



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Centro de Estudios Constitucionales

JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tomo I

(junio 1996 - diciembre 2005)



CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES

Edición Oficial
2013



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Centro de Estudios Constitucionales

JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tomo Primero
(junio 1996 - diciembre 2005)

Gerardo Eto Cruz
(Editor)



CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES

Edición Oficial, 2013

Jurisprudencia Relevante del Tribunal Constitucional - Tomo Primero

Hecho en el Depósito Legal de la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2013-18865

Edición Oficial del Tribunal Constitucional del Perú

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

Primera edición: diciembre 2013
Tiraje: 500 ejemplares
Impreso en el Perú

Q&P Impresores S.R.L.
Av. Ignacio Merino 1546 - Lince
Telf. 470-1788 - 266-0754
qypimpresores2005@yahoo.com

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Presidente

Oscar Urviola Hani

Vicepresidente

Juan Vergara Gotelli

Magistrados

Carlos Mesía Ramírez

Fernando Calle Hayen

Gerardo Eto Cruz

Ernesto Álvarez Miranda

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Director General

Gerardo Eto Cruz

ÍNDICE

(TOMO I)

PRESENTACIÓN	13
ESTUDIO PRELIMINAR	15

A. PROCESOS ORGÁNICOS

AÑO 1996

Sentencia N° 0001-1996-I/TC, caso Colegio de Abogados de Arequipa Se declara inconstitucional las facultades concedidas a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial para separar a magistrados de su cargo por inconducta e idoneidad.....	91
Sentencia N° 0003-1996-I/TC, caso 36 <i>Congresistas de la República</i> Sobre la Ley que regula el referéndum	96
Sentencia N° 0005-1996-I/TC, caso 36 <i>Congresistas de la República</i> Se confirma la constitucionalidad del artículo 4° de la derogada Ley N.º 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que establecía la mayoría requerida para declarar la inconstitucionalidad de una ley	102

AÑO 1997

Sentencia N° 0002-1996-I/TC, caso <i>Colegio de Abogados de Lima</i> Se confirma la constitucionalidad de la Ley N.º 26657, ley denominada de "interpretación auténtica" que interpreta el artículo 112° de la Constitución sobre la reelección presidencial	112
Sentencia N° 0004-1996-I/TC, caso 36 <i>Congresistas de la República</i> Se confirma la constitucionalidad de la Ley N.º 26637, ley que modifica la administración del programa municipal del vaso de leche	119
Sentencia N° 0013-1996-I/TC, caso 35 <i>Congresistas de la República</i> Se confirma la constitucionalidad de las Leyes N.ºs 26479 y 26492, Leyes de amnistía	126
Sentencia N° 0014-1996-I/TC, caso 30 <i>Congresistas de la República</i> Se confirma la constitucionalidad de la Ley N.º 26530, Ley referida a los métodos de planificación familiar	131
Sentencia N° 0018-1996-I/TC, caso <i>Defensoría del Pueblo</i> Se declara la inconstitucionalidad de la sevicia y la conducta deshonrosa como causales de divorcio	137

AÑO 2001

Sentencia N° 0022-1996-I/TC, *Colegio de Ingenieros del Perú*

Se declara la inconstitucionalidad de los artículos 1° y 2° así como la Primera Disposición Final de la Ley N.º 26597, Ley que establece la forma en que se sustanciarán los procesos de expropiación para fines de reforma agraria y de afectación de terrenos rústicos. Asimismo, la inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria Única de la Ley N.º 26756.....

143

Sentencia N° 0005-2001-AI/TC, caso *Defensoría del Pueblo*

Se declara la inconstitucionalidad de los artículos 1°; 2°, literal a), numeral 6); 6°, incisos b), c) y d); 7°, incisos a), b), c), e), f), g), i), primer y tercer párrafo, e inciso j) y del artículo 8° del Decreto Legislativo N° 895, Ley contra el terrorismo agravado; del artículo 2° de la Ley N° 27235, Ley modificatoria del Decreto Legislativo N° 895; y, de los incisos a), b), c), f) y g) del artículo 1° del Decreto Legislativo N° 897, Ley de Procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de los delitos agravados que tipifica el Decreto Legislativo N° 896.....

147

AÑO 2002

Sentencia N° 0009-2001-AI/TC, caso *Más de cinco mil ciudadanos*

Se declara la inconstitucionalidad de los artículos 38° inciso 1 y 39°, así como de la Primera y Segunda Disposición Transitoria de la Ley N° 27153, Ley que regula la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas.....

155

AÑO 2003

Sentencia N° 0010-2002-AI/TC, caso *Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos*

Se declara la inconstitucionalidad de la legislación penal antiterrorista.....

165

Sentencia N° 0014-2002-AI/TC, caso *Colegio de Abogados del Cusco*

Se reafirma la constitucionalidad de la Ley N° 27600, Ley que suprime firma y establece proceso de reforma constitucional.....

202

Sentencia N° 0005-2003-AI/TC, caso *Jonhy Lescano Ancieta en representación de 64 Congresistas de la República*

Se reafirma la constitucionalidad de los artículos 1°, 2° y 3°, así como de la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley N° 26285, sobre desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios de portadores de larga distancia.....

225

Sentencia N° 0006-2003-AI/TC, caso *65 Congresistas de la República*

Se precisa la interpretación constitucional del inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República.....

244

Sentencia N° 0008-2003-AI/TC, caso <i>Roberto Nesta Brero y más de cinco mil ciudadanos</i> Se declara la inconstitucionalidad del Decreto de Urgencia N° 140-2001, a través del cual se suspendía la importación de vehículos automotores usados de peso bruto mayor a 3,000 kilogramos y de motores, partes, piezas y repuestos usados para uso automotor, por contravenir lo dispuesto en el artículo 118° inciso 19 de la Constitución.....	252
Sentencia N° 0014-2003-AI/TC, caso <i>Alberto Borea Odría y más de cinco mil ciudadanos</i> Se declara la improcedencia de la demanda por no ser la vía procesal idónea para cuestionar la constitucionalidad y legitimidad de la Constitución	269

AÑO 2004

Sentencia N° 0015-2001-AI/TC, 0016-2001-AI/TC y 0004-2002-AI/TC (acumulados), caso <i>Colegio de Abogados de Ica y Defensoría del Pueblo</i> Sobre el procedimiento de pago de sumas de dinero ordenadas por mandato judicial en procesos seguidos contra el Estado.....	280
Sentencia N° 0017-2003-AI/TC, caso <i>Defensoría del Pueblo</i> Se precisa la interpretación constitucional de los artículos 4°, 5° inciso b), 8° y 10° y se declara la inconstitucionalidad de los artículos 5° incisos c), d), e) y 11° de la Ley N° 24150, Ley que establece normas para cumplirse en los estados de excepción en que las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno en todo o parte del territorio.....	296
Sentencia N° 0004-2004-AI/TC, 0011-2004-AI/TC, 0012-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, 0014-2004-AI/TC, 0015-2004-AI/TC, 0016-2004-AI/TC y 0027-2004-AI/TC, (acumulados), caso <i>Colegio de Abogados del Cusco</i> Se declara la inconstitucionalidad del último párrafo del artículo 17° de la Ley N° 28194, Ley para la Lucha contra la Evasión y para la Formalización de la Economía (ITF).....	317

AÑO 2005

Sentencia N° 0024-2003-AI/TC, caso <i>Municipalidad Distrital de Lurín</i> Se desarrolla la estructura de las sentencias del Tribunal Constitucional y el precedente constitucional vinculante	333
Sentencia N° 0004-2004-CC/TC, caso <i>Poder Judicial</i> Sobre la Ley del Presupuesto General de la República y la competencia del Poder Judicial para participar en su proceso de elaboración.....	341
Sentencia N° 0041-2004-AI/TC, caso <i>Defensoría del Pueblo</i> Se declara la inconstitucionalidad de las ordenanzas municipales sobre arbitrios	363
Sentencia N° 0042-2004-AI/TC, caso <i>Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos</i> Se reafirma la constitucionalidad del impuesto a los espectáculos públicos no deportivos	379

Sentencia N° 0044-2004-AI/TC, caso <i>Yohny Lescano Ancieta en representación de 34 congresistas</i> Se declara la inconstitucionalidad parcial de la ley que contiene el Himno Nacional ...	397
Sentencia N° 0048-2004-PI/TC, caso <i>José Miguel Morales Dasso y más de cinco mil ciudadanos</i> Se reafirma la constitucionalidad de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley N° 28258, Ley de Regalía Minera	409
Sentencia N° 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-AI/TC, 0007-2005-AI/TC, 0009-2005-AI/TC (acumulados), caso <i>Colegio de Abogados del Cusco</i> Se reafirma la constitucionalidad de la ley de reforma constitucional del Decreto Ley N° 20530 (cédula viva) y la inconstitucionalidad parcial de la ley que establece nuevas reglas al régimen de pensiones.....	430
Sentencia N° 0002-2005-PI/TC, caso <i>Miguel Angel Mufarech y más de cinco mil ciudadanos</i> Sobre el desarrollo de proyectos de interés nacional y la distribución de competencias entre el Gobierno Nacional y el Gobierno Regional de Lima	500
Sentencia N° 0008-2005-PI/TC, caso <i>Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos</i> Se reafirma la constitucionalidad de la Ley marco del Empleo Público.....	529
Sentencia N° 0019-2005-PI/TC, caso <i>Más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República</i> Se declara la inconstitucionalidad de la ley que equipara el tiempo de detención domiciliaria con el de detención judicial preventiva	550
Sentencia N° 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados), caso <i>Presidencia del Consejo de Ministros</i> Se declara la inconstitucionalidad de las ordenanzas regionales que legalizaban el cultivo de la hoja de coca	565

B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

AÑO 2002

Sentencia N° 1124-2001-AA/TC, caso <i>Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú</i> Sobre el despido arbitrario, el derecho al trabajo y la libertad sindical.....	605
Sentencia N° 0726-2002-HC/TC, caso <i>Alejandro Rodríguez Medrano</i> Sobre el tratamiento penitenciario y los derechos de los internos.....	611

Sentencia N° 1091-2002-HC/TC, caso <i>Vicente Ignacio Silva Checa</i> Sobre los alcances de la libertad personal y la detención judicial preventiva	617
--	-----

AÑO 2003

Sentencia N° 0895-2001-AA/TC, caso <i>Lucio Valentín Rosado Adanaque</i> Se incorpora al ordenamiento constitucional el derecho de objeción de conciencia.....	629
---	-----

Sentencia N° 0976-2001-AA/TC, caso <i>Eusebio Llanos Huasco</i> Sobre el despido, el derecho del trabajo y los derechos fundamentales.....	635
---	-----

Sentencia N° 0290-2002-HC/TC, caso <i>Eduardo Martín Calmell del Solar Díaz</i> Sobre el principio de no dejar de administrar justicia por ausencia de ley, retroactividad de leyes penales, juez natural y principio de legalidad.....	647
--	-----

Sentencia N° 1429-2002-HC/TC, caso <i>Juan Islas Trinidad</i> Sobre las formas y condiciones en que se cumplen las detenciones o penas privativas de la libertad.....	654
--	-----

Sentencia N° 1797-2002-HD/TC, caso <i>Wilo Rodríguez Gutiérrez</i> Sobre el derecho a la autodeterminación informativa, acceso a la información pública, de petición y libertad de información	661
---	-----

Sentencia N° 2050-2002-AA/TC, caso <i>Carlos Israel Ramos Colque</i> Sobre el régimen disciplinario en la Policía Nacional y el derecho al debido proceso....	670
--	-----

Sentencia N° 2663-2003-HC/TC, caso <i>Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca</i> Se establece una tipología para el proceso de hábeas corpus.....	682
--	-----

AÑO 2004

Sentencia N° 2196-2002-HC/TC, caso <i>Carlos Saldaña Saldaña</i> Sobre la libertad individual, plazo de detención y retroactividad de la ley.....	687
--	-----

Sentencia N° 2488-2002-HC/TC, caso <i>Genaro Villegas Namuche</i> Sobre desaparición forzada de personas y el derecho a la verdad.....	691
---	-----

Sentencia N° 1219-2003-HD/TC, caso <i>Nuevo Mundo Holding</i> Sobre el secreto bancario y los límites al acceso a la información pública	697
---	-----

Sentencia N° 1593-2003-HC/TC, caso <i>Dionisio Llajaruna Sare</i> Sobre los beneficios penitenciarios y libertad personal.....	704
---	-----

Sentencia N° 2579-2003-HD/TC, caso <i>Julia Arellano Serquén</i> Se desarrolla la figura del estado de cosas inconstitucional y se establece el derecho de acceso de los magistrados a los videos de la entrevista personal y al acta de evaluación en el proceso de ratificación	711
--	-----

Sentencia N° 2945-2003-AA/TC, caso <i>Azanca Alhelí Meza García</i> Sobre el derecho a la salud, a la vida, el tratamiento para el VIH/SIDA y el suministro de medicamentos	720
Sentencia N° 3283-2003-AA/TC, caso <i>"Taj Mahal Discoteque" y otra</i> Sobre la libertad religiosa y el cierre de establecimientos públicos por Semana Santa..	729
Sentencia N° 0090-2004-AA/TC, caso <i>Juan Carlos Callegari Herazo</i> Sobre la discrecionalidad y el pase al retiro por renovación de cuadros en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.....	741
Sentencia N° 1058-2004-AA/TC, caso <i>Rafael Francisco García Mendoza</i> Sobre el uso del correo electrónico en el centro laboral (Serpost) y el derecho al secreto de las comunicaciones	753
Resolución N° 2333-2004-HC/TC, caso <i>Natalia Foronda Crespo y otras</i> Sobre el derecho a la integridad personal y la proscripción de toda forma de violencia	759
Sentencia N° 2915-2004-HC/TC, caso <i>Federico Tiberio Berrocal Prudencio</i> Sobre el derecho al plazo razonable de la detención preventiva	767

AÑO 2005

Sentencia N° 0256-2003-HC/TC, caso <i>Francisco Francia Sánchez</i> Sobre la retención injustificada de un cadáver, la integridad personal y libertad religiosa	777
Sentencia N° 0731-2004-HC, caso <i>Alfonso Villanueva Chirinos</i> Se precisan criterios para establecer límites a la detención domiciliaria	782
Sentencia N° 1238-2004-AA/TC, caso <i>Carlos Ever Gamarra Tapia Musso</i> Sobre la defensa de los derechos de los consumidores y los intereses "desproporcionados" en tarjetas de crédito, banca de consumo y préstamos dinerarios	787
Sentencia N° 2758-2004-HC/TC, caso <i>Luis Guillermo Bedoya de Vivanco</i> Sobre el principio de legalidad penal	791
Sentencia N° 2868-2004-AA/TC, caso <i>José Antonio Álvarez Rojas</i> Sobre los derechos fundamentales en el ámbito policial (la preferencia sexual no puede ser causal de despido).....	797
Sentencia N° 3330-2004-AA/TC, caso <i>Ludesminio Loja Mori</i> Sobre la libertad de empresa y la competencia de las municipalidades para optar licencias de funcionamiento. El caso de la Discoteca "Calle Ocho".....	807
Sentencia N° 2798-2004-HC/TC, caso <i>Gabriel Orlando Vera Navarrete</i> Sobre el plazo máximo de detención en procesos acumulados.....	838

Sentencia N° 3194-2004-HC/TC, caso <i>Nicanor Carreño Castillo</i> Sobre el delito de función.....	844
Sentencia N° 1805-2005-HC/TC, caso <i>Máximo Humberto Cáceda Pedemonte</i> Sobre la prescripción de la acción penal y el derecho a la libertad individual.....	856
Sentencia N° 2876-2005-HC/TC, caso <i>Nilsen Mallqui Laurence y otro</i> Sobre el contenido y los alcances del derecho a la libertad de tránsito.....	863

C. PRECEDENTES VINCULANTES

AÑO 2005

Sentencia N° 2302-2003-AA/TC, caso <i>Inversiones Dreams S.A.</i> Sobre el agotamiento de la vía previa tratándose de un amparo en materia tributaria...	879
Sentencia N° 1150-2004-AA/TC, caso <i>Banco de la Nación</i> Sobre la procedencia de los procesos constitucionales interpuestos por las dependencias administrativas del Estado incluyendo las empresas públicas contra los poderes del Estado y los organismos creados por la Constitución.....	888
Sentencia N° 2616-2004-AC/TC, caso <i>Amado Nelson Santillán Tuesta</i> Se establecen criterios para la aplicación del Decreto Supremo N° 019-94-PCM y el Decreto de Urgencia N° 037-94.....	891
Sentencia N° 3760-2004-AA/TC, caso <i>Gastón Ortiz Acha</i> Sobre la inhabilitación política para el ejercicio de la función pública.....	895
Sentencia N° 3771-2004-HC/TC, caso <i>Miguel Ángel Cornelio Sánchez Calderón</i> Se establecen criterios para evaluar el plazo razonable de la detención judicial preventiva.....	900
Sentencia N° 4677-2004-AA/TC, caso <i>Confederación General de Trabajadores del Perú</i> Sobre los alcances del derecho de reunión.....	905
Sentencia N° 0168-2005-PC/TC, caso <i>Maximiliano Villanueva Valverde</i> Se establecen criterios de procedibilidad de las demandas de cumplimiento.....	918
Sentencia N° 0206-2005-PA/TC, caso <i>César Antonio Baylón Flores</i> Se establecen criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral.....	923

Sentencia N° 1417-2005-PA/TC, caso <i>Manuel Anicama Hernández</i> Se establecen criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia pensionaria.....	932
Sentencia N° 1966-2005-HC/TC, caso <i>César Augusto Lozano Ormeño</i> Se establece la responsabilidad de la RENIEC en la consignación de datos personales en el Registro de Inscripción así como su responsabilidad en la custodia de los documentos que lo sustentan	947
Sentencia N° 2496-2005-HC/TC, caso <i>Eva Rosario Valencia Gutierrez</i> Sobre la detención judicial preventiva y los límites a la libertad personal.....	951
Sentencia N° 2802-2005-PA/TC, caso <i>Julia Mabel Benavides García</i> Se establecen criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia municipal.....	954
Sentencia N° 3482-2005-PHC/TC, caso <i>Luis Augusto Brian Delgado</i> Sobre hábeas corpus restringido y los límites a la libertad de tránsito.....	959
Sentencia N° 5854-2005-AA/TC, caso <i>Pedro Andrés Lizana Puelles</i> Sobre la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y la inconstitucional interpretación aislada del artículo 142° y 181° de la Constitución sobre las competencias del JNE	966
ÍNDICE TEMÁTICO	981

PRESENTACIÓN

El Tribunal Constitucional se complace en presentar a la comunidad jurídica y a la ciudadanía en general un libro emblemático para la institución. Se trata precisamente de aquella que recoge lo más trascendente de la obra de un tribunal, en este caso del trabajo realizado en más de una década de funcionamiento. En efecto, la entrega titulada "Jurisprudencia Relevante del Tribunal Constitucional", contenida en cuatro tomos, compila las sentencias más importantes dictadas por el Tribunal desde el inicio de sus actividades en 1996 hasta diciembre de 2012.

El Tomo Primero ha abarcado, en este contexto, el período comprendido entre junio de 1996 y diciembre de 2005; el Tomo Segundo, el período que va de enero a diciembre de 2006; el Tomo Tercero, el período entre enero de 2007 y diciembre de 2009; y el Tomo Cuarto, el período de enero de 2010 a diciembre de 2012. Las sentencias incluidas en estos volúmenes han sido agrupadas en sentencias que resuelven "Procesos Orgánicos", que incluyen el proceso de inconstitucionalidad y el proceso competencial, sentencias que resuelven "Procesos de Tutela de Derechos", que comprenden el proceso de hábeas corpus, el proceso de amparo, el proceso de hábeas data y el proceso de cumplimiento, y sentencias que contienen los llamados "Precedentes Vinculantes".

Los criterios de selección de estos fallos jurisdiccionales se encuentran detalladamente explicados en el Estudio Preliminar que encabeza este libro, aunque brevemente puede decirse que obedecen a la trascendencia de la decisión adoptada para el sistema constitucional en su conjunto o para determinados aspectos conformantes del mismo, así como tienen que ver con la definición jurisprudencial que efectúa la sentencia en relación con el contenido y alcances de un derecho fundamental en concreto. Es decir, se han incluido tanto las sentencias que resolvieron algún asunto de especial trascendencia en el debate público constitucional, como aquellas que, sin ser tan conocidas, han ido materializando los valores, principios y derechos que nuestra Constitución acoge. En suma, están aquí reunidos los veredictos que han permitido ejercer al Tribunal su rol no solo como garante del sistema de valores constitucionales frente al poder político, sino como intérprete final de las normas constitucionales, brindando eficacia y seguridad al sistema constitucional en su conjunto.

La presente obra ha estado a cargo del Centro de Estudios Constitucionales, órgano académico del Tribunal Constitucional, que en estos años y bajo la dirección del magistrado Gerardo Eto Cruz, ha llevado a cabo una intensa labor de difusión de la jurisprudencia y doctrina constitucional, a quien expresamos nuestra gratitud por esta nueva entrega, que resultará de lectura obligatoria para quienes, requeridos o no por sus funciones, deseen conocer qué es lo que nuestra Constitución prescribe sobre los derechos fundamentales de las personas y sobre las distintas instituciones que ha recogido para el adecuado funcionamiento del Estado, en la versión en que el supremo intérprete de la Constitución los ha entendido.

