párrafos primero, cuarto y sexto.
420. Adicionalmente, se analizó el tercer párrafo del artículo 200 del Código Penal, aprobado por el decreto legislativo impugnado en cuanto estableció que:

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

421. En dicha sentencia, se declaró infundada la demanda en aplicación del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por no haberse alcanzado los votos necesarios para estimarla.
422. Como se ha detallado *supra*, en el presente caso, los ciudadanos recurrentes impugnan también la inconstitucionalidad de la modificatoria del artículo 200 del Código Penal, establecida por el citado Decreto Legislativo 1237.
423. Tal cuestionamiento ha sido realizado en virtud de argumentos coincidentes con las razones invocadas en la demanda entablada en aquel proceso respecto de la frase “u otra ventaja de cualquier otra índole”.
424. Al respecto, en el presente caso, los demandantes consideran también que el fragmento en cuestión de la disposición impugnada vulnera el principio de legalidad, concretamente el de *lex certa* y de seguridad jurídica, dada la ambigüedad que introduce en el delito, desnaturalizando un tipo penal cuyo bien protegido es el patrimonio, con lo cual se vulnera también el principio de lesividad.
425. Cabe advertir que en el Expediente 00009-2018-PI/TC se analizó la inconstitucionalidad por el fondo de la misma disposición contenida en el Decreto Legislativo 1237, por cuanto en este caso también se impugna la disposición “u otra ventaja de cualquier otra índole”, y se invoca principios y derechos fundamentales que resultan coincidentes con los alegados en aquel proceso y que integran el parámetro de control en la presente causa.
426. Por tales consideraciones, corresponde declarar improcedente la demanda respecto a dicha disposición, por existir cosa juzgada, de conformidad con el artículo 82 del Código Procesal Constitucional.

§2.11. SOBRE LOS PRESUNTOS VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO LEGISLATIVO 1453

427. Finalmente, corresponde analizar la constitucionalidad del primer párrafo del artículo 1 del Decreto Legislativo 1453, que, modificando el artículo 69 del Código Penal, prescribe:

El que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad,

queda rehabilitado sin más trámite, cuando además haya cancelado el íntegro de la reparación civil.

428. Los recurrentes consideran que la norma materia de análisis, al incluir el pago íntegro de la reparación civil como requisito insoslayable para que opere la rehabilitación automática, colisiona con el principio de resocialización y con los fines de la pena.
429. Alegan que la precitada disposición legal niega al sentenciado la posibilidad de reincorporarse a la sociedad, ya que, a pesar de haber cumplido la pena que le fuera impuesta, no podrá solicitar que se borren sus antecedentes policiales, judiciales y penales, ni que se le restituyan todos sus derechos, hasta que cancele el íntegro de la reparación civil. Además, refieren que la inclusión del cuestionado requisito legal no ha tomado en consideración que la reparación civil no constituye ningún tipo de pena y que su imposición está fuera de los límites del *ius puniendi*.
430. Por último, sostienen que el dispositivo legal cuestionado dificulta la reincorporación social de las personas que fueron condenadas por la comisión del delito de terrorismo, ya que, al ser impagables las “exorbitantes cantidades de dinero” que se fijaron por concepto de reparación civil, se encontrarán inhabilitados casi de manera perpetua.
431. Ahora bien, el Decreto Legislativo 1453, que modifica el artículo 69 del Código Penal, establece que la rehabilitación automática, que se presenta como instituto jurídico en materia penal, opera sin más trámite cuando concurren los siguientes dos requisitos:
- El sentenciado ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fuera impuesta, o haya extinguido su responsabilidad penal de cualquier otro modo; y
 - Ha cancelado el íntegro de la reparación civil determinada en el proceso penal.
432. Como ya se pusiera de relieve *supra*, el referido artículo establece en su segundo párrafo que los efectos de la rehabilitación automática son los siguientes:
- Restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia. No produce el efecto de reponer en los cargos, comisiones o empleos de los que se le privó; y,