MAGISTRADO ÓSCAR URVIOLA HANI
Presidente del Tribunal Constitucional

A large, light gray, stylized logo consisting of the letters 'C', 'T', and 'D' in a bold, blocky font, centered on a gray square background with rounded corners. The logo is semi-transparent, allowing the text below to be visible.

ESTUDIO PRELIMINAR

LAS SENTENCIAS BÁSICAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Gerardo Eto Cruz

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Algo de historia en torno al Tribunal Constitucional peruano
- III. Los perfiles de la jurisdicción constitucional en el Perú
- IV. La autopercepción del propio Tribunal Constitucional en cuanto a lo que es
- V. Los criterios de selección de los fallos
 - a. El criterio cronológico
 - b. El carácter relevante de la decisión
 - c. El carácter pionero de la decisión
 - d. La importancia de la decisión
 - e. Los casos difíciles
 - f. El carácter principista de la decisión
 - g. Precedentes vinculantes
 - h. Por la catequesis pedagógica de los *obiter dicta*
- VI. Tras bastidores: una ojeada panorámica del *iter* de las decisiones constitucionales
- VII. Los métodos interpretativos del Tribunal Constitucional peruano
- VIII. El comportamiento judicial tras las decisiones del Tribunal Constitucional
- IX. Fuentes y antecedentes de la selección a nivel comparado
- X. Anexo: Introducción bibliográfica
- XI. Epílogo: Agradecimientos
- XII. Composición del Tribunal Constitucional peruano: cronología sumaria
- XIII. Anexo: Las sentencias constitucionales en cifras

I. Introducción

La Constitución de 1993 reintrodujo con notable acierto la presencia de un Tribunal Constitucional, esta institución había sido acaso la más novedosa creada originalmente por su antecesora, la Constitución de 1979; y pese a que hubo diversos sectores que se opusieron, la decisión del Congreso Constituyente Democrático (CCD) fue finalmente la de mantener este órgano de control e interpretación de la Constitución¹, que a la postre se ha convertido en las últimas décadas en el ente jurisdiccional que ha consolidado un fuerte sentimiento constitucional jamás visto en la historia republicana.

Reafirmada la presencia de un Tribunal Constitucional, dotado de *competencias exclusivas* para el control orgánico de la Constitución vía los procesos de inconstitucionalidad y los procesos competenciales, y a la vez de *competencias compartidas* con el Poder Judicial a través de los procesos de tutela de la libertad como el amparo, el hábeas corpus, el hábeas data y el proceso de cumplimiento; se delineaba así un complejo modelo de jurisdicción

¹ Ver in extenso: Diario de debates. Debate constitucional 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento, T. III, pp. 1731-1752, 1753-1784 (en esta sesión intervino Domingo García Belaunde defendiendo su permanencia), 1772-1784, 1785-1799; T. V, pp. 2954-2960.

constitucional que no sólo gravita e influye en el modelo político o el régimen de gobierno; sino que este órgano jurisdiccional, tiene hoy –no cabe duda– profunda influencia en los actuales modelos latinoamericanos de jurisdicción constitucional.

Por supuesto que todo modelo en su dinámica concreta tiene una serie de debilidades, tanto como de fortalezas que no se deben desconocer. Con todo, desde su andadura en 1996 al 31 de diciembre de 2012, el Tribunal Constitucional ha expedido 74283 fallos. Esto significa muchas cosas, no sólo en guarismos y en cuadros específicos que ya veremos en su momento; sino que, en lo fundamental, el Tribunal Constitucional cumple un rol vital en la gobernabilidad, en la predictibilidad, en la seguridad jurídica y dota al sistema de fuentes de una estabilidad y de transparencia que permite generar un verdadero Estado Constitucional en el sistema de justicia en el Perú; sobre todo en lo relativo a la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, dado que estos procesos que conforman la jurisdicción constitucional de la libertad son de suma importancia, aunque este rol ha llevado a que muchas veces, en este afán, la judicatura ordinaria, ven aparentemente afectados los ámbitos de su competencia, por supuestas interferencias, percepción que en estricto es equivocada.

Con todo, no es aquí el momento de explicar los inevitables roces entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional²; pues lo fundamental es que ambos órganos jurisdiccionales cumplen desde distintos ámbitos competenciales una notable labor de interpretación constitucional³ y cuando se trata de procesos de inconstitucionalidad; allí, no cabe duda, el guardián e intérprete supremo siempre será el Tribunal Constitucional el garante dentro de la pluralidad de intérpretes que tiene nuestro modelo de jurisdicción constitucional.

II. Algo de historia en torno al Tribunal Constitucional peruano

Si bien el actual Tribunal Constitucional reconoce como antecedente inmediato el antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales, cuya vigencia se desarrolló entre los años 1982–1992 con la disolución del Congreso y el autogolpe que propiciara Alberto Fujimori; ya en el plano académico, voces provenientes del foro habían propuesto la presencia de un órgano de jurisdicción constitucional que siguiera el modelo concentrado de los que ya existían en Europa.

- a) Entre los antecedentes académicos de lo que ahora conocemos como Tribunal Constitucional, es de referencia obligatoria la construcción teórica del profesor Raúl Ferrero Rebagliati, quien en un artículo pionero publicado en 1960 en la *Revista Jurídica del Perú*, titulado “El control de la constitucionalidad de las leyes”, diseñó un perfil de Tribunal compuesto de las siguientes características: a) estaría encargado de velar por la legitimidad constitucional de las leyes; b) los jueces durarían nueve (09) años en sus cargos, salvo los designados por el Senado y el Ejecutivo, que podrían ser renovados después de un año de iniciado un régimen político emanado de elecciones generales; entre otros aspectos.

Estas propuestas, a criterio del autor, suponían necesariamente la modificación de siete artículos de la Constitución de 1933, por entonces vigente; todos ellos reunidos en el Título XV, denominado “Garantías de constitucionalidad”. Y así, en lo que respecta a la designación de los magistrados de este órgano, el profesor Ferrero proponía en el artículo 237 de su proyecto lo siguiente:

2 La literatura es amplia; empero nos remitimos a DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael: *La guerra de los jueces. Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional*, prólogo de Jesús González Pérez, Dykinson, Madrid, 2012. GARCÍA BELAUNDE, Domingo (Coordinador): *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*, Palestra, Lima, 2008.

3 Sagüés, Néstor Pedro: *La interpretación judicial de la Constitución*, 2ª. Edición, LexisNexis, Argentina, 2006.

"Artículo 237.- El Tribunal constitucional se compone de **once** Jueces, designados en la siguiente forma: **tres** por el Presidente de la República, **tres** por el Senado, **tres** por la Corte Suprema entre sus miembros o entre los Fiscales Suplentes, **uno** por los Colegios de Abogados y **uno** por las Universidades nacionales"⁴.

En suma, Raúl Ferrero Rebagliati, en el foro limeño, ya esgrimía la necesidad de que se creara un tribunal autónomo. Fue el pionero en elaborar un Anteproyecto de Reforma Constitucional, en el que se establecía en forma concreta la presencia de un Tribunal Constitucional.

- b) Nueve años después, la idea de Ferrero sería retomada por el *ius-civilista* José León Barandiarán, quien desde los predios del Derecho Privado, y notoriamente influenciado por el modelo alemán de justicia constitucional, presentó en 1969 una ponencia ante el Colegio de Abogados de Lima y que luego fue publicada como artículo ese mismo año en la "Revista del Foro", publicación auspiciada por dicho gremio. En este caso, la propuesta era instituir un tribunal de control de la constitucionalidad y de la legalidad de la República, bajo un órgano denominado "El Tribunal". En este caso, el autor desarrolló un estudio específico y diseñó en términos más orgánicos la creación del citado órgano de jurisdicción constitucional. Y, en lo que concierne a la forma de designación de sus integrantes, el artículo 8° de su proyecto señalaba:

"Artículo 8°.- El Tribunal estará constituido por siete miembros designados en la forma que en seguida se especifica:

- a) un miembro designado por la Corte Suprema de Justicia de la República, debiendo recaer esta designación en un Vocal o Fiscal de la Corte Suprema, jubilado o cesante;
- b) un miembro designado por el Consejo Interuniversitario entre los profesores principales o eméritos de las Facultades de Derecho de las Universidades Nacionales;
- c) un miembro designado por el Comité Ejecutivo de la Federación Nacional de Colegios de Abogados, entre quienes hayan integrado los órganos directivos de dicha institución;
- ch) un miembro designado por la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima, entre quienes hayan integrado las Juntas Directivas de dicho Colegio;
- d) un miembro designado por la Academia Peruana de Derecho, entre quienes integran dicha Academia;
- e) un miembro designado en la forma que se indica en el párrafo segundo de este artículo;
- f) un miembro designado en la forma que se indica en el párrafo tercero de este artículo.

Una vez designados los miembros a que se refieren los puntos a), b), c), ch) y d) del párrafo anterior, se reunirán bajo la presidencia del miembro designado por la Corte Suprema de la República, procediéndose de inmediato a realizar un sorteo para la designación del miembro a que alude el punto e) del párrafo primero de este artículo. Para este efecto, cada una de las Cortes Superiores de Justicia de la República indicará el nombre de una persona para que participe en el sorteo respectivo, resultando miembro de El Tribunal la persona favorecida en el sorteo. Las propuestas recaerán en Vocales o Fiscales jubilados o cesantes de Cortes Superiores.

Igualmente, los mismos miembros a que se hace referencia al principio del párrafo segundo, procederán a realizar un sorteo para la designación del miembro a que alude el punto f) del párrafo primero de este artículo. Para este efecto cada uno de los Colegios de Abogados de la República con excepción del de Lima, indicará el nombre de una

4 FERRERO REBAGLIATI, Raúl: "El control de constitucionalidad de las leyes", en *Revista Jurídica del Perú*, N° 1, Lima, 1960, p. 91.

persona para que participe en el sorteo respectivo, resultando miembro de El Tribunal la persona favorecida en el sorteo.

Los sorteos antes mencionados se efectuarán en acto público, que se anunciará previamente⁵.

- c) El tercer tramo más moderno le corresponde a Domingo García Belaunde, quien recogiendo toda la experiencia moderna y comparada de los tribunales constitucionales europeos, replantea y diseña en términos estrictamente académicos la necesidad de cubrir un vacío e impulsar un órgano de jurisdicción constitucional concentrado que no sólo tenga la virtud de declarar eventualmente la inconstitucionalidad de las leyes, sino que este órgano, igualmente, tenga competencias definitivas en tutelar las afectaciones a los derechos fundamentales de las personas⁶.
- d) Y finalmente, ya desde la perspectiva de los actores políticos que cumplieron un rol preponderante en la creación de un Tribunal Constitucional, le corresponde el mérito al distinguido parlamentario Javier Valle Riestra Gonzáles Olaechea, quien en el seno de la Asamblea Constituyente fue el que lideró la propuesta y recepción en la experiencia de la constituyente 1978-1979. Con la puesta en marcha de la Constitución de 1979, el Perú se enrumaba en los modernos sistemas de control de constitucionalidad y de tutela de los derechos fundamentales, vía un Tribunal de Garantías Constitucionales⁷. Lo ocurrido posteriormente es ya historia reciente: la Constitución de 1993, reafirma este modelo, ha ampliado sus competencias y ha creado otros procesos constitucionales como veremos luego.
- e) No se crea, sin embargo, que la bibliografía peruana de la época sobre la figura del Tribunal Constitucional quedó limitada a estos pocos, pero decisivos impulsos académicos. Bien por el contrario, la bibliografía sobre la justicia constitucional, al compás de su desarrollo normativo, fue bastante profusa, y de ello dan cuenta los siguientes libros y ensayos pioneros en nuestra comunidad académica:
- ✓ AA.VV: "El Tribunal de Garantías Constitucionales" en *Debate*, Comisión Andina de Juristas y Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, 1986.
 - ✓ AGUIRRE ROCA, Manuel: "Las sentencias del Tribunal de Garantías Constitucionales frente a la crítica", en *Themis*, PUCP, 1982.
"Los fallos del Tribunal de Garantías Constitucionales ante la crítica", en *Themis*, Año I, No 3, PUCP, 1985.
 - ✓ BUSTAMANTE BELAUNDE, Alberto: "El Tribunal de Garantías Constitucionales: un proyecto de ley que no ofrece garantías", en *Qué Hacer*, Lima, N.º 10, 1981
"La irretroactividad de los fallos del Tribunal de Garantías Constitucionales", en *DERECHO*, PUCP, Lima, N.º 36, 1982.
 - ✓ BLUME FORTINI, Ernesto: "El Tribunal de Garantías Constitucionales", en *Ius et Praxis*, U. de Lima, 1983.
 - ✓ CÁRDENAS QUIROS, Carlos: "El Tribunal de Garantías Constitucionales: y la Constitución del Perú de 1979", en *El Foro*, Año LXVHI, N.º 2, Lima, 1981
 - ✓ CORSO MASÍAS, Alfredo: *El Tribunal de Garantías Constitucionales. Pronuario*, Arequipa, Edigrap EdL, 1984.
 - ✓ GARCÍA BELAUNDE, Domingo: "La influencia española en la Constitución

5 LEÓN BARANDIARÁN, José: "El Tribunal de control de constitucionalidad y de la legalidad", en *Revista del Foro*, N.º 1, Lima, 1969, p. 206.

6 Ubérrima es la producción de este académico; sin embargo, remitimos a nuestro trabajo: "El pensamiento del Derecho Procesal Constitucional en Domingo García Belaunde" en *Derecho Procesal Constitucional*: Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador), 4ª. Edición, T IV, Porrúa y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2003.

7 Vid. *Diario de Debates de la Asamblea Constituyente*. Tomo VIII, pp. 43-44, 64-71, 195-220, 473-483.

- Peruana (A propósito del Tribunal de Garantías Constitucionales)" en *Revista de Derecho Político*, Madrid, N° 16, 1982
- ✓ LINARES A., M. Octavio: *Derecho Procesal Civil*, Vol. II, Lima, Edit. Sudamericana S.A. (vid. pp 261 a 323), 1984
 - ✓ PELAEZ BAZAN, Mario: *El Tribunal de Garantías Constitucionales. Y un Anteproyecto de su Ley Orgánica*, Imp. Edit. Vicente Solsol, Lima, 1980
 - ✓ Hacia la Justicia Constitucional, Edit. Andina, Lima, 1984
 - ✓ POWER MANCHEGO-MUÑOZ, Jorge: *Constitución y justicia*, Edit. Andina, Lima, 1984
 - ✓ PALOMINO MANCHEGO, José F: "Notas sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales", *Revista Juris*, UNMSM, Lima, 1982
 - ✓ VALLE RIESTRA, Javier: *El Tribunal de Garantías Constitucionales. El caso de los votos nulos y en blanco*, Lima, Edit. Labrusa, 1986
 - ✓ VIDALCOBIAN, Ana María: "Funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales", en *El Foro*, Año LXXI, N° 2, 1984.

III. Los perfiles de la jurisdicción constitucional en el Perú de hoy

A tres décadas de presencia de una jurisdicción constitucional conformada en su momento por el antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales y el actual Tribunal Constitucional, bien se puede identificar un *modelo dual o paralelo* de jurisdicción constitucional, entendido como la presencia de dos órganos jurisdiccionales en coexistencia pacífica –Poder Judicial y Tribunal Constitucional– que imparten y resuelven controversias de naturaleza constitucional. A despecho de algunos presidentes de la Corte Suprema que ven eventualmente "usurpadas" las competencias de la judicatura ordinaria por el Tribunal Constitucional; ocurre más bien que el modelo peruano prevé competencias constitucionales en ambas judicaturas que merece explicitarse.

- a. El Poder Judicial conoce *prima facie* los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus, hábeas data y proceso de cumplimiento. Si la resolución final es estimatoria, se produce cosa juzgada; y hoy el justiciable emplazado, si considera que dicha resolución final de un proceso constitucional le ha sido adverso; bien puede entablar, en términos de suyo excepcionales, una nulidad de *cosa juzgada fraudulenta* u otro proceso constitucional: el *amparo contra amparo*. El hecho es que estamos siempre frente a un proceso constitucional contra una resolución judicial (proveniente de un primer proceso constitucional). Todo esto se ve y se discute en el seno del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional sólo conoce dichos procesos cuando llega a partir de un recurso de agravio constitucional que hoy se prevé en diversas figuras que el Tribunal Constitucional le ha venido rediseñando⁸.

Pero aparte de las competencias primigenias que tienen los jueces ordinarios para la tutela extraordinaria de los derechos *ius-fundamentales* –jurisdicción constitucional de la libertad–, cuenta también con un proceso constitucional para la tutela de la parte orgánica de la Constitución: la acción popular. Se trata, por tanto, de un proceso constitucional *exclusivo* del Poder Judicial en tanto históricamente a esta judicatura se le ha asignado el rol de resolver las controversias que afectan el principio de legalidad.

Y a este marco competencial, la Constitución igualmente le ha asignado a la judicatura ordinaria el control difuso de constitucionalidad de las leyes (artículos 51, 138 in fine de la Constitución y artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)⁹.

8 Vid. STC 2663-2009-PHC/TC, FFJJ. 6-11, STC 2877-2005-PHC/TC, FFJJ. 15, 19 y 20, RTC 0168-2007-Q, FFJJ. 5-7, RTC 0201-2007-Q, FFJJ. 3-10, STC 0004-2009-PA/TC, FFJJ. 12-15, STC 0294-2009-PA/TC, FFJJ. 11-18.

9 Vid. STC 01124-2001-PA, FJ 13; STC 01680-2006-PA, FFJJ 2 a 4.

Explicitado en líneas generales la fotografía de estos perfiles que tiene el Poder Judicial; bien podemos concluir aquí que sus jueces tienen una *doble naturaleza jurisdiccional*: son jueces ordinarios en tanto resuelven controversias relacionadas a *derechos subjetivos privados* o problemas derivados del *principio de legalidad*, todo ello bajo la singladura de la técnica de la *subsunción* para resolver estas controversias y que a nivel nacional oscila aproximadamente en dos millones de procesos judiciales; pero aparte, cuando a un juez –civil, penal o “mixto”– le llega a su despacho un proceso constitucional que incide en alguna tutela específica de sus libertades o derechos; por ficción jurídica deja de ser un juez ordinario, deja de asumir una concepción meramente legalista, y se convierte en “juez constitucional”, se encontrará entonces con que su argumentación y nivel de interpretación ya no sólo es encontrar *normas-reglas*; sino *normas-principios* que obligan a un periplo hermenéutico bajo la técnica de la *subsunción*; y en el plano de la tutela de los derechos fundamentales debe tener presente todo ese archipiélago que dimana de la teoría general de los derechos fundamentales (el principio kantiano de la dignidad humana, la doble naturaleza de los derechos fundamentales, su titularidad, la eficacia vertical y horizontal, la estructura de los derechos fundamentales a los cuales hemos aludido en parte: normas reglas y normas principios, la distinción entre norma y disposición, las posiciones de los derechos fundamentales; los límites y contenidos y un largo etc.); a todo ello, el juez constitucional adscrito al Poder Judicial *debe* relativizar su *chip* ideológico del procesalismo ortodoxo para aplicar o enfrentar los procesos constitucionales a partir de sendos principios, conceptos y categorías que hoy suministra una disciplina que tiene ya una gran presencia en términos cosmopolitas: el derecho procesal constitucional¹⁰.



No cabe duda, en consecuencia, que la judicatura ordinaria, si se aprecia en perspectiva, juega un rol más que importante: a las típicas competencias ordinarias, se han sumado nuevos retos en tutelar como primer órgano jurisdiccional la tutela de los derechos fundamentales de las personas naturales o jurídicas. Tiene, en consecuencia, una *doble naturaleza jurisdiccional*; si bien este boceto puede ser mal entendido si se tiene en cuenta que la jurisdicción es una sola en el Estado “repartido” competencialmente en sus diversos órganos del sistema de justicia. Con todo, propedéuticamente si se quiere, debe entenderse pues que los jueces ordinarios cumplen una notable labor en el control constitucional vía la Acción Popular; el control difuso de la constitucionalidad de las leyes y la tutela de los derechos *ius*-fundamentales, sumado al peso mayor de impartir justicia en el marco de la tutela ordinaria.

- b. En el Tribunal Constitucional, la situación es diferente pero convergente en relación a la judicatura ordinaria; sus integrantes son jueces exclusivamente constitucionales: no son jueces que detentan una doble naturaleza jurisdiccional como se ha expuesto en las líneas precedentes; son jueces que la Constitución le ha otorgado un delineamiento explícito, ser: “el órgano de control de la Constitución” (artículo 201); y cuyas atribuciones las precisa la norma fundamental en los siguientes términos:
1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.
 3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

10 Una ampliación bibliográfica puede verse en nuestro *Syllabus de Derecho Procesal Constitucional*, 3ª. edición, editorial ADRUS, Arequipa, 2013

IV. La autopercepción del propio Tribunal Constitucional en cuanto a lo que es

Es evidente que todo órgano de justicia está conformado por personas de carne y hueso; esto es, personas que tienen toda una suma de factores de formación, de personalidad, de concepción del mundo¹¹. A lo largo de su existencia; sin embargo, el Tribunal Constitucional ha venido autopercebiéndose o concibiéndose en una serie de resoluciones que es bueno recordar o tener presente, a fin de entender el marco y el contexto de las decisiones que aquí se publica en esta serie.