- La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación.
433. Al respecto, como puede apreciarse, los mencionados efectos tienen una estrecha relación con el principio de resocialización, en tanto forman parte del proceso de rehabilitación del sentenciado, toda vez que, al restituirlo en sus derechos y cancelar sus antecedentes penales, judiciales y policiales, cambia su estatus jurídico, permitiendo su reincorporación en la sociedad en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos.
434. En atención a ello, este Tribunal considera que incluir el pago íntegro de la reparación civil como requisito para que opere la rehabilitación automática -con los efectos que ella supone-, no contraviene el principio de resocialización ni colisiona con las finalidades de la pena, dado que la reparación civil, al tener como finalidad que el sentenciado adquiera consciencia sobre la conducta antijurídica que desplegó, no está dissociada de los fines del régimen penitenciario, los cuales deben estar orientados desde la perspectiva de la prevención general y prevención especial de la pena.
435. Sobre los alegatos expuestos por los demandantes en este extremo, conviene precisar que, a través de un proceso de inconstitucionalidad, no puede cuestionarse de manera indirecta las “exorbitantes cantidades de dinero” que “por lo general” se imponen a las personas que cometieron el delito de terrorismo.
436. Siendo que los montos que se imponen por concepto de reparación civil son establecidos en el marco de un proceso penal por el órgano judicial competente mediante una sentencia, cualquier cuestionamiento dirigido a su determinación debe plantearse ante el órgano jurisdiccional que lo adoptó y en su debida oportunidad, esto es, antes de que adquiera la calidad de cosa juzgada.
437. En atención a ello, los cuestionamientos relacionados a las cantidades exorbitantes de dinero y a las dificultades que se presenten en el pago de las reparaciones civiles que le fueron impuestas a las personas condenadas por el delito de terrorismo, no pueden ser objeto de discusión en el presente caso, pues ello vulneraría el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, el cual garantiza que

se cumpla con lo decidido en una sentencia y que se reponga en su derecho y se compense –de ser el caso– por el daño sufrido a la parte que obtuvo un pronunciamiento a su favor.

438. A fin de resolver la presente controversia, corresponde tener en consideración que la reparación civil:

- i) es determinada por el órgano judicial competente con base en la normativa penal correspondiente;
- ii) puede ser objeto de impugnación en el plazo legalmente previsto; y
- iii) encuentra amparo constitucional en las finalidades preventivas de la pena.

439. Atendiendo a lo expuesto, este Tribunal concluye que su regulación como requisito para que opere la rehabilitación automática no contraviene la Constitución, ni vulnera los derechos fundamentales del penado.

440. Por las razones expuestas, este Tribunal estima que la norma cuestionada no vulnera el principio de resocialización ni contraviene la finalidad preventiva especial ni general de la pena.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda en los extremos relativos al cuestionamiento de las Leyes 30353 y 30610, y los Decretos Legislativos 1233 y 1453.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda interpuesta contra el penúltimo párrafo del artículo 98 de la Ley 30220, siempre que se interprete que están excluidos de sus alcances las personas rehabilitadas, según lo desarrollado en los fundamentos 260 al 280, *supra*.
3. Declarar **INFUNDADA** la demanda interpuesta contra el artículo 1 del Decreto Legislativo 1367, siempre que se interprete que la inhabilitación perpetua puede ser revisada conforme a ley.

4. Declarar **FUNDADA** la demanda respecto de la frase “*el impedimento resulta aplicable aun cuando hubieran sido rehabilitadas*” contenida en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 30717.
5. Declarar **FUNDADA** la demanda respecto de la frase —*Por haberse abierto proceso penal al padre o a la madre (...) por cualquiera de los delitos establecidos en el Decreto Ley 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio*”, establecida en el artículo 75 inciso h) del Código de los Niños y Adolescentes, modificada por la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30963, al no ser suficiente la mera apertura del proceso para que proceda la suspensión de la patria potestad.
6. Declarar **FUNDADA** la demanda respecto de la frase “*La rehabilitación, luego de cumplida una sentencia condenatoria, no habilita para prestar servicios personales en el sector público*” contenida en el segundo párrafo del artículo 1 de la Ley 30794.
7. Declarar **FUNDADA** la demanda respecto del término “procesados” contenida en el artículo 2 de la Ley 30414, en el extremo que modificó el último párrafo del inciso “b” del artículo 6 de la Ley 28094, Ley de Partidos Políticos.
8. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo que cuestiona la constitucionalidad de la frase “u otra ventaja de cualquier otra índole” prevista en el artículo único del Decreto Legislativo 1237, que modificó el artículo 200 del Código Penal.

Publíquese y notifíquese

SS.

MORALES SARAVIA

PACHECO ZERGA

GUTIÉRREZ TICSE

DOMÍNGUEZ HARO

MONTEAGUDO VALDEZ

OCHOA CARDICH

PONENTE PACHECO ZERGA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GUTIÉRREZ TICSE

Sin perjuicio de suscribir la ponencia, considero necesario expresar fundamentos adicionales respecto de los puntos resolutivos 1 y 4 de la sentencia, los mismos que paso a detallar:

1. La problemática social detrás del terrorismo

La complejidad de la realidad peruana ha motivado que la población se encuentre en permanente tensión social desde los albores de la República. La prosperidad económica y la pobreza han sido dos caras de una misma moneda.

El terrorismo imbuido con una apología al terror sobre la base de la violencia entre clases sociales, fue entonces caldo de cultivo fácil que permitió a los activistas de estos movimientos recibir la adhesión de miles de peruanos que optaron por la lucha armada a finales del siglo XX.

Precisamente durante los años noventa, periodo de mayor confrontación y de combate al terror, las políticas de Estado permitieron derrotar a la subversión, y condenar a sus cabecillas, entre ellos, al abominable Abimael Guzmán. Sin embargo, fueron muchos mandos medios y bajos quienes tuvieron que asumir el cumplimiento de altas condenas, y la estigmatización social como consecuencia de haber sido condenados a penas por terrorismo y traición a la patria conforme a la legislación penal de emergencia de la época.

Como sostenía el maestro Peña Cabrera a mediados de los noventa: “veinticinco mil personas dejaron su vida por la acción de otras personas. Cien mil familias han abandonado sus lugares de origen empujadas por la violencia. Pueblos y comunidades enteras han sido arrasadas”⁽²²⁸⁾.

228 Peña Cabrera, Raúl. Traición a la patria y arrepentimiento terrorista, Lima: Grijley, 1994, p. 26.

La responsabilidad no ha sido exclusivamente del terrorismo, el Estado en gran parte ha generado esta situación que se pensó ya concluida, pero que sigue conflictuando a los peruanos. Y es que, el Estado -no solo por las deficiencias crónicas del sistema, que permite el crecimiento de unos y la postración en la pobreza de otros-, sino también por la aludida legislación antiterrorista (necesaria en su momento)- ha continuado la lógica penal del “enemigo” por una legislación antiterrorista inadmisibles luego de la pacificación. Por estas razones, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional, dispusieron una adecuación legislativa de aquélla que sea compatible con los derechos humanos.

Hoy por hoy gran parte de los subversivos, habiendo cumplido sus condenas están excluidos de la sociedad y las normas impugnadas de aplicarse de manera indiscriminada los conduce a la muerte civil. Entonces, la política criminal en vez de abonar en un grado de razonabilidad entre diferentes actores en el conflicto subversivo, los termina castigando ya no solo en la prisión, sino una vez obtenida la libertad. Así, cuando muchos de ellos están empobrecidos por el impedimento de su reinserción económica a la sociedad debido a los estigmas aludidos, ¿cómo es que pueden pagar reparaciones civiles astronómicas?

Debe recordarse las conclusiones del Informe de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, el cual permitió la visibilidad de las víctimas y remeció la indiferencia con la que el Estado y la mayoría de la sociedad habían actuado durante los veinte años que duró el fenómeno del terrorismo⁽²²⁹⁾.

Ahora bien, sabiendo que gran parte de los condenados por terrorismo además proceden de las provincias serranas y amazónicas más pobres del Perú y que pertenecen al medio universitario, Chávez de Paz –comenta Valdivia⁽²³⁰⁾– defiende la tesis que el terrorismo es una consecuencia y no una causa, y que combatirlo supone fundamentalmente avanzar hacia la democratización y transformación del Estado, en una lógica donde el tratamiento exclusivamente represivo no sólo es poco eficaz, sino que impulsa la espiral de violencia en la que se encuentra el país.

229 Ver Informe de la Comisión de la Verdad.

230 Ver: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1989_08.pdf

Son precisamente estas razones las que justifican no solamente una política criminal con penas severas y medidas represivas *post* condenas, sino además sendas políticas para la reconciliación.