1. Órgano independiente y autónomo. Supremo intérprete de la Constitución.

El Tribunal Constitucional se autopercebe como un órgano autónomo e independiente y se predica entre sus competencias, ser el intérprete supremo de la Constitución. En este sentido ha señalado que “[...]el artículo 201º de la Constitución establece que el Tribunal Constitucional “es independiente y autónomo” en el ejercicio de sus competencias, como intérprete supremo de la Constitución (artículo 201º, 202º de la Constitución y 1º de la LOTC) goza de un amplio margen en la determinación de los métodos interpretativos e integrativos que le sean útiles para cumplir de manera óptima su función de “órgano de control de la Constitución” (artículo 201º de la Constitución). Todo ello, claro está, con pleno respeto por los límites que de la propia Norma Fundamental deriven [...]” (STC 00030-2005-PI, FJ 52).

2. Autonomía administrativa-jurisdiccional del Tribunal Constitucional: el principio de la competencia de la competencia

En virtud de la primera de ellas, esto es, su autonomía administrativo-jurisdiccional, es el Tribunal Constitucional el único al que le corresponde definir su propio gobierno y la organización, planificación y resolución de los procesos constitucionales sometidos a su competencia, de conformidad con el artículo 202 de la Constitución. Por eso mismo, se debe enfatizar en que la gestión jurisdiccional del Tribunal Constitucional es una cuestión orgánica que no puede ser sometida a controversia jurídica, sea a través de un proceso ordinario o de un proceso constitucional, porque con ello se estaría vulnerando el artículo 201 de la Constitución.

En realidad esta autonomía también se refleja en el artículo 3 de su Ley Orgánica, cuando señala que “[e]n ningún caso se puede promover contienda de competencia o de atribuciones al Tribunal respecto de asuntos que le son propios de acuerdo con la Constitución y la presente Ley (...)”. Ello es así por cuanto el principio de competencia de la competencia al que hace referencia este artículo es abierto y no se restringe únicamente a la definición de las atribuciones del Tribunal para conocer determinados procesos constitucionales.

Alcanza también, como señala la propia Ley, a otros “asuntos que le son propios”, como por ejemplo, la conformación de las Salas del Tribunal, la elección de su Presidente y Vicepresidente, la potestad del Pleno del Tribunal para levantar la inmunidad o definir la vacancia de los magistrados constitucionales, por ejemplo; lo cual incluye, claro está, la definición de su gobierno y de su gestión jurisdiccional. El Tribunal Constitucional no está sujeto al mandato imperativo de personas u organización en su gestión administrativo-jurisdiccional, porque si se permitiera injerencias externas en estos ámbitos en los cuales solo el Tribunal ostenta competencia para su definición, se estaría vulnerando la autonomía e independencia que la Constitución le reconoce a través de su artículo 201; por eso mismo

11 Vid. “El juez constitucional”, en *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, Edgar Corzo Sosa (coordinador), UNAM, 2009, pp. 11 y ss.

estas cuestiones que le "son propias" al Tribunal no pueden ser objeto de cuestionamiento o de intervenciones externas"¹².

3. Función de racionalización del poder.

Si uno de los *thelos* de toda Constitución, desde los antiguos hasta los modernos, como apunta Mauricio Fioravanti¹³, es convertirse en la técnica del poder¹⁴, el Tribunal Constitucional se ha autoconcebido, igualmente, en que es un órgano que racionaliza el ejercicio legítimo del poder cuando controla sus excesos. En esta perspectiva ha precisado que "[...] el Tribunal Constitucional estima oportuno recordar que entre sus funciones está la de racionalizar el ejercicio del poder público y privado, velar por la supremacía de la Constitución Política del Perú sobre el resto de las normas del ordenamiento jurídico, sean estas las emanadas del Estado o de entidades privadas, velar por el respeto y la protección de los derechos fundamentales de las personas naturales o jurídicas, y ejercer la tarea de intérprete supremo de los alcances y contenidos de la Constitución" (STC 3574-2007-PA/TC, FJ 8).

4. Deber del Tribunal Constitucional de integrar los vacíos normativos.

En el sistema de fuentes, pueden presentarse los fenómenos de los vacíos o deficiencias expresados en las lagunas del derecho¹⁵. Así, el Tribunal Constitucional ha apreciado que puede una declaratoria de inconstitucionalidad generar un *horror vacui*. De allí que ella misma se impone que tiene el deber de integrar los vacíos normativos que su fallo pueda generar. Así sostiene este órgano jurisdiccional que "[...] el Tribunal Constitucional tiene la obligación, de conformidad con el artículo 45º de la Constitución, de actuar con las responsabilidades que ésta exige. Por ello, advertido el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad de una norma puede generar, y la consecuente afectación de los derechos fundamentales que de ella puede derivar, tiene el deber —en la medida de que los métodos interpretativos o integrativos lo permitan— de cubrir dicho vacío normativo a través de la integración del ordenamiento pues, según reza el artículo 139º, inciso 8, de la Constitución, los jueces no pueden dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley" (STC 00030-2005-PI, FJ 54).

5. Obligación de resolver

"Que al respecto es de aplicación el artículo 5 del la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), que establece que en ningún caso el TC puede dejar de resolver; precisamente el órgano que no puede dejar de resolver está compuesto por siete miembros elegidos por el Congreso (artículo 201 de la Constitución Política del Perú) los que asumen el cargo al momento de su juramentación (artículo 19 de la LOTIC); en este sentido, la resolución de la presente solicitud por parte de aquellos que ya no son miembros del Tribunal Constitucional infringiría la Constitución y tal hecho podría ser pasible de sanción penal, y por otro lado la no resolución por parte de los actuales magistrados significaría una vulneración de la LOTIC y con ello de una de las normas que constituyen el Bloque de Constitucionalidad"¹⁶.

6. Política jurisdiccional de acercamiento a los ciudadanos

El Tribunal Constitucional entiende que parte de su política jurisdiccional comprende el acercamiento real de la justicia constitucional a los ciudadanos. Ello se debe a dos razones fundamentales: primero, al cumplimiento del mandato constitucional de descentralización

12 STC 10340-2006-PA, FJ 3 al 5.

13 FIORAVANTI, Maurizio: *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001.

14 Bidart Campos, Germán: *El poder*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1985.

15 AA.VV.: *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Marcial Pons, Barcelona, 2005.

16 RTC 05957-2006-PA (reposición), FJ. 2.

(artículo 188), en el entendido de que el proceso de descentralización también alcanza a la justicia constitucional, en aras de contribuir al desarrollo integral de la nación, que se fundamenta en el bienestar general y la justicia, según lo establece el artículo 44 de la Constitución.

Segundo, al cumplimiento, por un lado, del principio constitucional procesal de inmediación, según el cual el juez constitucional debe tener el mayor contacto posible tanto con los sujetos –demandante, demandado, por ejemplo– como con los elementos objetivos del proceso constitucional a resolver; por otro, del principio de economía procesal, el cual no se restringe, en los procesos constitucionales, a la duración del mismo, sino que exige aliviar en la mayor medida posible el esfuerzo de tiempo y de medios económicos que supone desplazarse a la sede del Tribunal Constitucional; y también del principio de socialización de los procesos constitucionales, de conformidad con el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (STC 10340-2006-PA, FJ 7 y 8).

7. Rol dentro de la Sociedad

Uno de los componentes de la Constitución como norma es que ella se nos presenta como una suma de valores fundamentales que permiten establecer espacios de afirmación de la dignidad del principio kantiano; así como la de impulsar su irradiación de valores a toda la sociedad civil. En este sentido el Tribunal Constitucional reconoce que ella tiene un rol que cumplir en la sociedad. Veamos: “[...] [e]s evidente que el Tribunal Constitucional, por su condición de ente guardián y supremo intérprete de la Constitución, y mediante la acción hermenéutica e integradora de ella, se encarga de declarar y establecer los contenidos de los valores, principios y normas consignados en el corpus constitucional. En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional, en cuanto Poder Constituyente Constituido, se encarga de resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al plexo del sistema constitucional, la supremacía del texto constitucional y la vigencia plena e irrestricta de los derechos esenciales de la persona. De ahí que formen parte de su accionar, la defensa in toto de la Constitución y de los derechos humanos ante cualquier forma de abuso y arbitrariedad estatal” (STC. 02409-2002-PA, FJ 1).

8. Función normativa

Al ser la Constitución fuente de fuentes de un sistema jurídico, le corresponde al Tribunal Constitucional impulsar el control de la producción legislativa del Estado, verificando el grado de compatibilidad de las normas con el contenido esencial de la Constitución; de allí que el Tribunal Constitucional, sin asumir, por cierto, un presunto rol de legislador positivo, en los términos que suponga eventuales usurpaciones al legislador, concibe que sus decisiones cumplen, también, una función normativa. Así, precisa que “[e]xisten, cuando menos, dos razones para sostener que el Tribunal Constitucional participa también de esta labor materialmente normativa. En primer lugar, porque al tener la capacidad de dejar sin efecto las normas con rango de ley, por juzgarlas incompatibles con la Constitución (artículo 204° de la Constitución), las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad que dicta tienen fuerza de ley, superando incluso el poder de la derogación, pues, a diferencia de esta, la sentencia estimatoria en un proceso de inconstitucionalidad ‘anula, por completo, la capacidad regulativa de las normas declaradas inconstitucionales’ (cf. STC 0004-2004-AI, FJ. 2). De ahí que el artículo 103° de la Constitución disponga: “(...) La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad”

En segundo lugar, porque, como Supremo Intérprete de la Constitución (artículo 1° de la Ley N.° 28301 –Orgánica del Tribunal Constitucional–), en aplicación de los principios de presunción de constitucionalidad de las leyes y de interpretación conforme a la Constitución, ejerce un control sobre el contenido normativo de las disposiciones legales, invalidando los sentidos interpretativos inconstitucionales e, incluso, haciendo explícitos aquellos otros sentidos interpretativos que, prima facie, no eran atribuidos a las disposiciones sometidas a evaluación (sentencias interpretativas “manipulativas”)” (STC 01907-2003-AA, FJ 20).

9. Su función de componedor de conflictos sociales

El Tribunal Constitucional con frecuencia debe hacer frente a conflictos de la más alta trascendencia social y política. Esto supone, muchas veces, que las decisiones jurisdiccionales que adopte, tengan un impacto en los medios académicos y de comunicación social.

No obstante, el reconocimiento del Estado Social y Democrático de Derecho como un espacio plural para la convivencia, hace posible que la labor del máximo intérprete de la Constitución sea la de un auténtico componedor de conflictos sociales, función que se canaliza, en forma institucional, a través de los procesos constitucionales.

La argumentación constitucional, es en este contexto, el mejor recurso de legitimación y persuasión con que cuenta este Tribunal para la búsqueda del consenso social y el retorno de la armonía. De este modo logra adhesiones y persuade y construye un espacio para su propia presencia en el Estado Social y Democrático de Derecho, erigiéndose como una institución de diálogo social y de construcción pacífica de la sociedad plural.

El Tribunal Constitucional participa como un auténtico órgano con sentido social, estableciendo, a través de su jurisprudencia, las pautas por las que ha de recorrer la sociedad plural, advirtiendo los peligros de determinadas opciones del legislador democrático, a través de sus sentencias exhortativas, o, simplemente, llevando el mensaje de la Constitución a los lugares más alejados del país, a través de sus audiencias descentralizadas. En un país que busca desterrar el trauma de las dictaduras y las opciones autoritarias que aún rondan cercanas, la labor del Tribunal, en cada caso, supone la convicción y la esperanza de que es posible construir una sociedad justa y libre con garantía para las diferencias y la pluralidad de opciones (STC 00048-2004-AI, FJ 2, 3 y 7).

10. Su rol como poder constituyente constituido

El Tribunal Constitucional ha hecho un deslinde epistémico entre el poder constituyente originario y el derivado; lo propio entre poder constituyente y poder constituido entendiéndose esto último como el poder político expresado en sus diversos órganos en estado de quietud o normalidad y en donde al poder constituido sólo le es competente producir normas ordinarias. Sin embargo, al ser el colegiado constitucional el intérprete supremo en materia constitucional constituye él mismo un *primus inter pares* frente al Poder Judicial y frente al Jurado Nacional de Elecciones, en tanto éstos también realizan interpretación en materia constitucional. No obstante, una autopercepción de suyo importante es que el Tribunal Constitucional, al emitir fallos, ejerce un rol de poder constituyente constituido que no viene a ser más que en sana doctrina un poder constituyente derivado en materia de interpretación. Así, "el Tribunal Constitucional, por su condición de ente guardián y supremo intérprete de la Constitución, y mediante la acción hermenéutica e integradora de ella, se encarga de declarar y establecer los contenidos de los valores, principios y normas consignados en el corpus constitucional.

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional, en cuanto Poder Constituyente Constituido, se encarga de resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al plexo del sistema constitucional, la supremacía del texto constitucional y la vigencia plena e irrestricta de los derechos esenciales de la persona. De ahí que formen parte de su accionar, la defensa *in toto* de la Constitución y de los derechos humanos ante cualquier forma de abuso y arbitrariedad estatal" (STC 02409-2002-AA, FJ 1).

11. Tribunal Constitucional y legislador

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre las relaciones entre estas dos entidades básicas del Estado, y sobre todo de eventuales invasiones de competencia en que el legislador ha incurrido en desmedro del Tribunal Constitucional. Veamos:

"[Se] vulnera el principio de separación de poderes y el control y balance de poderes, pues no es competencia del Legislador pronunciarse sobre el mantenimiento de una organización judicial declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional o pronunciarse sobre la ampliación de los efectos temporales de tal inconstitucionalidad, establecidos ambos en un acto jurisdiccional como es una sentencia del Tribunal Constitucional. Resulta vedado por la Norma Fundamental que un Poder del Estado como el Poder Legislativo invada las competencias de un órgano constitucional como el Tribunal Constitucional, ejerciendo funciones que solo a este le competen.

[Se] vulnera la garantía institucional de la autonomía del Tribunal Constitucional, toda vez que al disponer que siga en funcionamiento una organización de la jurisdicción militar declarada inconstitucional y prorrogar indefinidamente el periodo de *vacatio sententiae* establecido en una sentencia del inconstitucionalidad, ha desnaturalizado y desconocido las funciones de órgano de control de la Constitución (artículo 201º) que le ha asignado esta al Tribunal Constitucional. Si el legislador opera de este modo sobre las sentencias del Tribunal Constitucional resulta evidente la invasión de tal poder del Estado en un ámbito de competencia propio del órgano de control de la Constitución" (STC 0005-2007-PI/TC, FFJJ 61-62).

Sobre la calidad de ambos órganos como intérpretes de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente:

"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. Así, por ejemplo, cuando el Parlamento regula la legislación procesal (plazos, órganos competentes, número de instancias, requisitos de los actos procesal, tipos de procesos por la materia, por la complejidad, etc.), debe interpretar el respectivo contenido constitucional de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, dentro de los que destacan los derechos de libre acceso a la jurisdicción, de defensa, de contradicción, de motivación, a la cosa juzgada, a los recursos, a la ejecución efectiva de lo resuelto, al plazo razonable de duración del proceso, entre otros. Toda esta labor de legislación procesal no puede desconocer tal contenido constitucional, como tampoco resultar desproporcionada o irrazonable respecto de los fines que se pretende.

Este importante rol del legislador en el desarrollo de la Constitución justifica que en la interpretación de la Constitución, los jueces ordinarios, y este Tribunal Constitucional en particular, deban considerar determinados criterios de interpretación constitucional que también beneficien tal actividad estatal. Ejemplo de ello es el criterio de interpretación de la ley conforme a la Constitución." (STC 01761-2008-AA, FFJJ 16 y 17).

12. Relación con la justicia ordinaria.

El modelo dual o paralelo de jurisdicción constitucional que tiene el Perú, es un modelo de convergencia entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial; sin embargo, en la práctica hay eventuales incordias y fricciones entre ambas judicaturas. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional percibe una relación con la judicatura ordinaria que aquí se explicita. Veamos:

"Al fin y al cabo, ni la justicia constitucional puede considerarse en forma análoga a la justicia penal, ni aquella resulta una tarea que entre en el ámbito de competencia de los jueces constitucionales. Como nuevamente lo ha expresado su par español, mediante estos procesos se ha "encomendado proteger los derechos fundamentales (...), conociendo de toda calificación jurídica realizada por los tribunales ordinarios que viole o desconozca (...) derechos, pero carece de aquel carácter en relación con procesos comunes que resuelvan derechos intersubjetivos ajenos a los derechos fundamentales y que se pronuncien sobre

cuestiones de mera legalidad, al ser competencia exclusiva de los jueces y tribunales su interpretación y decisión, fijación de los hechos y subsunción, así como la precisión de las consecuencias jurídicas (...), aunque se apoyen en errores, equivocaciones o incorrecciones jurídicas o, en definitiva, en la injusticia de las resoluciones, porque ello le convertiría [al juez constitucional] en órgano de control de la mera legalidad, ejerciendo funciones que no le atribuye la Constitución" [cf. STC 104/1985].

De ahí que solo excepcionalmente quepa efectuar un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal y, en concreto, en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores. En consecuencia, si en la justicia ordinaria se determina la culpabilidad o inocencia del imputado, determinando en el caso si se da el supuesto de hecho previsto en la norma y sobre la base de consideraciones de orden penal, de acuerdo con la alternativa que ofrezca la dogmática penal que se estime la más adecuada, la justicia constitucional, en cambio, se encarga de determinar si la resolución judicial cuestionada afecta a derechos constitucionales" (STC 2758-2004-HC/TC, FFJJ. 7-8).

V. Los criterios de selección de los fallos

Desde el inicio del Tribunal Constitucional en 1996 hasta el 31 de diciembre de 2012 en que se cierra esta investigación, como ya se ha señalado, se han emitido un total de 74283.

Interesa aquí precisar cuál ha sido el criterio que ha tenido el Tribunal Constitucional para dar a conocer este complejo *maremagnum* de heterodoxos fallos que giran directa o indirectamente en la constitucionalización del orden jurídico.

Por principio, lo primero con que se topan los integrantes y los que integraron el Tribunal Constitucional a la fecha, es lo difícil que resulta seleccionar las decisiones más relevantes. Y es que ha de suponerse que todo fallo resulta importante para las partes que controvertieron en su caso concreto. Mas, lo relevante aquí debe ser tenido en cuenta por razones de *índole cualitativa* que determina su excogitación frente al peso *cuantitativo* que resulta imposible publicarlo en texto; pues para ello el interesado tiene la página web del Tribunal Constitucional que encontrará año a año todas las resoluciones que ha emitido el colegiado constitucional.

Con todo, *grosso modo*, podrán encontrarse algunas pautas o criterios que se ha tomado en cuenta y que aquí se explicitan:

- a. *Criterio cronológico.*- Se trata de presentar las decisiones en el marco de los años en que corresponde. Aquí el lector podrá identificar la composición de los magistrados y sus pareceres en determinadas resoluciones. Sobre el particular, interesa subrayar que no bien se inicia un Tribunal Constitucional precedido por un régimen autoritario como el que ocurrió en el Perú, evidentemente la conformación de los flamantes integrantes, no cabe duda, cumplen una importante labor nomofiláctica frente a una legislación que es objeto de un control constitucional. En lo sucesivo, los Tribunales Constitucionales aprecian caso por caso su eventual constitucionalidad o no. Con todo, la primera apreciación que tiene el lector es el criterio cronológico al que corresponde la emisión del fallo.
- b. *El carácter relevante de la decisión.*- Se trata aquí del criterio de apreciar una decisión que es, como se diría en el viejo latín *relevans* –levantar, elevar, alzar¹⁷– y que según el Diccionario de la Lengua significa "lo sobresaliente, excelente"; aunque de nuestra

17 SEGURA MUNGUÍA, Santiago: *Nuevo diccionario etimológico Latín – Español y de las voces derivadas*, 4ª edición, Universidad de Deusto, Bilbao, 2010, p. 650.

parte preferimos identificar con la segunda acepción de "importante, significativo". En efecto, las decisiones básicas que se encuentran seleccionadas resultan importantes por la materia que ha resuelto. ¿Qué materias? Por ejemplo en la *parte dogmática* de la Constitución, se podrán encontrar fallos que establecen las grandes líneas de concepción en los derechos fundamentales de las personas, no sólo a través de los procesos constitucionales *ad hoc* como son el hábeas corpus, el amparo, entre otros; sino vía sendos procesos de inconstitucionalidad. Igualmente es relevante casos en que el Tribunal Constitucional manifiesta una resolución de "concretización" de algún derecho, algún principio, alguna pauta no sólo en el ámbito de los derechos fundamentales; sino en todos los demás procesos, como los de inconstitucionalidad.