2. La necesidad de establecer políticas públicas para la Reconciliación

La reconciliación tiene como objeto a la *comunidad*, así lo refiere el filósofo Carlos Thibaut ⁽²³¹⁾:

“La reconciliación cívica tiene, por el contrario, su centro en la comunidad, en el nosotros. Es evidente que se solapa con el perdón –quienes se reconcilian son, al cabo, personas, con sus historias y sus emociones, con sus razones y sus motivos, pero no se identifica con él: es una tarea de la comunidad, cívica o moral, y es sobre ella sobre quien descansa el afán de reconstruir o de reparar el tejido quebrado de relaciones normativas que el daño haya podido producir: la lesión de los derechos, la quiebra de la confianza cívica, la destrucción de la dignidad de las personas.

Los grandes daños lastran la reconciliación cívica, la hacen depender con frecuencia de la justicia y reclaman un especial trabajo de la memoria, tanto la personal como la colectiva.

La reconciliación tiene que ver, de alguna manera similar a lo que acontece en el perdón que habla de las cualidades y circunstancias de la víctima, con el tono moral o con la identidad de la comunidad. Cabe decir que es un logro de esa comunidad cuando ha hecho el trabajo del daño, cuando ha cumplido la justicia, y es una forma por la que dota de sentido a la acción política y moral que la constituye, precisamente, como un «nosotros».

231 Thibaut, C. (2015). El perdón la reconciliación y la justicia. En Giusti, M., Gutiérrez, G., & Salmón, E. *La verdad nos hace libres: sobre las relaciones entre filosofía, derechos humanos, religión y universidad Volumen de homenaje a Salomón Lerner Febres con motivo de la celebración de sus 70 años*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. (p.77)

En ese objetivo, el Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que ejerce una función vinculada la **integración social, cohesión, inclusión y reconciliación**, según lo ha afirmado en el fundamento jurídico 36 de la STC 03228-2012-PA/TC:

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

(El énfasis es nuestro).

En conclusión, la línea que corresponde como mandato constitucional es sin duda la reconciliación. Exponer normas con medidas altamente restrictivas cuando no anulatorias pueden ser útiles para frenar el recrudecimiento del terrorismo, sobre todo de aquellos que siguen creyendo firmemente como convicción que vivimos en una guerra popular, y que los líderes de la subversión son prisioneros políticos. Pero, qué duda cabe que no se puede tratar de la misma manera a muchos hoy por hoy arrepentidos y que han pagado sus respectivas condenas.

Hace falta, por tanto, políticas de reconciliación, en un modelo constitucional donde el perdón, la toleración, el entendimiento, debe dar lugar a nuevos tiempos donde la inclusión y la procura del bienestar -a su vez- lleve a adoptar nuevas medidas que no estigmaticen de forma radical a ninguno, salvo a quienes dieron inicio al terror (cabecillas).

Como ha expresado Peña Cabrera en la década de los noventa: “es una preocupación de todos los peruanos, primero obteniendo la derrota militar de la subversión y después o paralelamente realizar los cambios que sea menester para resolver todos los problemas que agobian a la sociedad peruana. El reto es enorme: anchos y graves son los problemas causados en catorce años de lucha armada interna y como decíamos favorecida por la desigualdad y la marginación de las grandes mayorías. desde

esta perspectiva seria y real, pero solidaria y plural hay que encontrar a la brevedad posible un acuerdo nacional donde todos hagan algo de concesiones, única forma de lograr la unidad en la comunidad nacional”⁽²³²⁾.

Desde esta perspectiva, las normas sobre terrorismo deben ser complementadas con otras que promuevan la reinsertación a la sociedad de los condenados por terrorismo.

3. La paz social como deber de la justicia constitucional

Como señala Arango, “el concepto de paz ha evolucionado desde la segunda guerra mundial, pues no es solo ausencia de conflictos o guerra, sino es un fin, un objetivo imprescindible para ejercer y disfrutar los derechos humanos, en otras palabras, la paz, es sinónimo de promoción y respeto de derechos fundamentales” (...)⁽²³³⁾.