- c. *El carácter pionero de la decisión.*- Este criterio si bien está subyacente, necesita explicitarse. Se ha escogido decisiones de carácter pionero, esto es de decisiones que por vez primera resuelve un tema, conceptualizando o resolviendo de una determinada forma. Este carácter pionero se vincula con lo relevante, en tanto se trata de una *materia específica* importante, por un lado; y por otro, de que esa misma decisión es resuelta por vez primera. Es evidente que a partir de allí, seguirán cientos de fallos que siguen la pauta hermenéutica primigenia que se ha seleccionado en esta publicación.
- d. *La importancia de la decisión.*- Es evidente que todo fallo del Tribunal Constitucional resulta de por sí importante; y hasta podría decirse que su afirmación es una verdad de Perogrullo, si se toma en cuenta lo que establece el artículo VI *in fine* del Código Procesal Constitucional y su reiteración en el artículo primero de las disposiciones generales de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: "[l]os Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional". Sin embargo, conforme anota Itziar Gómez Fernández existen algunas decisiones que resultan de una importancia intrínseca por las cuestiones concretas que resuelven¹⁸. Y ello es así, en la medida que son fallos que revisten una singularidad propia y adviértase que no necesariamente la importancia radica en términos de aceptación de dicho fallo; sino porque la complejidad y la encrucijada que tiene que afrontar el Tribunal Constitucional le obliga a resolver de una determinada forma. El grueso de dichos fallos, por lo general, tienen una aquiescencia intrínseca en el sistema de fuentes y en la crítica académica; en otros casos sus fallos pueden ser controvertidos, como puede ser verbigracia el caso de la píldora del día siguiente, sólo para consignar un emblemático caso en que la opinión pública cuestionó esta decisión.
- e. *Casos difíciles.*- La impartición de justicia muchas veces se enfrenta ante la dicotomía de casos trágicos o casos difíciles. El Tribunal Constitucional percibe que no se han presentado los primeros; mas en el segundo existe por la naturaleza de la controversia dilemas que afrontar. Si bien la expresión es atribuida a Ronald Dworkin; este *ius-filósofo* enuncia la teoría en los siguientes términos: "[e]n el positivismo jurídico encontramos una teoría de los casos difíciles. Cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el juez – de acuerdo con esta teoría- tiene "discreción" para decidir el caso en uno u otro sentido. Esta opinión supone, aparentemente, que una u otra de las partes tenían un derecho preexistente a ganar el proceso, pero tal idea no es más que una ficción. En realidad, el juez ha introducido nuevos derechos jurídicos que ha aplicado después, retroactivamente, al caso que tenía entre manos"¹⁹.

18 GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar: *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional*, presentación de Pablo Pérez Tremps, Thomson – Civitas, Editorial Navarra, 2006, p. 18

19 DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, Traducido por Marta Guastavino, 1ª edición, 8ª reimpresión, Editorial Ariel, Barcelona, 2010, p. 146

Por lo general, los casos difíciles, se presentan en la tutela de los derechos fundamentales y de las libertades de las personas y hay mayor incidencia en el ámbito penal²⁰; y aunque su enunciado resulta muy laxo; no dejan de presentarse casos en los que el Tribunal Constitucional tiene y debe asumir una postura; pues como enuncia la propia Constitución, “[s]on principios y derechos de la función jurisdiccional, [... el de] no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley” (artículo 139, 8). Adviértase igualmente que todo caso difícil, es de por sí una decisión importante, y desde luego “una decisión relevante” y cronológicamente identificada en el tiempo.

- f. *El carácter principista de la decisión.*- Existe otro criterio que resulta oportuno formularlo en el marco de la justificación de la presente selección que acompaña a estos volúmenes que salen hoy a la luz; y se trata de que todo el entramado de fallos y decisiones, existe la fuerza gravitacional de un conjunto de fallos por los argumentos de principios que le han servido de base para la decisión de fondo. Estos fallos inciden en el sistema de fuentes porque recoge *lo más rico* de los estándares de interpretación constitucional que existe en los actuales Estados Constitucionales y son fallos de orden cosmopolita que tranquilamente se pueden encontrar e identificar en cualquier país de una democracia occidental.

Se da por sentado que esta práctica judicial es pacífica; no obstante, el Tribunal Constitucional estima oportuno consignarla en la vitrina de su selección, dado que con ello, se cumple con un diálogo entre tribunales constitucionales. Muchos de estos fallos se desarrollan en el marco de la recepción y uso de sentencias extranjeras²¹. Y es que todo Tribunal Constitucional no debe asumir una concepción autista y autárquica de sus decisiones; sino que debe mirar y utilizar fallos de otros tribunales²².

- g. *Precedentes vinculantes.*- No podía faltar el conjunto de fallos que constituyen precedentes vinculantes. El Tribunal Constitucional ha tratado de hacer esfuerzos en establecer las *razones de derecho* que recomiendan los precedentes vinculantes. Ronald Dworkin ha señalado que “si se reconoce que un determinado precedente está justificado por una razón determinada; si esa razón recomendaría también un resultado determinado en el caso sometido al tribunal; si no ha habido retractación de la decisión anterior, o si ésta no ha dado, de alguna otra manera, motivo de crítica institucional, entonces, en el caso posterior se debe llegar a esa misma decisión”²³.

En esta línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que el precedente vinculante:

“es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia.

20 AA.VV.: *¿Casos difíciles o irresolubles? Problemas esenciales desde el análisis de paradigmáticos casos jurisprudenciales*, Fernando Miró LLinares (Director), Dickinson, Madrid, 2010.

21 BUSTOS GISBERT, Rafael: *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, México, 2012.

22 BRITO MELGAREJO, Rodrigo: *El diálogo entre los Tribunales Constitucionales*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, México, 2011, pp. 71 y ss.

23 Dworkin, Ronald: *op. cit.*, p. 189.

La competencia del Tribunal Constitucional para determinar un precedente vinculante se encuentra sustentada en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual preceptúa que "(...) 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. 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" (STC 0024-2003-AI).

El Tribunal Constitucional ha concebido que existen determinados presupuestos materiales para establecer un precedente y que son los siguientes:

- a) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
- b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.
- c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.
- d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
- e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante. En este supuesto, de conformidad con lo establecido en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional debe obligatoriamente expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente" (STC 0024-2003-AI).

Debemos señalar a los lectores que los volúmenes que aquí se publican, cubren todos los precedentes vinculantes que se han venido emitiendo y que corresponden su ubicación a su aparición cronológica.

g.1. Una aclaración conceptual entre precedente vinculante y doctrina jurisprudencial.-

Todo precedente vinculante es doctrina jurisprudencial; mas no toda doctrina jurisprudencial puede ser identificada como precedente vinculante. Como ya se ha indicado líneas arriba, el precedente vinculante tiene ciertos presupuestos y características, se requiere un mínimo de 5 votos de los 7 que integran el colegiado constitucional, advirtiéndose también que un precedente es fruto de un pleno integrado por los 7 magistrados.

En cambio, la doctrina jurisprudencial constituyen los fallos que emite el Tribunal Constitucional y que puede dimanar tanto del pleno como de sala; y aunque esto es práctica interna que no está configurada explícitamente en la Constitución, ni en el Código Procesal Constitucional ni en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; internamente vía su Reglamento Interno se prevé la forma de resolverse las decisiones en mérito a los votos para que exista resolución. El ideal es que la doctrina jurisprudencial emane de un pleno; y de hecho así ocurre; lo que no impide que una sala integrada por tres magistrados pueda –y de hecho así ocurre igualmente– establecer doctrina jurisprudencial. Al respecto, resulta oportuno lo que el propio Tribunal Constitucional deslinda entre uno y otro:

"La incorporación del precedente constitucional vinculante, en los términos en que precisa el Código Procesal Constitucional, genera por otro lado, la necesidad de distinguirlo de la jurisprudencia que emite este Tribunal. Las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos

los poderes del Estado. Asimismo, conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N.º 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo.

Por otro lado, con objeto de conferir mayor predecibilidad a la justicia constitucional, el legislador del Código Procesal Constitucional también ha introducido la técnica del precedente, en su artículo VII del título preliminar, al establecer que "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 (...)". De este modo, si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto" (STC 03741-2004-AA, FJ 42 y 43).

- h. *Por la catequesis pedagógica de los obiter dicta.* - Toda sentencia o decisión constitucional, no sólo resuelve el caso concreto que las partes someten al Tribunal Constitucional; sino que su fallo entraña una labor pedagógica o de catequesis; se trata aquí de que, en el marco de la estructura de sus sentencias, existe una parte llamada "*obiter dicta*", que son los argumentos de paso y que, a través de estas reflexiones, se genera un sentimiento constitucional dirigido a la labor educativa. Veamos cómo el propio Tribunal Constitucional enuncia esta parte:

"La razón subsidiaria o accidental es aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan.

Dicha razón coadyuva in genere para proponer respuestas a los distintos aspectos problemáticos que comprende la materia jurídica objeto de examen. Ergo expone una visión más allá del caso específico; por ende, una óptica global acerca de las aristas de dicha materia.

En efecto, en algunas circunstancias la razón subsidiaria o accidental aparece en las denominadas sentencias instructivas, las cuales se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un amplio desarrollo doctrinario de la figura o institución jurídica que cobija el caso objeto de examen de constitucionalidad. La finalidad de estas sentencias es orientar la labor de los operadores del derecho mediante la manifestación de criterios que pueden ser utilizados en la interpretación jurisdiccional que estos realicen en los procesos a su cargo; amén de contribuir a que los ciudadanos puedan conocer y ejercitar de la manera más óptima sus derechos.

Asimismo, el Tribunal Constitucional emplea la razón subsidiaria o accidental en aquellas circunstancias en donde, a través del proceso de conocimiento de una determinada materia constitucional, establece un criterio pro persuasivo o admonitorio sobre posibles determinaciones futuras en relación a dicha materia.

Este pronunciamiento, a modo de dicta, permite a los operadores jurisdiccionales y a los justiciables "predecir" o "pronosticar" la futura manera de resolver aquella cuestión hipotética conexas al caso en donde aparece manifestada (STC 0024-2003-AI).

Definida así esta parte, no cabe duda que existe una ubérrima presencia de decisiones constitucionales que sientan posición, doctrina, predictibilidad; lo propio en este tipo de sentencias, aun pecando de demasiadas largas, se desarrollan interesantes conceptos, principios, categorías que van a permitir ilustrar a los operadores del sistema constitucional.

Estas son, grosso modo, los criterios que ha tenido el Tribunal Constitucional para la excogitación y selección de los fallos que aparecen en estos volúmenes.

VI. Tras bastidores: una ojeada panorámica del iter de las decisiones constitucionales

Interesa, dentro del marco de la transparencia que subyace en las reparticiones públicas, divulgar cómo es que se desarrolla el iter de una decisión desde que llega o ingresa a mesa de partes del Tribunal Constitucional. Se trata de iniciar un periplo de lo que ocurre dentro de la "casa constitucional", casa que por ironía del destino está asignada a una antigua casa colonial que lleva como nombre "la casa de Pilatos" conforme lo recuerda Ricardo Palma en una de sus tradiciones²⁴.

Veamos: según sea un proceso exclusivo del Tribunal Constitucional como es un proceso de inconstitucionalidad o un proceso competencial; o, en su defecto, vía el recurso de agravio constitucional de un hábeas corpus, un amparo, un hábeas data o un proceso de cumplimiento, todo confluyen a un sólo ingreso que es mesa de partes y que se le asigna un determinado número de expedientes; a partir de allí, se inicia un periplo que muchas veces los justiciables desconocen.

1. El ingreso y la programación de las vistas en audiencias públicas.

Una vez ingresado el expediente, sea de proceso de Habeas Corpus, de Amparo, de Habeas Data o de Cumplimiento, éste es programado para la vista de la causa en audiencia pública de Sala o de Pleno, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional concordado con los artículos 11, 12 y 13 de su Reglamento normativo. Seguidamente las causas se distribuyen conforme a los criterios dispuestos por el Pleno Jurisdiccional entre las comisiones de asesores jurisdiccionales, quienes están agrupados por especialidad en las materias más recurrentes.

La distribución de la carga procesal de las salas se realiza de modo que los procesos se distribuyan equitativamente siguiendo los siguientes criterios: 1) pares e impares; 2) procesos agrupados según la materia siempre que se aprecie desde un estudio preliminar de las causas si sobre estas se aplicarán precedentes vinculantes adoptados por el Tribunal Constitucional aplicando el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

2. La asignación de las ponencias

El Presidente asigna la ponencia en forma equitativa a los magistrados del Tribunal Constitucional guiándose por el orden numérico de las causas; en casos excepcionales designa la ponencia atendiendo a la experticia necesaria para la resolución del caso.

²⁴ La casa se fabricó en 1590, esto es, medio siglo después de la fundación de Lima y cuando los jesuitas acababan de tomar cédula de vecindad en esta tierra de cucaña. Fue el padre Ruiz del Portillo, superior de ellos, quien delineó el plano, pues ligábalo estrecha amistad con un rico mercader español apellidado Esquivel, propietario del terreno. Con maderas y ladrillos sobrantes de la fábrica de San Francisco, y que Esquivel compró a ínfimo precio, que encargó el mismo arquitecto que edificaba el colegio máximo de San Pablo de construir la casa misteriosa, edificio sólido y a prueba de temblores, que no pocos ha resistido sin experimentar desperfecto. Vid. Palma, Ricardo: *Tradiciones Peruanas*, T. I. Enrique Cappelletti Representaciones Editoriales, Lima, 2000, p. 48.

3. El trabajo de los asesores (la preparación de los proyectos de ponencias)

El gabinete de asesores, que se encuentra conformado por comisiones especializadas (habeas corpus, resoluciones judiciales, administrativo, tributario, provisional y laboral, cero o de precedente, casos especiales), lideradas cada una de ellas por un coordinador de confianza del Pleno, y bajo la dirección del Coordinador General del gabinete, preparan los proyectos por la comisión, la doctrina, o las pautas específicas de los ponentes y las pautas del Pleno dado el caso; una vez culminado el proceso de preparación del proyecto de ponencia remiten el expediente con el proyecto, visado por el coordinador, a la Secretaría Relatoría.

4. Pleno Jurisdiccional y Pleno Administrativo

Cada semana la presidencia del Tribunal Constitucional convoca a un Pleno, que puede ser Jurisdiccional o Administrativo, o ambas cosas a la vez. Allí se ven los temas de la administración misma del Tribunal Constitucional, las decisiones ordinarias o extraordinarias que se deben tomar para el funcionamiento adecuado de la institución. Además, hay una agenda específica sobre los debates de las ponencias, sobre todo de los casos más relevantes que el ponente lleva al Pleno para su discusión, o el propio Pleno dispone que se discuta con el objeto de adoptar una posición determinada en un caso que estime relevante.

Desde luego, no todo puede ponerse a votación, y en el caso del Tribunal Constitucional peruano, los siete magistrados no siempre resuelven los temas "al voto". En efecto, los procesos constitucionales no son más que un mecanismo para concretizar los derechos, principios y valores constitucionales derivados de un caso concreto que tiene una naturaleza litigiosa entre las partes. Muchas veces lo que efectivamente está en juego es la Constitución misma, a partir de la concretización que ese proceso constitucional reclama. En consecuencia, la Constitución no está al voto; dicho en otro sentido, la Constitución es una hoja de ruta una carta de navegación, a la que los magistrados les está vetado proponer una votación para ver si se aplica o no algún segmento de la Constitución. La Constitución *ya fue votada* por el órgano constituyente que la elaboró. No tiene sentido ver si se "*vota*" la aplicación de algún derecho fundamental que está en juego; los derechos fundamentales no se deciden por votos, sino por vía de la interpretación, a través de determinados estándares hermenéuticos.

Así como no se vota la Constitución, hay casos en los que sí se decide por votación una forma de resolución. Aquí los magistrados tienen presente que algún tema no va a ser favorable a su posición, de allí que opten por emitir un fundamento de voto o voto singular, según fuere la suscripción de la resolución final (decisión) que toma el colegiado. El ideal o *desiderátum* es que toda decisión final del Tribunal Constitucional sea colegiadamente suscrita por todos sus miembros, mas en esta ruta se presentan posturas que corresponden al ámbito estrictamente personal de cada magistrado. Probablemente aquí juegue un rol preponderante la *teoría psicológica del comportamiento judicial*, pero también otras teorías. En cada magistrado es probable que ocurra no solo una preocupación por un tema, sino que en su mente están decenas de proyectos de fallos o decisiones tanto de cosecha propia –ponencias–, o de los demás magistrados. Aquí juega un rol vital, ya no solo el gabinete de asesores con que cuenta el Tribunal Constitucional, sino también los asesores personales que pueden –y deben– tener cada magistrado.

Pero recapitulemos, lo que se manifiesta en el Pleno Jurisdiccional: aquí en estricto, lo que ocurre es que el Tribunal Constitucional en pleno delibera una serie de asuntos. Aunque nuestro Tribunal Constitucional no tiene una sala de deliberaciones en la versión que describe el ex-Presidente de la Corte Constitucional italiana, Gustavo Zagrebelsky, cabe señalar que en la Casa de Pilatos, lugar donde funciona el Tribunal Constitucional, existe una Sala de audiencias; así como una Sala de Pleno y es aquí donde se cumplen una serie de ritos que es práctica usual en todos los tribunales, salas o cortes constitucionales de todo

el mundo. Al respecto, hacemos aquí una cita *in extensu* de cómo describe Zagrebelsky el desarrollo y los ritos de lo que ocurre tras bastidores en la justicia constitucional:

“La sala de deliberaciones es el punto conceptual de confluencia, el punto focal. Quizá no haya sucedido nunca, pero desde el patio interior sería posible observar, a través de los cristales, el proceder vagamente ritual de los jueces que, por los dos lados, con el usual paso lento de quien viene de lejos, convergen para su cita diaria en aquella. De aquí se separarán, de la misma manera, al término o en las pausas del trabajo, para encerrarse en los despachos y encontrarse a solas consigo mismos.

Esto es mucho más que un simple deambular de un lugar a otro. Es un movimiento rítmico de ir y venir, encontrarse y alejarse, que tiene un significado espiritual, de unión y separación, en el que se expresa bien la característica dualidad de un órgano como el Tribunal Constitucional: quince personalidades singulares que se encuentran y confunden en una unidad que las engloba y que después se separan, recuperando su propia dimensión individual. Esta volverá a ponerse en común y luego de nuevo a separarse, y así una y otra vez. Una unidad y, al mismo tiempo, quince sujetos; un todo y sus partes, cada uno -el todo y sus partes- con sus propias y autónomas razones de ser.

La sala de deliberaciones, más que un lugar físico, es así también y sobre todo un espacio espiritual: el espacio de la unidad que de quince hace uno o, mejor, usando una metáfora clásica, una “persona grande”. Hay una pequeña costumbre, que de entrada puede parecer vacía y hasta fastidiosa, si no más bien hipócrita: los recíprocos apretones de mano que los jueces se intercambian antes de comenzar el trabajo cada vez que se encuentran o reencuentran. Cada vez, es como si acabasen de conocerse, comenzasen de cero, y lo vivido por cada juez con todos los demás ya no contase. La sala de deliberaciones es un lugar de encendidas discusiones, incluso de enfrentamientos. Pero no deben dejar huella, no deben influir en la futura actividad. Cada resolución está fuertemente condicionada por los precedentes: en este sentido el pasado condiciona el futuro. Pero se trata del peso objetivo de la jurisprudencia, no de sentimientos o resentimientos personales alimentados en los debates. Esa curiosa costumbre es la revelación del estado de ánimo con el que los jueces comienzan su actividad cotidiana. No sé cómo nació. Sé que está asentada y, pensándolo bien, siento haber omitido con frecuencia un rito con un significado tan rico, señal de una renovada apertura al dialogo y disponibilidad a la cooperación y a la fusión de las opiniones y de las voluntades. ¡Ay!, si durante nueve años se acumulasen prejuicios personales, se alzarían muros de incomprensión que, además de hacer insoportable la atmosfera de la sala de deliberaciones, perjudicarían la calidad constitucional del trabajo a cumplir, un trabajo que presupone confianza reciproca e interés reciproco de cada uno por las opiniones de los demás.

Símbolos sobre símbolos; probablemente no intencionados, pero, precisamente por ello, capaces de expresar muchos y objetivos significados.

Durante jornadas enteras, con frecuencia fatigosas y hasta demasiado largas en relación con las capacidades mentales, los quince discuten y deliberan, sentados ante una gran mesa ovalada.

En la contigua sala de vistas se disponen a los largo de una mesa abierta por un lado, en forma de herradura, el presidente en el centro y siete jueces a la derecha y siete a la izquierda, en orden inverso a la antigüedad en el cargo. La disposición asegura que todos puedan verse las caras, como personas vivas y no entidades inertes, como terminarían siendo si por el contrario se dieran la espalda²⁵. El semicírculo, en el lado

25 La referencia de esta observación se encuentra en E. Levinas, “Texto del Tratado ‘Sanderín’ (36b-37)”, en *Cuatro lecturas talmúdicas*, Riopiedras, Barcelona, 1997, donde se trata de la disposición de los puestos en el Gran Sanedrín de Jerusalén.

abierto de la mesa, mira hacia el banco de los abogados y los sitios reservados para la prensa y el público: en una palabra, está orientado hacia el mundo exterior. En cierto modo expresa la idea de apertura, de unión, de intercambio. La audiencia es tiempo de escucha y de búsqueda de razones, allí donde puedan encontrarse. El secretario levanta acta para evitar que nada se pierda. Todos los jueces se enfrentan al minan y, a través de sus rostros, son examinados.

Cuando después, terminada la audiencia pública, se trata de decidir, los jueces se "retiran" a deliberar. Se abre entonces un espacio temporal distinto y una dimensión espiritual distinta. Con ese "retirarse", se interrumpe todo contacto con el exterior. Los jueces se encuentran solos consigo mismos. Lo que está fuera, el mundo en función del cual se reúnen, solo continúa su existencia en las representaciones de quien está dentro.

El escenario cambia según un ritual cargado de significado. Son otros símbolos. El lado de la mesa que en la audiencia pública estaba abierto, ahora se cierra para que quede claro que desde sus propias fuerzas. Antes se permitía mirar fuera del propio círculo, absorber todo lo que luego podría ser de ayuda. Ahora toda relación con el exterior debe cesar. Las legítimas influencias de antes se convertirían en interferencias ilegítimas. El trabajo común no debe ser turbado. Este encerrarse, formar un cuadrado, más bien círculo (la figura que mejor lo representa), significa el esfuerzo común para rechazar la presión que viene de fuera. Durante el tiempo en el que se está decidiendo, que puede prorrogarse de un mes a otro, la sala de deliberaciones debe ser respetada. Es un periodo de tiempo delicadísimo. Los buenos jueces se convierten en impermeables. Nuevos hechos, no controlables, podrían alterar la libre formación de sus convicciones personales. Por esto, hay que proteger la deliberación de todo aquello que no estaba presente en el momento de comenzar. Las numerosas y continuas "interferencias" siempre son sospechosas, y más en este momento. La petición de suspensión de los trabajos es legítima cuando sirve para reflexionar; es sospechosa si facilita "contactos". Quien presumiese de sus influencias, quien se jactase de sus relaciones, no sabe el daño que puede hacer. Ningún extraño es admitido en ese trabajo. Las voces de fuera no deben ya resonar porque la sala de deliberaciones es lugar de autónoma interpretación y elaboración de datos adquiridos ritualmente, no es caja de resonancia"²⁶.

5. El control de proyectos en Secretaría Relatoría

En la Secretaría Relatoría (SR) se realiza un control de calidad de los proyectos de ponencia confrontándolos con la jurisprudencia; asimismo desde la SR se brindan a los asesores jurisdiccionales las pautas acordadas por el Pleno, los ponentes o por los magistrados de Sala.

Por otro lado en la SR se realiza la corrección gramatical y de estilo del proyecto. Culminada esta etapa el expediente y el proyecto de ponencia son elevados al magistrado ponente.

6. La aprobación de la ponencia y la rúbrica

El magistrado ponente cuenta con un proyecto que puede adoptarlo o rechazarlo; en caso de que lo adopte lo rubricará (convirtiendo el proyecto en ponencia) y lo enviará a su compañero de sala o del Pleno con el expediente (siguiendo el orden de precedencia de menor a mayor); en caso contrario puede realizar cualquier modificación o incluso una ponencia propia que será enviada, junto con el proyecto del grupo especializado y el expediente al compañero de Sala o Pleno.

26 Zagrebelsky, Gustavo: Principios y Votos. El Tribunal Constitucional y la Política, Traducción de Manuel Martínez Neira, Mínima Trotta, Madrid, 2008, pp. 16-20.

En esta etapa los magistrados también reciben ponencias de sus pares pudiendo o bien adoptarlas o bien emitir un voto particular.

El magistrado que aprecie que la ponencia pueda merecer un voto particular puede reunirse con el ponente para intercambiar puntos de vista con el propósito de evitar una futura discordia; pero si considera no intercambiar posiciones personalmente el magistrado deberá remitir la ponencia y su voto a la relatoría desde la que se tramitara el voto para que este sea conocido por el ponente con el propósito de permitirle a él la reconsideración de la ponencia o, en su defecto, su ratificación.

Los magistrados, a su criterio, pueden incluir en la agenda de Pleno los casos que consideren para la exposición o debate entre sus pares sean o no ponentes de la causa.

7. Los proyectos de sentencias o resoluciones

Las ponencias una vez aprobadas (rubricados por los magistrados) por todos los magistrados se convierten en proyectos de resolución y son enviados a la SR para que las reimprimen en papel membretado y luego sean elevadas a los magistrados para la firma final (esta etapa se explica pues en ella se incorporan los cambios que los magistrados pudieron haber hecho en el proceso de rubrica de la ponencia)

Terminado el proceso de firmas finales la sentencia es publicada en la página web y finalmente notificada.

VII. Los métodos interpretativos del tribunal constitucional peruano

1. Preliminares

En la *praxis* de la jurisdicción constitucional, sin duda, uno de los temas más trascendentes y que puede llegar a definir incluso la propia legitimidad de los tribunales constitucionales, es el tema de la *interpretación constitucional*²⁷. Es un tópico afirmar en el actual esquema del Estado Constitucional que las normas constitucionales que van a definir la validez del ordenamiento jurídico en su conjunto, presentan algunas particularidades que van a requerir, a la par, de una peculiar forma de interpretación, distinta a la usual interpretación efectuada por la judicatura ordinaria. Si los métodos clásicos de interpretación, histórico, teleológico, literal y sistemático cumplen en la interpretación de la ley un papel más o menos destacado, en la interpretación de la Constitución estos métodos se presentan como insuficientes y han sido vadeados, dado que de lo que se trata aquí es de interpretar contenidos de carácter *ius-constitucional*²⁸.

En el actual desarrollo de la *teoría de la argumentación jurídica* se ha dado mucho énfasis al hecho de que en el derecho y en especial en el derecho basado en principios – como lo es básicamente el derecho que se desprende de la Constitución- el método jurídico ha sufrido una trascendental metamorfosis. De un razonamiento jurídico como derivación silogística se pasa, a través de la delgada línea de la interpretación constitucional, a una argumentación jurídica basada en razones, razones que se presentan a favor o en contra, de la aplicación o preferencia de un principio constitucional sobre otro. Lo que hoy se ha dado en llamar *método ponderativo* no es, en este contexto, más que el resultado de la presencia cada vez más marcada en el ordenamiento jurídico de los principios (o normas constitucionales) y del carácter normativo de la Constitución²⁹.

Una argumentación constitucional basada en razones requiere, sin embargo, una serie de principios orientadores y criterios rectores que sirvan sobre todo de límite interno

27 Vid. a FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: *Interpretación Constitucional*, 2 volúmenes, Porrúa, México, 2005.

28 LINARES QUINTANA, Segundo V.: *Tratado de interpretación constitucional*. Homenaje a Karl Loewenstein, T. I., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 233 y ss.

29 BIDART CAMPOS, Germán: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 2004.

a la labor que los tribunales constitucionales realizan en la aplicación de la Constitución. Los principios que dirigen la interpretación constitucional han sido desarrollados, en esta línea, por la mayoría de los tribunales constitucionales como una suerte de *self-restraint* de su actividad jurisdiccional y han coadyuvado a forjar una disciplina de los métodos interpretativos que los tribunales constitucionales utilizan en su quehacer jurisdiccional³⁰. A continuación, vamos a navegar por las diversas islas interconectadas de la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional ha desarrollado de la interpretación constitucional, tratando de arribar a buen puerto, aun cuando en muchos casos se pueda terminar en un mar abierto debido a ciertos abusos que cometen las salas, cortes o tribunales constitucionales a través del uso de las llamadas *sentencias interpretativas-manipulativas*, que pueden derivar en un enfrentamiento directo con el poder legislativo³¹. Desarrollaremos esta disciplina de la interpretación constitucional seccionándola en tres acápites principales: la interpretación de la Constitución, la interpretación constitucional de la ley y la interpretación de los derechos fundamentales.

2. Interpretación de la Constitución

En gran parte de las controversias que llegan al Tribunal Constitucional, sea a través de los *procesos constitucionales de la libertad* o a través de los procesos de la *jurisdicción constitucional orgánica*, la labor principal del Tribunal se decanta en la definición de lo que una norma constitucional dice. Es decir, para la definición de la inconstitucionalidad de una norma o acto, el Tribunal debe definir previamente el canon de control, esto es debe poder decir, en primer lugar, que es lo que la Constitución exigía en el caso concreto o cual es el contenido constitucional que está siendo infringido por una ley o norma de inferior jerarquía. A esto es lo que se conoce como *primer momento interpretativo* de la interpretación constitucional y es lo que hemos denominado en este acápite como "interpretación de la Constitución".

2.1. Definición.

Respecto a la interpretación constitucional entendida como *comprensión* del texto constitucional, el TC peruano ha sido enfático en señalar que la interpretación no puede ser entendida como una *operación formal* que se desenvuelva solo en el plano de las normas, sino que su carácter de "*concretización*", entendida como una actividad de intermediación entre el momento constituyente y el momento de aplicación de las disposiciones constitucionales, le asigna una forma de actividad histórica concreta, indesligable del tiempo histórico en que se lleva a cabo. Así, ha sostenido el TC que "el contexto y sus múltiples manifestaciones son las que dan sentido y objetividad a la interpretación, que es ante todo una actividad humana que partiendo del texto de la Constitución, debe sin embargo ser capaz de incorporar otros elementos de la vida cultural, social y anímica del momento en que la sociedad, a través del proceso, solicita la "ejecución" de determinada cláusula constitucional"³².

2.2. Diferencia entre interpretación constitucional y mutación constitucional.

La importancia que el TC peruano asigna al momento histórico en que se desenvuelve la interpretación constitucional le hace, a su vez, tomar en consideración otros conceptos acuñados por la dogmática y que tienen que ver con la vigencia real de las normas acuñadas en el texto constitucional. En este marco, es imprescindible considerar el concepto de

30 DÍAZ REVORIO, F. Javier: *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, México, 2011.

31 FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A.: *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, México, 2011.

32 STC 4853-2004-PA, FJ 28.

mutación constitucional y relacionarlo con el de interpretación constitucional. Como ha dicho el TC si bien ambos conceptos pueden tener relación con la realidad histórica en que la Constitución se desenvuelve, es necesario distinguir ambos términos. Así, según el TC "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, [...] 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 una significación diferente"³³.

2.3. La pluralidad de intérpretes en la interpretación constitucional.

Recogiendo la posición planteada por el profesor Peter Häberle, el TC peruano ha sostenido que la apertura del proceso constitucional a una *pluralidad de intérpretes* de la Constitución optimiza un enriquecimiento de los puntos de vista que el Tribunal Constitucional, en cuanto supremo intérprete de la Constitución, ha de considerar para la determinación de resolución de una controversia constitucional. Con ello el TC ha dispuesto en el caso concreto del proceso de inconstitucionalidad la inclusión de la figura del partícipe. Veamos como el TC ha sostenido la incorporación de este actor en el proceso de inconstitucionalidad: "El enriquecimiento del procedimiento de interpretación constitucional que ha de efectuar el Tribunal Constitucional, en cuanto intérprete supremo de la Constitución, se realiza en especial cuando se incorporan al proceso de inconstitucionalidad sujetos que, debido a las funciones que la Constitución les ha conferido, detentan una especial cualificación en la materia objeto de interpretación constitucional. No se trata, así, de terceros con interés, sino, por así decirlo, de sujetos "participes" en el proceso de inconstitucionalidad. La justificación de su intervención en este proceso no es la defensa de derecho o interés alguno, cuando más bien, aportar una tesis interpretativa en la controversia constitucional que contribuya al procedimiento interpretativo"³⁴.

2.4. Principios de la interpretación constitucional.

Como hemos destacado líneas arriba, el TC peruano también ha desarrollado una serie de principios que orientan el proceso de interpretación constitucional. Estos principios, sin embargo, es necesario apuntar, no son los que van a definir el proceso de interpretación, sino son solo los principios que van a permitir una suerte de control sobre la corrección del proceso interpretativo; por ello funcionan en la práctica como normas de *self-restraint* en la actividad jurisdiccional de las salas, cortes o tribunales constitucionales. Veamos a continuación cada uno de ellos.

- a) *El principio de unidad de la Constitución*: Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un "todo" armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.
- b) *El principio de concordancia práctica*: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta "optimizando" su interpretación, es decir, sin "sacrificar" ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada "Constitución orgánica" se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución).

33 STC 0050-2004-AI, FJ 21.

34 RTC 00020-2005-PI, párrafo tercero y cuarto del FJ 23 Auto de admisibilidad.

- c) *El principio de corrección funcional*: Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.
- d) *El principio de función integradora*: El "producto" de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.
- e) *El principio de fuerza normativa de la Constitución*: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto³⁵.

3. Interpretación constitucional de la ley.

En la interpretación constitucional confluyen dos momentos interpretativos: el de la interpretación de la norma *canon de control*, es decir el de la interpretación de la Constitución y el de la interpretación de la ley conforme a los sentidos interpretativos encontrados en la interpretación de la Constitución. Este segundo momento de la interpretación constitucional se encuentra, al igual que el primero, conformado por un proceso particular y sujeto a determinados principios que el TC peruano también se ha encargado de explicitar. La interpretación constitucional de la ley, sin embargo, adquiere particular relieve cuando la interpretación arroja alternativa o conjuntamente uno o más contenidos inconstitucionales. Ante esta situación y de acuerdo al principio de conservación de la ley es que el Tribunal ha desarrollado lo que en la experiencia comparada se ha dado en llamar "*interpretación conforme*", directamente conectado con el tema de las *sentencias interpretativas y manipulativas*.

3.1. El sustento conceptual de la interpretación conforme: la distinción entre "disposición" y "norma".

Como fue anotado por la doctrina americana y desarrollado ampliamente por la italiana, en todo precepto legal se puede distinguir entre "disposición" y "norma", entendiendo por la primera aquel texto, enunciado lingüístico o conjunto de palabras que integran el precepto, y por la segunda, aquel o aquellos sentidos interpretativos que se pueden deducir de la disposición o de parte de ella. Esta distinción no implica que ambas puedan tener una existencia independiente, pues se encuentran en una relación de mutua dependencia, no pudiendo existir una norma que no encuentre su fundamento en una disposición, ni una disposición que por lo menos no albergue una norma.

Como ha sostenido el TC peruano, esta distinción entre "disposición" y "norma", cuando se trata del proceso de inconstitucionalidad, es el presupuesto básico de las denominadas sentencias interpretativas, cuyo fundamento radica en el principio de conservación de la ley y en la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución, a fin de no vulnerar el principio de supremacía constitucional.

En efecto, las sentencias interpretativas recaen normalmente sobre disposiciones ambiguas, confusas o complejas, de las que se pueden extraer varios sentidos interpretativos, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional analizar la constitucionalidad, en primer lugar, de la disposición; y, seguidamente, de todas aquellas normas que se desprendan de la disposición cuestionada con la finalidad de verificar cuáles se adecuan a la Constitución y cuáles deben ser expuestas del ordenamiento jurídico.

35 STC 5854-2005-AA, FJ 12.

3.2. Las sentencias interpretativas-manipulativas (normativas).

Aun cuando en la literatura italiana el término "sentencia estimatoria parcial" o "sentencia estimatoria interpretativa" identifica a las sentencias "manipulativas"³⁶ y que todas giran en torno al pronunciamiento sobre la norma, el TC peruano ha marcado por ahora el reconocimiento expreso de este tipo de sentencias. Así sostiene que, "en este caso el órgano de control constitucional detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley. La elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa y acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva"³⁷.

De acuerdo con esta definición, el TC entiende que la operación *ablativa* consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada eliminando del proceso interpretativo alguna frase o hasta una norma que colisiona con el Comando Normativo de la Constitución. En tal situación, se declara la nulidad de las "expresiones impertinentes"; lo que genera un cambio del contenido preceptivo de la ley. A su turno, la operación *reconstructiva* o de *reposición* consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada "agregándosele" un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo.

Ha sido el propio TC el que haciendo suyo los argumentos de este tipo de sentencias, en donde justifica dichos fallos, en razón a dos principios de su actividad jurisdiccional, como son: el *principio de conservación de la ley*, en donde el operador intérprete de la norma debe, *prima facie* reputar constitucional la ley hasta donde sea razonablemente posible con el fin de afirmar la seguridad jurídica en un sistema jurídico, siendo la expulsión de una ley la última *ratio* a la que debería apelarse³⁸; y el *principio de interpretación desde la Constitución*, mediante el cual se le asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, a fin de que guarde armonía e identidad con el plexo del texto fundamental *in totum*.

A continuación se pasará revista de estas variantes de sentencias interpretativas-manipulativas, por lo menos de lo que el TC reconoce, aun cuando, de un universo de 203 demandas de inconstitucionalidad planteadas hasta fines del 2006, sólo 12, es decir el 5.94%, han utilizado la técnica de las sentencias interpretativas o manipulativas frente a la utilización normal que realizan los tribunales constitucionales comparados³⁹.

3.2.1. Sentencias reductoras.

Normalmente son las que señalan que una norma o precepto es contrario a la Constitución en una parte (frases, palabras, líneas, etc.) generando un vicio de inconstitucionalidad por su redacción excesiva o desmesurada. Lo normal en este tipo de sentencias es que el fallo no afecta al texto o a la disposición, pero sí al contenido normativo. Aquí, la sentencia ordena una restricción o acortamiento "extensión" del contenido normativo de la ley impugnada. Para tal efecto, se ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo en relación a algunos de los supuestos contemplados genéricamente o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas⁴⁰. Esto supone que

36 BIN, Roberto y PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto Costituzionale*. 2º ed. Giappichelli Editore, Torino, 2001, p. 444.

37 STC 0004-2004-CC/TC, FJ 3.3

38 La praxis de la jurisdicción constitucional pone de manifiesto que la expulsión de la norma inconstitucional puede terminar siendo más gravosa en sus consecuencias que su propia permanencia dentro del ordenamiento jurídico. Vid. al respecto, la STC 0010-2002-AI/TC pronunciada en el Caso de la inconstitucionalidad de la legislación terrorista.

39 STC 0047-2004-AI/TC, FJ 38.

40 STC 0015-2001, 0016-2001, 0004-2002-AI (Acumulados), en donde se impugnaba el artículo 1º del Decreto de Urgencia N.º 019-2001, el cual establecía: "Los depósitos de dinero existentes en las cuentas del Estado en el Sistema Financiero Nacional, constituyen bienes inembargables". El Tribunal concluyó que no todos los referidos depósitos podrían ser considerados de dominio público, por lo cual no todos eran inembargables. Derivando, así, en inconstitucional el sentido interpretativo que se deriva de la disposición según el cual "todo"

la inaplicación va a comprender a determinadas situaciones, hechos, acontecimientos o conductas originalmente previstas en la ley; o se dirige hacia algunos derechos, beneficios, sanciones o deberes primigeniamente previstos.

El propio TC reconoce que los efectos de este tipo de sentencias reductoras van a restringir el ámbito de aplicación de la ley impugnada sobre algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto⁴¹.

3.2.2. Sentencias aditivas.

Son aquellas que declaran la inconstitucionalidad no del texto de la norma o de la disposición general cuestionada, sino de los textos o normas que debieron consignarse para que la norma impugnada sea plenamente constitucional. Es decir mediante este tipo de sentencias se efectúa el control de las omisiones legislativas inconstitucionales, añadiendo al texto normativo original supuestos o consecuencias jurídicas distintos a los inicialmente contemplados, con el fin de evitar que una ley cree por omisión situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales⁴².

Como ha señalado el TC peruano este tipo de sentencia es utilizada para remediar la violación del principio de igualdad que se produce como consecuencia de una omisión legislativa inconstitucional; así, ha dicho el TC que "al extenderse los alcances de la norma a supuestos o consecuencias no previstos para determinados sujetos, en puridad lo que la sentencia está consiguiendo es homologar un mismo trato con los sujetos comprendidos inicialmente en la ley cuestionada"⁴³.

3.2.3. Sentencias sustitutivas.

Aquí lo que realiza el TC es sustituir a una parte del texto por otra formulada por el mismo en el nivel de interpretación; este tipo de fallo establece que el precepto es declarado inconstitucional "en cuanto prevé..." o señala "algo", "en lugar de" otro aspecto que debería prever para ser constitucional. El TC peruano las ha conceptualizado señalando que "son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley"⁴⁴.

3.2.4. Sentencias exhortativas.

Estas sentencias son llamadas también de recomendaciones al legislador y engloban un conjunto de formulaciones o directrices que buscan la actuación del Poder Legislativo, significando así una obligación de actuar del legislador que encuentra su origen en encargos

depósito de dinero existente en una cuenta del Estado en el Sistema Financiero Nacional constituye un bien inembargable. Ello en atención a que si el TC hubiese declarado sin más la inconstitucionalidad del precepto se hubieran derivado inconstitucionales afectaciones al Presupuesto de la República.

- 41 Vid. STC 0014-1996-AI/TC recaída en el Caso de la inconstitucionalidad de la Ley de Política Nacional de Población.
- 42 STC 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI y 0009-2005-AI (acumulados). El literal b) del artículo 55° del Decreto Ley N.º 20530, modificado por el artículo 7° de la Ley N.º 28449, que pretendía que la pensión de orfandad a los mayores de 18 años que seguían estudios universitarios. El Tribunal declaró inconstitucional la palabra "universitarios", de modo tal que pueda interpretarse que el supuesto normativo se extienda también a quienes sigan satisfactoriamente estudios superiores. De esta forma, se evitaba la afectación al principio-derecho de igualdad consagrado en el artículo 2° inciso 2 de la Constitución.
- 43 STC 0004-2004-CC/TC, FJ 3.3.2. Vid. sobre las omisiones constitucionales y legales a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español. Civitas, Madrid, 1998, y CARPIO MARCOS, Edgar y ETO CRUZ, Gerardo. El Control Constitucional de la Omisiones Inconstitucionales e Ilegales. Reflexiones en torno al caso peruano. Edit. Fundap, México, 2004.
- 44 STC 0004-2004-CC/TC, FJ 3.3.3.

constitucionales que exigen un concreto desarrollo legislativo ulterior. Las exhortaciones, por lo general, aparecen como *obiter dictum*, señalando principios que han de seguirse en la elaboración de una nueva ley, por lo que bien pueden admitirse varias formas de exhortaciones, que van desde el simple consejo⁴⁵ hasta fórmulas más coactivas⁴⁶.