En dicha línea discursiva, qué duda cabe que, países como el nuestro, requieren que sus dignatarios se enfoquen en la paz social, donde los conflictos no sean la regla sino la excepción, y donde estos problemas se minimicen e impere el diálogo, la negociación y el consenso inclusivo y justo para los distintos los sectores sociales.

A estas alturas de nuestra vida republicana deberíamos aspirar, como señala Fukunaga, “a una paz que nos garantice que cuando tengamos un problema que resolver en la vía judicial, podamos estar seguros que esta se resolverá con justicia” (...)⁽²³⁴⁾.

En esta tarea, el Tribunal Constitucional no puede ponerse de costado. Todo lo contrario, la asignación como órgano de control de la Constitución le otorga una posición expectante para contribuir con la paz social. Y es precisamente allí, donde los jueces que la componen deben estar premunidos de todas las garantías para cumplir su rol con independencia e imparcialidad.

232 Peña Cabrera, Raúl. Op. cit., p. 27.

233 Arango Durling, V. (2007). *Paz social y cultura de paz*. Panamá: Ediciones Panamá Viejo. (p.9)

234 Fukunaga Fuentes, F. (2018). La búsqueda “permanente” de la paz social en el Perú. En Buendía Romero, C., & Panizza Richero, L. M. *Actas del II Congreso Latinoamericano por la Paz*. (pp.225-239). Lima: Fondo Editorial de la Universidad Católica Sedes Sapientiae. (p.232)

Sea cual fuere la deliberación y la decisión que adopte el órgano de control constitucional, debe primar el respeto de los detentadores y destinatarios del poder, pues como ha quedado definido en un reciente comunicado aprobado por la Conferencia Mundial de Justicia Constitucional en Bali del año 2022, hay un deber de todos de cooperar con la paz social, y entre ellos, del Tribunal Constitucional, así como de todos los actores institucionales y sociales.

El terrorismo constituye uno de los problemas más graves que aún sigue afectando a nuestra sociedad. No obstante, la forma de abordar esta cuestión ha conducido en no pocas ocasiones a cierto recorte de las libertades a favor de la llamada doctrina de la “seguridad nacional”, mediante medidas excepcionales de índole administrativa, penal, procesal penal y hasta penitenciarias⁽²³⁵⁾.

En nuestro país, el debate relacionado con la legislación de la materia y sus problemas derivados en relación a los principios y derechos fundamentales de la persona no es nuevo. Siguiendo los lineamientos de la doctrina penal española e italiana, el legislador nacional trató desde un principio de hacer frente a este problema social, llegando a un momento situacional que los penalistas llamaron la “ordinarización de un derecho penal de emergencia”.

Es innegable que el Estado tiene el derecho y la obligación de defenderse. Sin embargo, esto no significa, como enseñaba Beiling, que lo haga a cualquier precio. En este sentido en la STC 235/2007, de fecha 07 de noviembre del 2007, el Tribunal Constitucional español ha señalado que: “a las normas penales les esta vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales” y que la libertad de configuración del legislador encuentra allí su límite. Es obvio que la aplicación de cualquier tipo penal afecta la libertad de todo ciudadano. Ese no es el punto de discusión, sino en todo caso el debate respecto al alcance de las aristas de los respectivos tipos penales, la limitación del uso por parte del legislador de los llamados delitos de peligro abstracto, el adelanto de la punición de los llamados actos preparatorios (sin afectación real a un determinado bien jurídico), es decir, sobre todas

235 En este sentido, ver: Molina Álvarez, I. Derecho fundamentales y límites. Breve referencia a los delitos de Terrorismo, en Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad, Numero 07, páginas 2 y 3.

aquellas medidas legislativas que contradicen los principios del Derecho Penal de garantías postulado por el iusfilosofo florentino Ferrajoli ⁽²³⁶⁾.

En este sentido, es importante precisar -con base a los idearios consensuados en la aludida Conferencia Mundial de Justicia Constitucional en Bali del año 2022- que el trabajo de los juristas del presente, no debe quedarse en denunciar los conflictos de la legislación y la justicia ordinaria con la justicia constitucional, sino mas bien en promover lo que modernamente se denomina “la constitucionalización del proceso penal” ⁽²³⁷⁾.

Creemos que el mensaje es categórico. Todos tenemos el deber de promover y afirmar la paz social, habida cuenta su importancia para construir una sociedad integrada que frente al conflicto, la violencia o el rencor, utilicen el diálogo, la negociación, y el consenso, para resolver sus diferencias. Al fin y al cabo, paz y sociedad son inescindibles desde una vertiente colectiva y, en clave humanista, son las fuentes principales para el sostenimiento del estado constitucional de nuestros tiempos.

No perdamos de vista que, el insumo del terror de ayer y del futuro, siempre tendrá cobijo en la pobreza y la marginación. Es por ello imperativo que, gobierno y legislativo, desarrollen políticas complementarias para construir la paz social -y no solo entre los condenados por terrorismo- sino también para aquellos que lo han sido por excesos en la represión de la violencia. Es decir, para todos los peruanos.

S.

GUTIÉRREZ TICSE

236 Ferrajoli, L. Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Madrid 1995.

237 Cfr. Lorca Navarrete, A.M. La constitucionalización del proceso, en revista del Instituto de la Judicatura Federal. N° 45, enero junio 2018, páginas 351 y siguientes.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOMÍNGUEZ HARO

Suscribo la sentencia de autos y agrego las siguientes consideraciones en relación al cuarto punto resolutivo referido a la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 30717, concretamente, sobre la importancia de que sean los propios ciudadanos quienes rechacen, en la práctica democrática, elegir a personas con condenas por terrorismo o personas que alaben la violencia:

En primer lugar, deseo expresar que el terrorismo es la táctica de creación del miedo y el horror generalizado mediante el uso intencional de la violencia o amenaza de su uso contra inocentes para alcanzar determinados objetivos políticos. Es intencional, porque el uso del terror es una decisión deliberada y es contra inocentes, porque las víctimas potenciales no tienen involucramiento con ningún contexto bélico con la organización terrorista.

Esta despreciable metodología política fue vivida lamentablemente por nuestro país por más de veinte años, entre los años 1980 y 2000, décadas de nuestra historia donde experimentamos el pavor de crímenes sangrientos, asesinatos, torturas, secuestros, desapariciones de personas, etc., que, conforme al informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, cobró la vida de aproximadamente 70 mil personas, siendo la población campesina la principal víctima; e identificándose como iniciador y causante inmediato de este horror al Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso (PCP-SL), partido de ideología marxista, leninista y maoísta contra el cual el Estado Peruano se enfrentó militarmente hasta finalmente la captura de su líder en el año 1992 y, sucesivamente, hasta la captura de los demás miembros de la organización subversiva, todos ellos en la actualidad vienen purgando sentencias penales o algunos ha sido excarcelados por cumplimiento de condena.

Está demás recordar la posición de este Tribunal Constitucional frente al terrorismo. Según su jurisprudencia, la acción terrorista es considerada “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”, que ha costado “irreparables pérdidas de miles de vidas humanas y la significativa depredación de los bienes públicos y privados”, lo que “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” (STC Exp. 00010-2002-PI/TC, fundamento 1).

Ahora bien, **¿esta posición del Tribunal de rechazo al terrorismo es compatible con la decisión de autos que habilita la posibilidad de que personas que han cometido actos terroristas o alaben el terrorismo participen de la vida política del país y sean, eventualmente, elegidos por la voluntad popular para cargos públicos?** En mi opinión considero que no son incompatibles. La declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 30717, en el extremo que prohibía en forma absoluta que dichas personas postulen a cargos de presidente y vicepresidente de la República o congresista, gobernador regional o alcalde, luego de rehabilitados de la condena penal; en nada cambia nuestra opinión negativa en relación al terrorismo. Lo que se reafirma con esta decisión, por el contrario, es la maximización de los valores democráticos que la Constitución consagra en su seno, especialmente en sus artículos 3 y 43. De ahí que la sentencia de autos haya sido precisa en resaltar en su fundamento 147 de que será entera responsabilidad de los peruanos elegir o no, en democracia, a estas personas que justifican la violencia.