La praxis de esta sentencia en el Perú es, en muchos casos, permanente; en lo que respecta a la conceptualización de estas sentencias, el TC señala que son aquellas en donde el órgano de control constitucional declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que recomienda al Parlamento para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principios o valores constitucionales. Sin embargo, en lugar de declarar su invalidez constitucional, le confiere al legislador un plazo determinado o determinable para que la reforme, con el objeto de eliminar la parte violatoria del texto fundamental.

Los efectos de este tipo de sentencias, resultan ser muy particulares, por cuanto subyace en ella el concepto de *vacatio sententiae*, mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del fallo; esto es, se modulan los efectos de la decisión en el tiempo, con lo cual, en parte, esta figura se homologa con la versión de la *vacatio legis* o suspensión temporal de la entrada en vigencia de una ley aprobada por el Congreso. Igualmente, el TC se ha pronunciado en forma puntual que la exhortación de estos fallos puede concluir por alguna de las siguientes vías:

- a) Expedición de la ley sustitutiva y reformante de la norma declarada incompatible con la Constitución.
- b) Conclusión *in totum* de la etapa suspensiva; y, por ende, aplicación plenaria de los alcances de la sentencia. Dicha situación se da cuando el legislador ha incumplido con dictar la ley sustitutoria dentro del plazo expresamente fijado en la sentencia⁴⁷.
- c) Expedición de una segunda sentencia. Dicha situación se produce por el no uso parlamentario del plazo razonable para aprobar la ley sustitutoria.

Sobre el particular, el TC ha producido una importante cantidad de sentencias en esta materia, exhortando a los poderes del Estado; empero, dichos fallos, en puridad, no tienen efectos vinculantes. No obstante, puede ocurrir que en el segundo supuesto antes señalado, vincule posteriormente al legislador por su incumplimiento, y en el tercer supuesto, impuesta una recomendación encaminada a que efectúe el legislador una determinada actividad y éste

45 STC 0048-2004-AI/TC, tras declarar infundado el proceso de inconstitucionalidad, dispone exhortar al Congreso de la República para que establezca los mecanismos legales pertinentes con el propósito de garantizar que la recaudación de la regalía minera cumpla con los objetivos señalados en la Ley y, también, para que diseñe y establezca mecanismos de control, información y transparencia de modo que la sociedad civil pueda efectuar el seguimiento del manejo y buen destino de los recursos. Además, para que se comprenda en la distribución de los montos recaudados, dispuesta por el artículo 4° de la Ley de Regalía Minera, a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

46 STC 0023-2003-AI/TC. Corresponde al Caso del Código de Justicia Militar, en el cual el Tribunal resuelve "EXHORTAR al Poder Legislativo para que, en un plazo no mayor de 12 meses, dicte la legislación que corresponda, de acuerdo con lo expresado en esta sentencia. Este tiempo será contado a partir de la publicación de esta sentencia en el diario oficial, vencido el cual, automáticamente los efectos de ésta tendrán plena vigencia" (Numeral 3 del Fallo).

Asimismo, más recientemente mediante STC 0008-2005-PI/TC recaída en el proceso de impugnación de la Ley Marco del Empleo Público, Ley N.º 28175, el fallo de Infundado se complementa con una exhortación al Congreso de la República para que con el carácter de prioritario y urgente apruebe, dirá "en la presente legislatura", las leyes complementarias a la Ley Marco del Empleo Público a fin de iniciar la uniformidad, equidad y modernización del empleo público, elemento fundamental para un adecuado funcionamiento de la Administración Pública.

47 STC 0004-2004-CC/TC recaída en el Caso del Conflicto de Competencias por el presupuesto del Poder Judicial.

no lo hiciera, sí sería posible una posterior sentencia que sí declare la inconstitucionalidad (*sentenze monito*)⁴⁸.

3.2.5. Sentencias estipulativas.

Finalmente, el TC identifica a esta variante de sentencia estimativa manipulativa como aquella en donde el órgano de control de la constitucionalidad establece, en la parte considerativa de la sentencia, las variables conceptuales o terminológicas que utilizará para analizar y resolver una controversia constitucional. No obstante, bien cabe aquí formular una legítima crítica, porque se observa permanentemente sentencias que pretenden convertirse en pedagógicas, dando a entender que ellas cumplen un rol docente que consiste en hacer llevar ese saber a toda la comunidad. En realidad, las sentencias no están hechas ni pensadas para enseñar a litigantes y abogados, las sentencias no son para eso. Lo que debe hacerse en una sentencia es resolver un conflicto, despejar una duda o precisar un derecho.

3.3. El principio de conservación de la ley.

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

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

3.4. El principio de interpretación desde la Constitución.

Mediante este axioma o pauta básica se asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, a efectos que ella guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental. Dicha interpretación hace que la ley sea conforme a la Constitución; cabiendo, para tal efecto, que se reduzca, sustituya o modifique su aplicación para los casos concretos.

En este contexto, el TC ha tenido ocasión de precisar que "la experiencia demuestra que residualmente la declaración de inconstitucionalidad puede terminar siendo más gravosa desde un punto de vista político, jurídico, económico o social, que su propia permanencia dentro del ordenamiento constitucional. Así, pues, los efectos de dicha declaración pueden producir, durante un "tiempo", un vacío legislativo dañoso para la vida coexistencial. En ese sentido, no debe olvidarse que la jurisdicción constitucional desarrolla una función armonizadora de los conflictos sociales y políticos subyacentes en un proceso constitucional, por lo que dichas sentencias se constituyen en instrumentos procesales necesarios para el desarrollo de tal fin"⁴⁹.

4. Interpretación de los derechos fundamentales.

La interpretación de los derechos fundamentales también se halla informada por ciertos principios o pautas hermenéuticas que el Colegiado Constitucional también se ha encargado de precisar, entre los cuales destaca primordialmente, en la jurisprudencia del TC, el principio *pro homine* y el principio de interpretación conforme a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y a la jurisprudencia de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos. En lo que sigue vamos a detenernos en el desarrollo jurisprudencial que el TC peruano ha efectuado de estos principios.

48 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 123-124.

49 STC 0004-2004-CC, FJ 3.

4.1. Principio *pro homine*.

Este principio esencial en la interpretación de los derechos fundamentales y que puede ser denominado también como la “*regla de la preferencia*”, significa básicamente que, ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. Como ha establecido el TC, “el principio *pro homine* impone que, en lugar de asumir la interpretación restrictiva, se tenga que, por el contrario, optar por la tesis que posibilite que el particular pueda ejercer su derecho (...)”⁵⁰.

4.2. La interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales.

Conforme ha prescrito la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En tal sentido, como ha enfatizado el TC “el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones”⁵¹.

4.3. La interpretación de los derechos fundamentales conforme a la jurisprudencia de los tribunales internacionales

Como ha sido señalado profusamente en la doctrina, las fuentes del derecho internacional se influyen recíprocamente. Así, éstas, a su vez, influyen y son influidas por las fuentes domésticas. La interpretación de las normas internacionales también puede beneficiarse de la jurisprudencia que se genere sobre el punto en los países parte del sistema, puesto que la aplicación de normas domésticas a casos particulares también puede dar alcance y contenido más precisos a las normas de derechos humanos. Mirando esto desde otro ángulo, el juez nacional, al interpretar una norma de derechos humanos nacional, también debe tener en consideración las normas internacionales y la jurisprudencia internacional.

En el plano de la interpretación de los derechos fundamentales llevada a cabo por los tribunales internacionales, el TC ha sido claro en señalar que la relación entre éstos “... no alude a una relación de jerarquización formalizada [entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos], sino a una relación de cooperación en la interpretación *pro homine* de los derechos fundamentales. No puede olvidarse que el artículo 29.b de la Convención proscribiera a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte, “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”⁵².

En reciente jurisprudencia El TC peruano ha sido concluyente en señalar que “los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos y su respectiva interpretación

50 STC 1003-1998-AA, FJ 3.

51 STC 5854-2005-PA, FJ 28.

52 STC 2730-2006-AA/TC

por los tribunales internacionales, son, por así decirlo, un punto de partida, un *referente "mínimo indispensable"*, en cuyo desarrollo se encuentra expedita la facultad de los Estados de ampliar su ámbito normativo, sea sumando derechos "nuevos" inspirados en la dignidad humana, o acompañando a los ya previstos de manifestaciones que impliquen una garantía adicional en su eficacia, esto es, en la proyección del derecho jurídicamente reconocido a la realidad concreta..."⁵³

4.4. El principio de proporcionalidad.

En la interpretación de los derechos fundamentales un capítulo de especial relieve es el de la proporcionalidad. En el desarrollo de la jurisprudencia constitucional contemporánea, el principio de proporcionalidad es frecuentemente utilizado tanto en el examen de validez de los actos públicos, como en la adecuada resolución de un conflicto de derechos fundamentales. La interpretación del alcance y contenido de un derecho fundamental no es realizada, en la actualidad, en abstracto, sino en relación con el conjunto de bienes jurídicos que la Constitución contiene.

El TC ha sostenido que "[...] el principio de proporcionalidad, entendido en su acepción clásica alemana como "prohibición de exceso" (*Untermäßverbot*), comprende, en cambio, tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Este principio constituye el parámetro para examinar la constitucionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales"⁵⁴.

El principio de proporcionalidad ha sido estructurado a la vez que como un principio sustancial del Estado Constitucional que proscribiera la existencia de cualquier arbitrariedad en su seno, como una estrategia para la determinación de la intervención legítima o ilegítima en los derechos fundamentales. En dicho contexto el principio de proporcionalidad como test ha sido estructurado a través de los siguientes sub-principios que pueden ser tratados también como pasos sucesivos del proceso de interpretación. Veamos:

- 1. Subprincipio de idoneidad o de adecuación:** De acuerdo con este subprincipio, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.
- 2. Subprincipio de necesidad:** Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.
- 3. Subprincipio de proporcionalidad stricto sensu:** Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental"⁵⁵.

53 STC 1412-2007-AA/TC, FJ 19.

54 STC 00045-2004-PI, FJ 27.

55 STC 00027-2006-PI, FJ 73.

VIII. El comportamiento judicial tras las decisiones del Tribunal Constitucional

Aunque la problemática teórica y práctica sobre la justicia tiene una evolución de antigua data, en el marco del desarrollo sobre las escuelas o tendencias; interesa aquí recoger un marco explicativo no ya de la perspectiva dikelógica; esto es, el estudio racional de la justicia; sino las teorías positivistas – esto es, teorías descriptivas en oposición a las normativas – respecto al comportamiento de los jueces que integran los más altos órganos jurisdiccionales; entre los que se encuentra, no cabe duda, los tribunales, salas o cortes constitucionales.

Aquí, seguimos los planteamientos que han sido recogidos por Richard A. Posner y que resume en nueve teorías a saber: la actitudinal, la estratégica, la sociológica, la psicológica, la económica, la organizacional, la pragmática, la fenomenológica y la teoría legalista. Aclaremos que estas explicaciones, no hacen más que describir el comportamiento de quienes integran las corporaciones judiciales; en lo posible, del más alto rango. Sin embargo estas teorías inciden en el comportamiento judicial; dejamos a los críticos de las resoluciones que formulen; a partir de sus propias perspectivas, una teoría descriptiva de la decisión judicial.

1. La teoría actitudinal

Esta teoría explica que una forma de entender el modo cómo fallan los jueces, es optando por identificar las opciones o preferencias políticas que los magistrados proyectan sobre sus sentencias. Así, el peso empírico de esta teoría es que ponen a prueba las preferencias políticas de los jueces, en función del partido político al que pertenecía el órgano que lo eligió; siendo en este caso, el Congreso, para el caso de los magistrados del Tribunal Constitucional, en función a la "cuota de poder" que tiene un determinado partido o movimiento que "consensualizan" con los demás partidos. Si bien esta teoría es muy relativa; no por ello se debe desconocer el peso político de quienes eligen y en mérito a ello el elegido -en este caso el magistrado- puede verse, para casos de naturaleza política que resolver, eventualmente "contaminado" en su percepción de lo que juzgan.

Esta teoría también explica que, eventualmente la conducta del juez no está en función a la vinculación político-partidaria del juez, sino que lo actitudinal del juez está en función a las inclinaciones de las editoriales, de la prensa o del grado ideológico que percibe en los fallos según la controversia que está en juego.

Con todo, esta teoría es de por sí, ciertamente, rudimentaria y trata de formular una explicación fáctica de la conducta del juez en función de su filiación política, a su ideología o a sus inclinaciones; pero el peso de esta teoría actitudinal muchas veces se ve confirmada por la incuestionable importancia de la política de nombramientos. En otros casos, un juez fuertemente "alineado" a una corriente ideológica o partidaria, puede romper con esa adscripción si se presenta temas nuevos o inusitados o frente a lo que la doctrina denomina "casos difíciles" o "casos trágicos". Richard A. Posner sobre este extremo nos grafica el siguiente caso de un célebre juez: "[e]n el nivel del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en muchos casos vemos que no hay involucrados intereses políticos significativos, pero esta tampoco puede ser toda explicación. Pensemos en Oliver Wendell Holmes. La publicación de su correspondencia después de su muerte puso de manifiesto que era firmemente republicano y que, a pesar de ello, votó en muchas ocasiones a favor de la constitucionalidad de la legislación social liberal (por ejemplo, de la norma sobre el máximo de horas, discutida en el caso *Lochner*, en el que emitió su célebre voto discrepante), legislación de la que pensaba que era un puro sinsentido socialista. Por supuesto [Holmes] puede haber sido una excepción, en éste como en tantos otros aspectos, entre los magistrados del Tribunal

Supremo. Puede que, por lo que se refiere a su imparcialidad política, haya tenido pocos sucesores en una cultura jurídica más politizada como la de nuestros días⁵⁶.

Frente a esta teoría, el *desiderátum* es que la actitud del juez, si es que éste tiene cierta vinculación política con el órgano que lo eligió, asuma una actitud, lo más independiente y fiel, no al partido o movimiento; sino su lealtad debe ser sólo a la Constitución. Allí, debe radicar la fortaleza del magistrado, actuar conforme solía decir el profesor Louis Favoreu: aplicando o respondiendo con el principio de la ingratitud.

2. La teoría estratégica del comportamiento judicial

A esta teoría también se le identifica como "teoría política positiva del derecho" y su planteo se concreta en la llamada "*interpretación previsor*"; esto es, los magistrados no definen un fallo si es que no prevén las consecuencias o reacciones que va a tener dicha sentencia en la cadena de personas o entidades vinculadas por el efecto de dicho fallo (entre los que se encuentran, por ejemplo, los jueces del Poder Judicial, los legisladores, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura y el público, empresas o diversas personas jurídicas en general).

Posner no siempre suministra reflexiones que se acogen en el mundo latinoamericano; por ejemplo, no siempre los magistrados se ven "más libres" para declarar una inconstitucionalidad de una ley frente a quienes controlaban el Congreso en un periodo determinado. Pues, por lo general, si se trata de una controversia de esta naturaleza, los tribunales constitucionales no siempre ven si la composición del Congreso en mayoría o del régimen oficialista se sientan afectados. Emiten la sentencia que corresponda y punto.

Sin embargo, esta teoría, en la práctica es muy utilizada por los jueces que auscultan, a partir del grado de opinión política en la línea de las editoriales, o de los analistas políticos y procesan los pros o contras de lo que puede tener dicho fallo. En buena cuenta, una decisión judicial, no debe expresar un autismo sociológico o de la realidad a la cual se va a aplicar dicho fallo. Un Tribunal Constitucional de una u otra manera va a tener implícitamente presente un grado de "afectación", aún cuando ello suponga en palabras del propio Tribunal Constitucional resolver bajo el norte de afirmar una "pacificación" de tal o cual controversia.

Sin embargo, otras veces, aún sabiendo que dicho fallo va a incidir en términos no positivos para un sector involucrado, los jueces deben sumir dicha responsabilidad, a riesgo que la opinión pública pueda ser adversa o en grado extremo, demoledora (Caso píldora del día siguiente, por ejemplo). Claro está, la teoría estratégica, no guarda desarmonía con las demás teorías que aquí se describen.

3. Teoría sociológica del comportamiento judicial

Esta teoría puede ser una sumatoria de las dos anteriores; esto es la combinación de la teoría estratégica con la actitudinal. Subyace en este planteo, un comportamiento de la psicología social, en la dinámica de los pequeños grupos; siendo en este caso relevante, examinar la composición de los miembros del Tribunal Constitucional, puesto que se "parte del supuesto de que la composición del órgano jurisdiccional determina las decisiones de los fallos". Por ejemplo, Posner explica que "un tribunal en el que todos los que conozcan de un caso de discriminación sexual sean hombres, decidirá muy probablemente de forma distinta a como lo haría si uno de ellos fuera mujer"⁵⁷.

Esta teoría resulta de suyo interesante porque describe cómo una mayoría de jueces se pliega a los deseos de una minoría. Y la explicación radica en que el juez "en minoría" actúa

56 Posner, Richard A.: *Cómo deciden los jueces*, Traducción de Victoria Roca Pérez, Colección Filosofía y Derecho, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, p. 37.

57 Posner, Richard A.: *op. cit.*, p. 43.

como una suerte de “denunciante interno” (Whistle-Blower) amenazando con sacar a la luz en una opinión disidente que la decisión de la mayoría no está fundada en principios⁵⁸.

4. Teoría psicológica del comportamiento judicial

Este enfoque prioriza el comportamiento emocional de los jueces, su grado de intensidad que de una u otra manera va a influir en una decisión constitucional. Muchas veces, este enfoque está ligado al cálculo estratégico de los miembros de los órganos jurisdiccionales. Desde otra perspectiva, se puede apreciar que las otras teorías como la económica o la estratégica, es producto de una decisión hiperracional; y la psicológica producto de impulsos no racionales e ilusiones cognitivas. Sin embargo, esta teoría permite acercarnos, más que a la “*ratio*”, a la “*emotio*” en la individualidad de cada magistrado, lo que incluye “los atajos cognitivos que sustituyen el razonamiento formal, y las influencias sociales que operan en la polarización del grupo y la aversión del disenso”⁵⁹.

Recapitulando esta postura, el enfoque psicológico centra su atención en las estrategias para sobrellevar la incertidumbre. A menudo, en la mente de los jueces, les asalta márgenes de dudas; no todo en el mundo del derecho; y en especial en el ámbito constitucional es asertórico; de allí que el enfoque psicológico juega un rol para entender o comprender las fuerzas emocionales que existen tras la toma de una decisión, bien sea en términos de un fallo colegiado; o también para entender los votos disidentes o votos particulares; o fundamentos de voto en la individualidad de cada juez.

Más allá de la postura de Posner, esta teoría resulta altamente importante; no sólo para evaluar empíricamente el comportamiento judicial de los jueces; sino para evaluar *ab initio* a quienes se les debe nombrar como futuros magistrados de un alto cargo, como es en este caso el colegiado constitucional.

En esta teoría, bien cabe de nuestra parte incorporar lo que plantean José Antonio Marina y Marisa López Penas, sobre todo de la evaluación que podría hacerse el juez de sí mismo en torno a la complejidad de sus sentimientos. “En castellano giran en torno a términos como orgullo, vanidad, vergüenza, timidez, desvergüenza, culpa, arrepentimiento, que implican una evaluación que el sujeto hace de sí mismo, directamente o a partir de la imagen que tienen los demás de él. Son sentimientos muy íntimos y, a la vez, muy sociales. Los sentimientos de inferioridad, de vergüenza y de culpa horadan el núcleo más profundo de la personalidad”⁶⁰.

Un juez que sólo le interesa resolver lo que “políticamente es correcto”⁶¹, así el fallo corresponda resolverse de otra manera, en estricto, se encuentra inhabilitado para ocupar un alto cargo o de cualquier jerarquía jurisdiccional. Agudamente Marinas y López describen: “Los humanos hacen muchas cosas por el qué dirán, siguen las reglas de la tribu con sumisión, o las transgreden con miedo, rebeldía, indiferencia o arrepentimiento”⁶².

58 Posner, Richard A.: *op. cit.*, p. 43.

59 Posner, Richard A.: *op. cit.*, p. 47.

60 Marina, José Antonio y López Penas, Marisa: *Diccionario de los sentimientos*, 4ª. edición, Anagrama Editorial, Barcelona, p. 331.

61 Umberto Eco ha recordado que el término “políticamente correcto” se utiliza hoy día en un sentido políticamente incorrecto. Anota el pensador italiano: “Parece ser que en 1793 el Tribunal Supremo de Estados Unidos (en el caso denominado ‘*Chisholm versus Georgia*’) argumentó que era muy frecuente citar un Estado en vez del pueblo, para cuyo bien existe el Estado, y que por tanto era *not politically correct* en un brindis hablar de Estados Unidos en lugar de “el pueblo de Estados Unidos. A comienzos de la década de 1980, el movimiento fue cuajando en los ambientes universitarios estadounidenses, como (sigo citando de *Wikipedia*) una alteración del lenguaje consistente en hallar sustitutos eufemísticos para usos lingüísticos referidos a diferencias de raza, género, orientación sexual o discapacidad, religión u opiniones políticas, con el fin de eludir discriminaciones injustas (reales o ficticias) y evitar ofensas. En Eco, Umberto: *A paso de cangrejo*, Traducción de María Pons Irazábal, Debate, Buenos Aires, 2007, p. 110.