Debe señalarse que, desde mi perspectiva, detrás de la reivindicación que hace este Tribunal Constitucional de esta reserva a favor de los ciudadanos para que sean ellos quienes elijan o sancionen con su voto a estas personas; está la idea de que la política debe suponer *deliberación*. El discurso de legitimación de la violencia y la barbarie debe ser sometido al escrutinio público y debe ser condenado por los ciudadanos argumentativamente por la fuerza de la razón, porque debe quedar claro que la libertad política no se restringe a su reconocimiento formal en la ley, sino que su ejercicio necesita del cultivo de la práctica del debate y la persuasión mutua, y que va más allá, por supuesto, del momento del sufragio en las urnas.

Esta además ha sido la línea de pensamiento de este Tribunal. Este órgano ha señalado que “La importancia o trascendencia de la deliberación se advierte, especialmente, cuando se debaten cuestiones de marcado interés público. Es importante recordar que la democracia no puede ser concebida como un agregado de preferencias de aquellos que ejercen el poder, o como un espacio donde solamente se negocian distintas clases de intereses. Antes bien, la adopción de decisiones (particularmente aquellas que emanan del Parlamento, que es el órgano deliberante por antonomasia) debe fundamentarse en un constante y nutrido intercambio de argumentos, lo cual requiere que todos los que intervengan en ella cuenten con los datos necesarios que les permitan emitir una opinión informada que se oriente al bien público” (STC Exp. 00001-2018-PI/TC, fundamento 23).

Y para el cultivo de los valores democráticos que la Constitución consagra resulta menester que las instituciones de la sociedad generen suficientes “espacios públicos” que permitan la participación de todos para el intercambio de argumentos. Para eso, son precondiciones la *pluralidad* y la *igualdad* de los individuos, lo que precisamente colisionaba con la prohibición absoluta de Ley 30717 en perjuicio de los condenados por terrorismo o apología al terrorismo, bloqueando así la oportunidad para que la retórica de la legitimación del terrorismo compita con las opiniones en contra.

De este modo, en una democracia constitucional no es oportuno concepciones de la política donde esta se la reduzca en términos de amigos y enemigos y donde no importe los argumentos y la razón, sino que importe el aniquilamiento del adversario político, cual clásica definición schmittiana: “la distinción política específica, aquella a la que pueden reconducirse todas las acciones y motivos políticos, es la distinción de amigo y enemigo” [SCHMITT, Carl., 2009 (1932): *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza Editorial, p. 56]. Muy por el contrario, la democracia y el liberalismo político que subyace a la Constitución exige que todos nos tratemos como iguales y no esforcemos por persuadirnos y convencernos mutuamente y las ideologías, posiciones u opiniones políticas que rechazamos sea la consecuencia de haber perdido en el ámbito de los buenos argumentos.

Dicho esto, suscribo la sentencia de autos.

S.
DOMÍNGUEZ HARO

ÍNDICE TEMÁTICO

(Tomo XIII- Volumen 1)

A

- Aplicabilidad de los estándares del Convenio 169 a comunidades campesinas (Exp. 00015-2020-PI/TC, fjs. 21-25).
- Aplicación del test de proporcionalidad en el proceso de inconstitucionalidad (Exp. 00020-2021-PI/TC, fjs. 97- 57).
- Asamblea constituyente como salida al problema del poder de reforma constitucional (Exp. 00001-2022-PI/TC, fjs. 69-80).

C

- Carácter intangible de los fondos de la seguridad social (Exp. 00020-2021-PI/TC, fjs. 83-93).
- Contexto de excepcionalidad y las medidas económicas de carácter extraordinario dispuestas para enfrentar los efectos económicos de la pandemia Covid-19 en el Perú (Exp. 00020-2021-PI/TC, fjs. 28-57).

D

- Derecho
 - a la consulta de medidas legislativas (Exp. 00015-2020-PI/TC, fjs. 43-59).
 - a la consulta previa de los pueblos indígenas y comunidades campesinas como derecho fundamental (Exp. 00015-2020-PI/TC, fjs. 1-15).
 - a la consulta previa, libre e informada en el marco de lo dispuesto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (Exp. 00015-2020-PI/TC, fjs. 9-18).