62 Marina, José Antonio y López Penas, Marisa: *op. cit.* p. 331.

Y es que tras una resolución jurisdiccional, no sólo está en juego el peso de las convicciones morales de un juez en sus juicios acerca de qué es el derecho⁶³; sino toda una compleja cartografía afectiva que rodea la pulsión⁶⁴ y personalidad de un hombre al que la sociedad lo identifica como juez; la vulnerabilidad de un magistrado, muchas veces no está necesariamente en una resolución o fallo opinable o sin motivación suficiente, sino que tras una decisión de impacto en la sociedad civil, en el régimen político; en suma, en un enfrentamiento con el poder; puede recorrer en la epidermis de un juez un temor a dicha decisión: he allí otra cartografía de miedos y de valentías que tiene que enfrentar el señor del derecho; y todo ello resulta explicable a partir del perfil psicológico de los jueces⁶⁵.

5. Teoría económica del comportamiento judicial

En la impartición de justicia, debe primar, según esta teoría, un juez que cumpla una "función de utilidad". Se afirma que la fuente de inspiración de esta tesis, es el legado que hizo Friedrich Hayek a la economía: el reconocimiento de que las limitaciones cognitivas plantean un problema económico aún cuando se parta de que las personas cuya conducta está siendo analizada no son autointeresadas. Para esta teoría, una conducta autointeresada de la función judicial "incluyen los ingresos recibidos, el ocio, el poder, el prestigio, la reputación, el autorespeto, la satisfacción intrínseca a su tarea (retos, estímulos) y las demás recompensas que la gente busca en el trabajo".

Según esta teoría el comportamiento de los jueces bien sea del poder judicial o de un Tribunal Constitucional "no sólo se solapa con las teorías estratégica, sociológica y psicológica, sino también con la organizacional y la pragmática". Y anota Richard Posner "la primera se construye a partir de la idea de que un agente y su mandante como son el juez y el gobierno para el que trabaja, tienen intereses divergentes"-como podrían ser diversos casos fallados por el Tribunal Constitucional como el caso de los aranceles del cemento, STC 3116-2009-PA/TC, o el caso FONAVI, STC 0007-2012-PI/TC u otros más complejos como los bonos de la reforma agraria, STC 0022-1996-AI/TC, sólo para citar algunos fallos que generan impacto económico.

Y frente a estos intereses divergentes, el gobierno "intentará articular una estructura organizativa que minimice esa divergencia; mientras que el agente –los jueces– se opondrán a ella"⁶⁶.

6. Teoría organizacional

Tras un Poder Judicial o un Tribunal Constitucional, se esconde toda una compleja corporación que requiere de una estructura organizativa cuyo fin último es resolver las controversias constitucionales que se presentan. Es evidente que en cada órgano de jurisdicción constitucional se manifiestan determinadas particularidades; pero todas cuentan con una estructura de gabinete de asesores o "letrados" que constituyen el primer insumo de suministro de los proyectos de resoluciones que se les propone al juez ponente de un caso específico. El diseño de cada sentencia tiene su punto de origen, en el caso del Tribunal Constitucional peruano, en una "comisión" liderada bajo un responsable que es el "coordinador" de dicha comisión. A este respecto, ya nos hemos pronunciado *in extenso* en un acápite del presente Estudio preliminar.

63 Dworkin, Ronald: *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 12.

64 Vid a Marina, José Antonio: *Las arquitecturas del deseo. Una investigación sobre los placeres del espíritu*, Anagrama editorial, Barcelona, 2009.

65 La libertad como problema psicológico lo ha planteado en los últimos tiempos Fromm, Erich (*Cfr. El miedo a la libertad*, Paidós, 8ª. reimposición, Barcelona, 2011, pp. 33 y ss). Igualmente Delemeau, Jean: *El miedo en Occidente*, Taurus, Madrid, 2012. Un enfoque sociológico sobre el miedo puede apreciarse en Mongardini, Carlo: *Miedo y sociedad*, Alianza editores, Madrid, 2007 (*Vid especialmente "El gobierno del miedo"* pp. 116 y ss.); y la obra más reciente del pensador ibérico José Antonio Marina: *Anatomía del miedo. Un tratado sobre la valentía*, 3ª. edición, Anagrama editorial, Barcelona, 2011.

66 Posner, Richard A.: *op. cit.*, p. 51.

Con todo, juega un rol importante en la teoría organizacional, el rol que cumple la doctrina jurisprudencial y, sobre todo, los precedentes vinculantes; puesto que a partir de estas posiciones existe ya un universo de predictibilidad que los operadores jurídicos van a tener presente. Lo propio juega un rol importante en la estructura organizativa de los Tribunales Constitucionales, la técnica de la distinción [distinguished] frente a un precedente que no se aplica; asimismo, el test del paso de tiempo de un precedente que puede devenir en caduco y que requiere un cambio [overruling].

7. Teoría pragmática del comportamiento judicial

Plantea la idea de que los fallos de los Tribunales Constitucionales y los jueces ordinarios deben motivarse no en una compleja argumentación jurídica sino simplemente en las consecuencias de sus fallos; del impacto o de las repercusiones que ha de tener una decisión. La teoría pragmática tiene un aire de identificación con el utilitarismo y con una sociedad de mercado de una economía de bienestar; igualmente, en el mundo de la interpretación constitucional, se identifica en parte con las llamadas *sentencias previsoras*, a las que ya hemos aludido. En el plano estrictamente jurídico, se podría señalar que lo que le interesa a esta teoría es que el fallo resuelve el caso, sin más pretensiones argumentativas.

8. Teoría Fenomenológica del comportamiento judicial

Constituye la bisagra o el puente entre la teoría pragmática y la teoría legalista que la abordaremos esta última al final. Así, mientras la teoría psicológica estudia el inconsciente de la mente humana; en este caso, de los jueces; la fenomenológica analiza la conciencia en primera persona; esto es, estudia el comportamiento tal y como se percibe el juez. Para esta teoría, lo primero que se preguntaría a un magistrado de una alta corte constitucional, tanto a nivel individual como de todo el pleno, es como se siente(n) al haber tomado tal o cual decisión relevante. Este tipo de preguntas, desde luego, le puede interesar a algunos jueces y no a todos; pues, para muchos jueces "pragmáticos", desde su nostridad o mismidad autodescriptiva de sus decisiones judiciales importa mucho; lo que no ocurre con los jueces que interiorizan la visión "oficial" o colectiva del fallo. Estos últimos jueces, dan por sentado de que no tienen nada que explicar, que los jueces hablan a través de sus sentencias. Según Richard Posner, "quienes se declaran a sí mismo pragmatistas, son un poco más creíbles que quienes se declaran legalistas. Nadan contracorriente al reivindicar la posición menos respetable y al exponerse, por lo tanto, a la controversia. Al menos tienen el valor de actuar conforme a sus convicciones"⁶⁷.

En la práctica, sin embargo, muchos magistrados, pueden tener un comportamiento judicial "fenomenológico"; y en otros casos "oficialista" que se desprende del fallo constitucional. Lo que no es políticamente correcto es que un juez exprese anímicamente su sentir en la prensa; se piensa que ni siquiera un juez debe expresar frases como "estoy satisfecho", "me parece correcto" la decisión que se ha tomado. Es mejor optar por una postura oficialista que optar por una postura *sismática* del fallo, aunque quien haya disentido y emitido un voto particular o incluso falle en conjunto, pero que emita un "fundamento de voto" no debe expresar públicamente los pareceres discrepantes; en todo caso ya lo tiene dicho en su fallo y a un juez le está vetado ir histriónicamente a la prensa a airear sus discrepancias, dado que estas situaciones generan en la sociedad civil y la opinión pública márgenes de incertidumbre e inseguridad jurídica que no contribuyen al sistema de justicia. Desde luego, el tema de las discrepancias ventiladas en el mundo académico es un ámbito menos cuestionable y sí más auspicioso que las declaraciones periodísticas que un magistrado pueda expresar en la mass-media de la opinión pública.

67 Posner, Richard A.: *op. cit.*, p. 52.

9. Teoría legalista del comportamiento judicial

Esta es una teoría que sigue siendo la "oficial" en la conducta judicial. Advuértase aquí que esta teoría ha recibido los dardos de la crítica del "realismo jurídico" de los pragmatistas, de los politólogos y cultivadores del análisis del derecho.

Para esta teoría, la conducta de los jueces se concibe a través de un cuerpo estructurado de fuentes que van a decidir el fallo de una manera si se quiere predeterminada. En efecto, este cuerpo al que aquí llamamos sistema de fuentes, está constituido por un conjunto de normas entre las que se ubican en el primer lugar regio, las constituciones, los tratados internacionales en materia de derechos humanos y otras normas que se incorporan en igual jerarquía que la Constitución, llamados "bloque de constitucionalidad" y luego existen un conjunto de leyes que vinculan al caso concreto; por cierto juegan un rol preponderante otras reglas que van siendo creadas por los tribunales constitucionales, llamados precedentes vinculantes. Al respecto, es elocuente lo que precisa el profesor Posner: "[l]as decisiones de los médicos en cuestiones terapéuticas están determinadas (al menos la mayor parte de ellas) por la comprensión que los médicos tienen de la estructura del mundo natural. La aspiración del legalista es que una decisión judicial esté predeterminada por un cuerpo de reglas que constituyen 'el derecho' y no por características del juez que son idiosincrásicas, en el sentido de que varían según cada uno de ellos, tales como su ideología, personalidad y su trayectoria individual"⁶⁸.

Para la teoría "legalista" el derecho es un ámbito de "dominio delimitado" y que no debe recibir, en lo posible, interferencia de otros factores. En rigor, la teoría legalista es la contrafigura de la teoría pragmática. Anota, posner: "a los jueces les gusta justificar sus decisiones como dictadas por el derecho". Sin embargo, el propio autor cuestiona esta teoría que no tiene que ser apodíctica en sus fallos, en efecto, explica, desde una perspectiva fáctica que "[e]l método legalista falla en muchos de los casos que llegan a los tribunales de apelación, y tales son, precisamente, los casos que influyen más en el posterior desarrollo del derecho. Hay demasiados textos legales y todavía más vagos artículos constitucionales, hay lagunas y contradicciones en las leyes, ámbitos decididamente discrecionales, precedentes obsoletos y en contradicción y aporías fácticas"⁶⁹.

IX. Fuentes y antecedentes de la selección jurisprudencial a nivel comparado

A estas alturas de vigencia del Tribunal Constitucional del Perú, no podía faltar una edición oficial en la cual como ya se ha señalado, la propia corporación constitucional publique sus sentencias más relevantes dentro de la ubérrima producción que asciende a más de 70000 fallos desde 1996 hasta la fecha. Con todo es necesario reconocer que a nivel comparado se ha recogido ciertas fuentes y antecedentes relacionadas a la selección, compilación de las decisiones básicas que ha emitido el Tribunal Constitucional a lo largo de su historia. En este sentido, se incorpora aquí, un conjunto de fuentes bibliográficas que corresponden a ediciones oficiales de diversos tribunales constitucionales; como también de selecciones jurisprudenciales provenientes del mundo académico. De nuestra parte hemos recogido ambas posturas en el marco de un sincretismo armónico de publicar los fallos como edición oficial, pero que a la vez obedecen a un criterio académico ya señalado. Así tenemos:

1. Recopilaciones oficiales

1.1. Sobre Cortes y Tribunales Constitucionales

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (SECRETARÍA GENERAL): *Jurisprudencia constitucional. Tomo LXXXVI (septiembre-diciembre 2010)*, Agencia

68 Posner, Richard A.: *op. cit.*, p. 53.

69 Posner, Richard A.: *op. cit.*, p. 60.

Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2012 [nota del primer número publicado: Tomos I y II (agosto 1980-diciembre 1981)].

- AA. VV.: *1956-2006. Cinquant' anni di Corte Costituzionale*, 3 tomos, Corte Costituzionale, Roma, 2006.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Período 96 a 98, 6 tomos, presentación de Francisco Javier Acosta Sánchez, Gaceta Jurídica, Lima, 1998-2000.
- THE CONSTITUTIONAL COURT OF KOREA: *Constitutional Court Decisions*, 2 volúmenes, The Constitutional Court, Seoul, 2006.
- *CORTE CONSTITUCIONAL DE RUSIA*
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique y Carlos CARMONA SANTANDER (editores): *Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1971-2011)*, Colección Conmemoración 40 años del Tribunal Constitucional, Serie Cuadernos del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional de Chile, Santiago, Número 45, 2011.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE: *Jurisprudencia constitucional. Sentencias pronunciadas entre 2006 y 2008, Roles N.os 691-780*, Tomo X, Tribunal Constitucional de Chile, Santiago, 2010.

1.2. Sobre otras Cortes

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2005.

2. Recopilaciones académicas

2.1. Sobre Cortes y Tribunales Constitucionales

- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel: *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2ª edición, selección, traducción y estudio introductorio de Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. Gonzáles García, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales / BOE, Madrid, 2006.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel y Roger CAMPIONE: *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional italiano. Estudio de una jurisdicción de la libertad*, Colección Textos y Documentos, presentación de Alessandro Pizzorusso, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales / BOE, Madrid, 2010.
- LÓPEZ GUERRA, Luis: *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, 3ª edición, Colección Textos y Documentos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales / BOE, Madrid, 2008.
- SCHWABE, Jürgen: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schawbe*, Konrad Adenauer Stiftung / Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, México, 2009.
- SCHWABE, Jürgen (copilador): *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2003.
- ALÁEZ CORRAL, Benito y Leonardo ÁLVAREZ ÁLVAREZ: *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, Colección Textos y Documentos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales / BOE, Madrid, 2008.
- GROPPPI, Tania y Chiara MEOLI (compiladoras): *Las grandes decisiones de la Corte constitucional italiana*, traducción y estudio preliminar de Miguel Carbonell, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008.

- GONZÁLES RIVAS, Juan José: *Estudio legal y jurisprudencial del Tribunal Constitucional español: 1981-2000*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 2001.
- GUI MORI, Tomás: *Jurisprudencia constitucional 1985-1995. Estudio y reseña completa de las primeras 3052 sentencias del TC*, prólogo de José Pinto Ruiz, Civitas, Madrid, 1997. Hay una versión actualizada en GUI MORI, Tomás: *Comentarios de jurisprudencia constitucional 2001-2006. Análisis y síntesis, clasificada por materias, de toda la Jurisprudencia Constitucional*, 3 volúmenes (Tomos IV, V e Índices), Bosch, Barcelona, 2006.
- FAVOREU, L. y L. PHILIP: *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 14ª edición, Dalloz, París, 2007.
- CARPIO MARCOS, Edgar: *Selección de jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Jurista Editores, Lima, 2002.

2.2. Sobre otras Cortes

- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén: *Las sentencias básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Colección Textos y Documentos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales / BOE, Madrid, 2011.
- DÍAZ REVORIO, Javier (compilador): *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Colección Jurisprudencia sobre Derechos Fundamentales, Palestra, Lima, 2004.
- LANDA ARROYO, César (compilador): *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Colección Jurisprudencia sobre Derechos Fundamentales, Palestra, Lima, 2005.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coordinador): *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Serie Doctrina Jurídica, Instituto de Investigaciones Jurídicas / UNAM / Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2001.

X. Epílogo: Agradecimientos

Queremos cerrar estas líneas que amenaza con ser extensa; haciendo una breve referencia de los orígenes de estos volúmenes.

En algún momento, en las intermitentes reuniones académicas con el profesor Domingo García Belaunde, dialogábamos en torno a que el Tribunal Constitucional debería publicar una edición oficial de sus sentencias más emblemáticas; esto último, por cierto resultaba difícil; de allí que se optó por escoger los principales fallos constitucionales, teniendo en cuenta los criterios esbozados en el presente estudio preliminar. Esta tarea la asumió el Centro de Estudios Constitucionales que hemos venido dirigiendo a lo largo de cinco años de nuestro mandato como magistrado del Tribunal Constitucional. El primer insumo fue trabajado conjuntamente con Vanessa Tassara, quien a lo largo de estos años ha sido una fiel colaboradora en el CEC; posteriormente la lista de las sentencias han sido revisadas por los magistrados actuales del Tribunal Constitucional; allí se tuvo un segundo tramo y, por tanto, una segunda versión revisada; luego, se les solicitó muy cortésmente sugerencias a los anteriores magistrados del Tribunal Constitucional que la proporcionaron y que devino en una tercera lista, muy importante por cierto, de fallos.

Finalmente la edición fue puesta en conocimiento a los asesores y letrados del Tribunal Constitucional a fin de que emitieran alguna opinión sobre eventuales omisiones en que se puede haber incurrido; como seguramente habrá, desde luego, un sinnúmero de fallos que pueden haberse quedado en el tintero de una publicación oficial.

Con todo, el amplio espectro del universo de las sentencias y fallos emitidos por el Tribunal Constitucional peruano, se encuentran en la página web del Tribunal Constitucional, en las tres ediciones publicadas en CD sobre la Sistematización de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional elaborado por su Centro de Estudios Constitucionales con el apoyo de Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)⁷⁰. La presente edición constituye una versión que se espera sea de alta utilidad para los jueces, abogados, los que ejercen la defensa en materia constitucional, los altos funcionarios, políticos, los investigadores, académicos y profesores del área que van a contar con un universo representativo de las principales sentencias que el Tribunal Constitucional en su conjunto han emitido desde que inició el periplo de su andadura, allá por los años de 1996 hasta el 2012; quedará para los nuevos magistrados, futuras ediciones oficiales de lo que emita el intérprete supremo de la Constitución.

Expresamos nuestro agradecimiento, sin excepción a todos los magistrados del Tribunal Constitucional, los que los han integrado, los que por ahora seguimos en esta alta corporación jurisdiccional y hacemos votos para los futuros miembros que esperamos tengan una carta de navegación, a partir de la Constitución y de los grandes derroteros interpretativos que ha venido desarrollando el Tribunal Constitucional, a lo largo de sus años de vigencia. Agradecemos a todos los letrados y asesores por sus sugerencias y aportes y en especial a los asesores que personalmente me han acompañado en este lustro de vigencia en nuestro despacho jurisdiccional, como son Felipe Johan León Florián, Hernesto Vásquez Pérez, Jose Miguel Rojas Bernal; a nuestra coordinadora del CEC Vanessa Tassara Zevallos, Yoel Rosas Alcántara, Sonia Montellanos Llamoca; mención especial a nuestra secretaria Liliana Ticllacuri Medina y a José Fernández Rodríguez, quien ha elaborado el apéndice estadístico del Tribunal Constitucional.

XI. Anexo: Introducción bibliográfica

1. Bibliografía sobre Derecho Procesal Constitucional y Jurisdicción Constitucional

Incorporamos una relativa bibliografía extensa vinculada al Derecho Procesal Constitucional y a la Jurisdicción Constitucional. Como se podrá apreciar se trata de una bibliografía básicamente iberoamericana. En la misma se incorpora también en bibliografía complementaria el marco del desarrollo histórico de la actual justicia constitucional.

1. AA.VV.: *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica. II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad de Externado, Bogotá, 1984.
2. AA.VV.: *Primer Seminario Latinoamericano sobre Justicia Constitucional*. La Revista de Derecho, Año II, N° 1 (primera parte), Año III, N° 1 (segunda parte), Santiago de Chile, 1988-1989.
3. AA.VV.: *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, Aníbal Quiroga León (Coordinador), PUC, Lima, 1990.
4. AA.VV.: *Desafíos del control de constitucionalidad*, Víctor Bazán (Coordinador), Ediciones ciudad argentina, Buenos Aires, 1996.
5. AA.VV.: *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (Coordinadores), Editorial Dykinson, Madrid, 1997.
6. AA.VV.: *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Gerardo Ruiz-Rico-Ruiz (Editor), Consejo General del Poder Judicial, Universidad de Jaén y Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
7. AA.VV.: *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Eduardo Espín Templado y Francisco Javier Díaz Revorio (Coordinadores), Cortes de Castilla-La Mancha - Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
8. AA.VV.: *La justicia constitucional como elemento de consolidación de la democracia en Centroamérica*, Rubén Hernández Valle y Pablo Pérez Tremps (Coordinadores), Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

70 El primer CD de Jurisprudencia Sistematizada alcanzó el período 2002 – febrero de 2010. El segundo CD, además de la jurisprudencia anterior, avanzó hasta el mes de julio de 2011. El tercer CD, finalmente, ha sistematizado la jurisprudencia hasta el mes de diciembre de 2012.