- a la educación (Exp. 00005-2020-PI/TC, fjs. 236-239).
- a la integridad psíquica (Exp. 00005-2020-PI/TC, fj. 229).
- a la participación política (Exp. 00005-2020-PI/TC, fjs. 119-129).
- a la presunción de inocencia (Exp. 00005-2020-PI/TC, fjs. 302-304).
- a la protección de la familia y el derecho a tener una familia y no ser separado de ella (Exp. 00005-2020-PI/TC, fjs. 166-169).
- al honor y a la buena reputación (Exp. 00005-2020-PI/TC, fjs. 72-74).
- al libre desarrollo de la personalidad (Exp. 00005-2020-PI/TC, fjs. 232-233).
- a no ser discriminado (Exp. 00005-2020-PI/TC, fjs. 242-252).
- de acceso a la función pública en condiciones de igualdad (Exp. 00027-2021-PI/TC, fjs. 266-279).
- Diferencias entre el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) y el Sistema Privado de Pensiones (SPP) (Exp. 00020-2021-PI/TC, fjs. 58-82).

L

- Libertad de contratación (Exp. 00027-2021-PI/TC, fjs. 129-139).

M

- Mecanismos para la reforma de la Constitución vigente (Exp. 00001-2022-PI/TC, fjs. 86-89).

N

- Necesaria ponderación entre el derecho a la consulta previa y la atención de proyectos para el desarrollo del Estado (Exp. 00015-2020-PI/TC, fjs. 16-28).

O

- Obligación de someter a consulta y de obtener el consentimiento de las comunidades (Exp. 00015-2020-PI/TC, fjs. 26-33).
- Origen de un nuevo Estado (poder constituyente originario fundacional) (Exp. 00001-2022-PI/TC, fjs. 23-26).

P

- Poder constituyente (Exp. 00001-2022-PI/TC, fjs. 12-16).
- Poder constituyente originario (Exp. 00001-2022-PI/TC, fjs. 17-22).
- Poder constituyente derivado: el órgano revisor de la Constitución (Exp. 00001-2022-PI/TC, fjs. 44-65).
- Principios
 - de equilibrio presupuestal (Exp. 00027-2021-PI/TC, fjs. 15-24).
 - de cooperación entre poderes (Exp. 00027-2021-PI/TC, fj. 26).
 - de culpabilidad en materia sancionatoria (Exp. 00002-2021-PI/TC, fjs. 49-57).
 - de igualdad ante la ley (Exp. 00005-2020-PI/TC, fjs. 317-319).
 - de iniciativa de gasto público por parte de los congresistas (Exp. 00027-2021-PI/TC, fjs. 25-27).
 - de interés superior del niño (Exp. 00005-2020-PI/TC, fjs. 159-165).
 - de lealtad constitucional (Exp. 00027-2021-PI/TC, fj. 27).
 - de legalidad en materia sancionatoria (Exp. 00002-2021-PI/TC, fjs. 18-29).
 - de lesividad en materia penal (Exp. 00005-2020-PI/TC, fjs. 48-50).
 - de resocialización (Exp. 00005-2020-PI/TC, fjs. 337-341).
 - de separación y balance de poderes (Exp. 00032-2021-PI/TC, fjs. 154-173).

- de solución democrática (Exp. 00027-2021-PI/TC, fj. 28).
- de supremacía constitucional y de jerarquía normativa (Exp. 00027-2021-PI/TC, fj. 289).
- de tipicidad en materia sancionatoria (Exp. 00002-2021-PI/TC, fj. 30).
- presupuestarios en el esquema trazado por la Constitución de 1993 (Exp. 00027-2021-PI/TC, fjs. 7-13).
- Prohibición de expedir leyes especiales por razón de las diferencias de las personas (Exp. 00005-2020-PI/TC, fjs. 60-61).
- Pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto a la cuestión de confianza (Exp. 00032-2021-PI/TC, fjs. 14-90).
- Protección constitucional de los derechos de los pueblos indígenas (Exp. 00015-2020-PI/TC, fjs. 1-8).

R

- Referéndum en la Constitución de 1993 (Exp. 00001-2022-PI/TC, fjs. 90-101).
- Reforma de la Constitución de 1993 (Exp. 00001-2022-PI/TC, fjs. 81-85).

S

- Sustracción de la materia en el proceso de inconstitucionalidad y la necesidad de emitir un pronunciamiento de fondo (Exp. 00020-2021-PI/TC, fjs. 13-27).

ISBN: 978-612-99160-6-4



9 786129 916064