9. AA.VV.: *Tribunales y justicia constitucional*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México, 2002.
10. AA.VV.: *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa (Coordinadores); Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2002.
11. AA.VV.: *Veinte años de jurisdicción constitucional en España*, Luis Aguiar de Luque y Pablo Pérez Tremps, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
12. AA.VV.: *Justicia constitucional local*, Eduardo Ferrer Mac Gregor y Rodolfo Vega Hernández (Coordinadores), Gobierno del Estado de Coahuila – Fundap, México, 2003.
13. AA.VV.: *La justicia constitucional en Bolivia 1998-2003*, Tribunal Constitucional, Sucre, 2003.
14. AA.VV.: *Justicia constitucional: el rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Ricardo Sanín Restrepo (Coordinador), Universidad Javeriana–Legis Editores, Bogotá, 2006.
15. AA.VV.: *La justicia constitucional en las entidades federativas*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Manuel González Oropeza (Coordinadores), Porrúa, México, 2006.
16. AA.VV.: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Andrés Bordalí Salamanca (Coordinador), Lexis-Nexis, Santiago, 2006.
17. AA.VV.: *El futuro de la justicia constitucional*. Actas de las XII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional; Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
18. AA.VV.: *Justicia Constitucional y Unión Europea Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Prólogo de Antonio Torres del Morral, Javier Tajadura y José de Miguel (coordinadores); Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
19. AA.VV.: *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), Tomo III – Jurisdicción y control constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional y Marcial Pons Editores, México, 2008.
20. AA.VV.: *Estudios cubanos sobre el control de constitucionalidad (1901-2008)*, Andry Matilla (Compilador), Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 29, México, 2009.
21. AA.VV.: *I congreso internacional sobre justicia constitucional*, Edgar Corzo Sosa (Coordinador), Serie Doctrina jurídica N° 476, Instituto de investigaciones jurídicas – UNAM, México, 2009.
22. AA.VV.: *Tendencias recientes de la justicia constitucional en el mundo. Ensayos escogidos*, Enrique Uribe Arzate y Pedro José Carrasco Parrilla (coordinadores), UNAM – Universidad de Castilla-La Mancha – Miguel Ángel Porrúa, México, 2011.
23. Aladár Métaál: *Hans Kelsen. Vida y obra*, Traducción de Javier Esquivel, Ediciones Coyoacán, México, 2009.
24. Aguilar, Gonzalo; Lafosse, Sandra; Rojas, Hugo y Rébecca Steward: *Justicia constitucional y modelos de reconocimiento de los pueblos indígenas*, Prólogo de Antônio Augusto Cançado Trindade, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 51, México, 2011.
25. Aragón Reyes, Manuel: *Constitución, democracia y control*, UNAM, México, 2002.
26. Araúz, Heriberto: *Panorama de la justicia constitucional panameña*, Universal Books, Panamá, 2003.
27. Astudillo Reyes, César: *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, UNAM, México, 2004.
28. Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi: *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, Presentación de Miguel Carbonell, Jesús Orozco Henríquez y Rodolfo Vásquez, UNAM, México, 2005.
29. Ahumada Ruíz, Marian: *La jurisdicción constitucional en Europa*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005.
30. Bianchi, Alberto: *Jurisdicción y procedimientos ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. Análisis de los mecanismos procesales que hoy emplea la Corte argentina*, Ábaco, Buenos Aires, 1994.
31. Bianchi, Alberto: *Control de constitucionalidad*, 2 tomos, 2ª. edición, Ábaco, Buenos Aires, 2001.
32. Brewer-Carías, Allan R.: *Estado de Derecho y control judicial*. (Justicia Constitucional, contencioso-administrativo y derecho de amparo), Prólogo de Luciano Parejo Alfonso, Instituto Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares-Madrid, 1987.

33. Brewer-Carías, Allan R.: *Instituciones Políticas y Constitucionales*. 7 Tomos, 3ª. edición, Editorial Jurídica Venezolana y Universidad Católica de Táchira, Caracas-San Cristóbal, 1996.
34. Brewer-Carías, Allan R.: *La justicia constitucional (Procesos y procedimientos constitucionales)*, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 20, México, 2007.
35. Cappelletti, Mauro: *La Justicia Constitucional. (Estudios de Derecho Comparado)*, UNAM, México, 1987.
36. Carrillo, Marc: *Tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios. La aplicación de la ley 62/1978 de protección de los derechos fundamentales de la persona*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.
37. Casal H. Jesús María: *Constitución y justicia constitucional*, 5ª. edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2010.
38. Dermizaky Peredo, Pablo: *Justicia constitucional y Estado de Derecho*, 2ª. edición, Editorial Alexander, Cochabamba, 2005.
39. Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy: *Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso*, Prólogo de Domingo García Belaunde, Presentación de Francisco Eguiguren Praeli, Ara Editores, Lima, 2003.
40. Fernández Rodríguez, José Julio: *La Justicia Constitucional europea en el siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2002.
41. Fernández Segado, Francisco: *La jurisdicción constitucional en España*, Dykinson, Madrid, 1984.
42. Fernández Segado, Francisco: *La jurisdicción constitucional en América Latina*, Ingranusi, Montevideo, 2000.
43. Fernández Segado, Francisco: *La jurisdicción constitucional en Bolivia. La ley número 1836, del 1º de abril de 1998, del Tribunal Constitucional*, UNAM – Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Mexico, 2002.
44. Fernández Segado, Francisco: *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, Prólogo de Héctor Fix-Zamudio, UNAM, México, 2004.
45. Fernández Segado, Francisco: *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2008.
46. Fernández Segado, Francisco: *Justicia Constitucional: Una visión de Derecho Comparado. Los sistemas de justicia constitucional. Las "dissenting opinions". El control de las omisiones legislativas. El control de "comunitariedad"*, Tomo 1, Dykinson, Madrid, 2009.
47. Fernández Segado, Francisco: *Justicia Constitucional: Una visión de Derecho Comparado. La justicia constitucional en Francia*, Tomo 2, Dykinson, Madrid, 2009.
48. Fernández Segado, Francisco: *Justicia Constitucional: Una visión de Derecho Comparado. La justicia constitucional en América Latina y en España*, Tomo 3, Dykinson, Madrid, 2009.
49. Ferreres Comella, Víctor: *Justicia Constitucional y Democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Madrid, 1997.
50. Figueruelo Burrieza, Ángela: *Ensayos de justicia constitucional sobre derechos y libertades*, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 35, México, 2009.
51. Flores Juárez, Juan Francisco: *Constitución y Justicia Constitucional*, Publicación de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 2005.
52. García Roca, Javier: *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España*, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 34, México, 2009.
53. González Montenegro, Rigoberto: *Los desafíos de la justicia constitucional panameña*, IEPI, Panamá, 2002.
54. González Rivas, Juan José: *Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
55. Gozáini, Osvaldo Alfredo: *La justicia constitucional. Garantías, proceso y Tribunal Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1994.
56. Grau, Luis: *Orígenes del constitucionalismo americano. Selected documents illustrative of the American Constitutionalism. 1606-1663*, Volumen I, Universidad Carlos III, Madrid, 2009.
57. Grau, Luis: *Orígenes del constitucionalismo americano. Selected documents illustrative of the American Constitutionalism. 1663-1754*, Volumen II, Universidad Carlos III, Madrid, 2009.

58. Grau, Luis: *Orígenes del constitucionalismo americano. Selected documents illustrative of the American Constitutionalism. 1765-1787*, Volumen III, Universidad Carlos III, Madrid, 2009.
59. Hernández Valle, Rubén: *Escritos sobre justicia constitucional*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1997.
60. Hesse, Konrad y Häberle, Peter: *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (Con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán)*, Traducción y Estudio Introductorio de Joaquín Brage Camazano, Prólogo de Peter Häberle, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 3, México, 2005.
61. Johnston, William M.: *El genio austrohúngaro. Historia social e intelectual (1848-1938)*. Traducción de Agustín Coletes Blanco y otros, KRK ediciones, Oviedo, 2009.
62. Kelsen, Hans: *La teoría del Estado de Dante Alighieri*, Traducción de Juan Luis Requejo Pagés, KRK ediciones, Oviedo, 2007.
63. Kelsen, Hans: *Autobiografía*, Traducción de Luis Villar Borda, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho N° 50, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
64. Lösing, Norbert: *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Traducción de Marcela Anzola Gil, Dykinson – Konrad Adenauer, Madrid, 2002.
65. Marjan Mavčič, Arne: *Justicia constitucional en Eslovenia*, Traducción de Francisco Bosch y Gutiérrez, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 39, México, 2011.
66. Nogueira Alcalá, Humberto: *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales en Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 2, México, 2004.
67. Nogueira Alcalá, Humberto: *El derecho procesal constitucional y la jurisdicción constitucional en Latinoamérica y sus evoluciones*, Editorial Librotecnia, CECOCH, Santiago de Chile, 2009.
68. Otálora Malassis, Janine: *El control de legalidad y de constitucionalidad en Francia*, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 32, México, 2009.
69. Pegoraro, Lucio: *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 13, México, 2006.
70. Pérez Tremps, Pablo: *Escritos sobre justicia constitucional*. Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 8, México, 2005.
71. Pérez Tremps, Pablo: *Sistema de justicia constitucional*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2010.
72. Pizzorusso, Alessandro: *Justicia, Constitución y Pluralismo*, Palestra, Lima, 2005.
73. Prieto Sanchís, Luis: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*; Editorial Trotta, Madrid, 2003.
74. Rivera Santibáñez, José Antonio: *Jurisdicción Constitucional*, 2ª. edición, Edit. Kipus, Cochabamba, 2004.
75. Rolla, Giancarlo: *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México, 2002.
76. Rolla, Giancarlo: *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 16, México, 2006.
77. Landa Arroyo, César: *Derechos fundamentales y justicia constitucional*, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 45, México, 2011.
78. Rolla, Giancarlo: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Liminar de Luis Cervantes Liñán, Presentación de Domingo García Belaunde, Estudio Preliminar de José F. Palomino Manchego y Epílogo de Joan Oliver Araujo; 2ª. edición, Grijley-Cuadernos del rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2008.
79. Rousseau, Dominique: *La Justicia Constitucional en Europa*. Estudio preliminar de Teresa Freixes Sanjuán; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
80. Rubio Llorente, Francisco y Jiménez Campo, Javier: *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Mac Graw Hill, Madrid, 1998.
81. Tocora, Luis Fernando: *Control constitucional y derechos humanos*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1992.

82. Tusseau, Guillaume: *Para acabar con los "Modelos" de jurisdicción constitucional un ensayo de crítica*, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 50, México, 2011.
83. Valadés, Diego: *El control del poder*, UNAM, México, 1998.
84. Zúñiga Urbina, Francisco: *Elementos de jurisdicción constitucional*, 2 tomos, Universidad Central de Chile, Santiago, 2002.

Bibliografía (Sobre el desarrollo histórico de la justicia constitucional)

1. AA.VV.: *Marbury contra Madison. Una decisión histórica para la justicia constitucional*, David Cienfuegos Salgado (Coordinador), El Colegio de Guerrero – Editora Laguna, México, 2005.
2. AA.VV.: *Marbury vs Madison. Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*, Pablo Luis Manili (Coordinador), Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 46, México, 2011.
3. Acosta Sánchez, José: *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998.
4. Barragán Barragán, José: *Algunos documentos para el estudio del origen del juicio de amparo: 1812-1861*, UNAM, México, 1987.
5. Barragán Barragán, José: *Algunas consideraciones sobre los cuatro recursos de amparo regulados por las Siete Partidas*, 2ª edición, Universidad de Guadalajara, México, 2000.
6. Bassols Coma, Martín: *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.
7. Blanco Valdés, Roberto: *El valor de la Constitución*, prólogo de Miguel Artola, Alianza Editorial, Madrid, 2006.
8. Bonet Navarro, Ángel: *Procesos ante el Justicia de Aragón*, Guara, Zaragoza, 1982.
9. Cruz Villalón, Pedro: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
10. Díaz Revorio, F. Javier: *Textos constitucionales históricos. El constitucionalismo europeo y americano en sus documentos*, Palestra, Lima, 2004.
11. Echánove Trujillo, Carlos: *La vida pasional e inquieta de don Manuel Crescencio Rejón*, El Colegio de México, México, 1941.
12. Estrada Sámano, Rafael y Estrada Michel, Rafael: *1857, Rabasa y otros ensayos de historia y control constitucional*, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 53, México, 2012.
13. Fairén Guillén, Víctor: *Antecedentes aragoneses del juicio de amparo*, UNAM, México, 1971.
14. Fix-Zamudio, Héctor: *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional (1940-1965)*, UNAM, México, 1968.
15. Gaxiola, Jorge F.: *Mariano Otero, creador del juicio de amparo*, Editora Cultura, México, 1937.
16. Gómez Rivero, Ricardo: *Los magistrados del primer constitucionalismo*, Aranzadi, Navarra, 2009.
17. González Oropeza, Manuel: *Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003.
18. Grant, J. A.: *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la Ciencia Política*, UNAM, México, 1963.
19. Hamilton, A., Madison J. y Jay, J.: *El Federalista*, Traducción de Gustavo Velasco, 5ª. reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
20. Houssay, Abel: *Amparo judicial. El caso Kot y su implicancia en la jurisprudencia*, Depalma, Buenos Aires, 1961.
21. La Ripa, Juan Francisco: *Ilustración a los cuatro procesos forales de Aragón: orden de proceder en ellos según el estilo moderno; y reglas para decidir conforme a la naturaleza de cada uno*, Imprenta de Francisco Moreno, Zaragoza, 1764.
22. Lalinde Abadía, Jesús: *Los fueros de Aragón*, Librería General, Zaragoza, 1976.
23. Lerín Valenzuela, Jorge: *Antología de Manuel Crescencio Rejón pionero del juicio de amparo mexicano, en su esencia*, 2ª edición, OGS, Puebla, 2000.
24. Lira González, Andrés: *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano. Antecedentes novohispanos del juicio de amparo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1972.
25. López De Haro, Carlos: *La Constitución y libertades de Aragón y el Justicia Mayor*. Prólogo del Excmo. Sr. D. Gabriel Maura y Gamazo; Reus, Madrid, 1926.

26. Otero, Mariano: *Obras*, 2 tomos, Recopilación, selección, comentarios y estudio preliminar de Jesús Reyes Heróles, Porrúa, México, 1967.
27. Palomino Manchego, José F.: *Los orígenes de los tribunales constitucionales en Iberoamérica (1931-1979)*, Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2003.
28. Rendón Vásquez, Jorge: *Documentos constitucionales de la historia universal*, Edial, Lima, 2003.
29. Reyes, Rodolfo: *El juicio de amparo de garantías en el derecho constitucional mexicano*, Establecimientos topográficos de Jaime Ratés, Madrid, 1916.
30. Reyes, Rodolfo: *Ante el momento constitucional español. Ejemplos y experiencias americanas*, Compañía Iberoamericana de Publicaciones, Madrid, 1931.
31. Reyes, Rodolfo: *La defensa constitucional. Recursos de inconstitucionalidad y amparo*, Espasa-Calpe, Madrid, 1934.
32. Roura Gómez, Santiago A.: *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.
33. Ruíz Lapeña, Rosa María: *El Tribunal de Garantías en la Segunda República española*, Bosch, Barcelona, 1982.
34. Soberanes Fernández, José Luis: *Evolución de la Ley de Amparo*, UNAM, México, 1994.
35. Soberanes Fernández, José Luis y Martínez Martínez, Faustino José: *Apuntes para la historia del juicio de amparo*, Porrúa, México, 2002.
36. Soberanes Fernández, José Luis y Martínez Martínez, Faustino José: *Fuentes para la historia del juicio de amparo*, Porrúa, México, 2004.
37. Tocqueville, Alexis de: *La democracia en América*, Traducción de Luis R. Cuéllar, 5ª. reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.
38. Vallarta, Ignacio y otros: *Recurso de amparo. Inteligencia del artículo 14 de la Constitución Federal*, Imprenta de Francisco Díaz de León, México, 1879.
39. Vallarta, Ignacio: *Obras completas. El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, Tomo V, Porrúa, México, 1980.
40. Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín: *Soberanía y reforma constitucional en las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1981.
41. Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín: *Textos básicos de la historia constitucional comparada*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
42. Zagrebelsky, Gustavo: *Historia y Constitución*. Traducción y Prólogo de Miguel Carbonell; Mínima Trotta, Madrid, 2005.

2. Bibliografía sobre el desarrollo histórico de la jurisdicción constitucional en el Perú

Se consigna aquí una bibliografía específica en torno a la evolución de la jurisdicción constitucional que tiene el Perú y que resulta ser de alta utilidad para los estudiosos que deseen incorporarse en este ámbito historiográfico de la justicia constitucional.

1. AA.VV.: *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Francisco Eguiguren Praeli (Coordinador), Cultural Cuzco, Lima, 1987.
2. AA.VV.: *Las cortes de Cádiz*, Miguel Artola (Editor), Marcial Pons, Madrid, 2003.
3. AA.VV.: *Historia y derecho. El derecho constitucional frente a la historia*, 2 Tomos, Juan Vicente Ugarte del Pino y otros (Coordinadores), Fondo editorial Nuevos tiempos. Nuevas ideas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima 2008.
4. Alzamora Silva, Lizardo: *Estudios constitucionales*, Presentación y edición al cuidado de Domingo García Belaunde, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2004.
5. Basadre, Jorge: *Historia de la República del Perú. 1822 – 1933*, Tomo XII, 6ª. edición, Editorial Universitaria, Lima, 1969.
6. Belaunde, Víctor Andrés: *El debate constitucional (Discursos en la Asamblea 1931-1932)*, Talleres Gráficos, Lima, 1966.
7. Borea Odría, Alberto: *Evolución de las garantías constitucionales: hábeas corpus, acción de amparo, hábeas data, acción de cumplimiento*, Editorial Fe de Erratas, Lima, 2000.
8. Brewer-Carías, Allan: *Reflexiones sobre la revolución norteamericana (1776), la revolución francesa (1789) y la revolución hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 2ª. edición, Serie de derecho administrativo N° 2, Universidad Externado de Colombia, Editorial jurídica venezolana, Bogotá, 2008.
9. Comisión Andina de Juristas: *Garantías Constitucionales. Legislación Vigente de los Procesos Constitucionales en el Perú*. CAJ, Lima, 1998.

10. Cáceres Arce, Jorge Luis: *El control constitucional en el Perú*, Universidad Católica Santa María – LPG Edit., Arequipa, 2004.
11. Cáceres Arce, Jorge Luis: *La Constitución de Cádiz y el Constitucionalismo Peruano*. Prólogo de Oscar Urviola. Presentación de Domingo García Belaunde, Adrus, Arequipa, 2007.
12. García Belaunde, Domingo: *Las constituciones del Perú*, WG editores, Lima, 1993.
13. García Belaunde, Domingo: *Las constituciones del Perú*, 2 Tomos, 2ª. edición, Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2006.
14. García Belaunde, Domingo: *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, T. I, Eddili, Lima, 1989.
15. Garriga, Carlos y Lorente, Marta: *Cádiz, 1812. La Constitución Jurisdiccional*, Epílogo de Bartolomé Clavero, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, Madrid, 1991.
16. Marquardt, Bernd: *Los dos siglos del Estado Constitucional en América Latina (1810-2010). Historia Constitucional Comparada*, Serie de investigaciones jurídico-políticas de la Universidad Nacional de Colombia N°s 5 y 6, Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales – Instituto Unidad de Investigaciones “Gerardo Molina” (UNIJUS), Bogotá, 2011.
17. Martiré, Eduardo: *La Constitución de Bayona entre España y América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000.
18. Ministerio de Justicia: *Comisión de estudio de las bases de la reforma constitucional de Perú*, Lima, 2001.
19. Pareja Paz-Soldán, José (Director): *Visión del Perú en el Siglo XX*, 2 volúmenes, Librería Studium, Lima, 1962.
20. Pareja Paz-Soldán, José: *Historia de las Constituciones nacionales (1812-1979)*, PUCP, Lima, 2005.
21. Rubio Correa, Marcial: *Estudio de la Constitución Política de 1993*, 6 tomos, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1999.
22. Ruiz Jiménez, Marta: Para una reconstrucción de las cortes de Cádiz: *Los papeles de gobierno interior del archivo del congreso de los diputados*, Anejos de la revista Trienio N° 6, Madrid, 2009.
23. Soria Luján, Daniel: *Los mecanismos iniciales de defensa de la Constitución en el Perú: El poder conservador y el Consejo de Estado (1839-1855)*, Tesis, PUC, Lima, 1997.
24. Valle Riestra, Javier: *El Tribunal de Garantías Constitucionales. El caso de los votos nulos y blancos*, Editorial Labrusa, Lima, 1986.
25. Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín: *Tres ensayos sobre historia constitucional*, Liminar de Luis Cervantes Liñán, estudio preliminar de Jose F. Palomino Manchego y apéndice de Domingo García Belaunde, Cuadernos del rectorado de la Universidad Inca Gracilazo de la Vega, Lima, 2008.
26. Vicente Villarán, Manuel: *Ante-Proyecto de la Constitución de 1931. Exposición de motivos y texto*, Talleres gráficos P.L. Villanueva S.A., Lima 1962 (La primera edición se titula: *Exposición de motivos del ante – proyecto de Constitución del Estado*, Imprenta Torres Aguirre, Lima, 1931).

3. Bibliografía sobre los procesos de inconstitucionalidad

Igualmente se consigna aquí, un acopio bibliográfico en torno a las sentencias constitucionales que tienen todo un soporte teórico, conforme se podrá apreciar con esta bibliografía mínima que sirve como complemento a las sentencias relevantes que se publican en los presentes volúmenes del Tribunal Constitucional peruano.

1. AA.VV.: *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
2. AA.VV.: *Inconstitucionalidad por omisión*, Víctor Bazán (Coordinador), Temis, Bogotá, 1997.
3. AA.VV.: *El rango de ley de las ordenanzas municipales en la Constitución de 1993*, Ernesto Blume Fortini (Compilador), Municipalidad Provincial de Lima - Stampa Gráfica Editores, Lima, 1997.
4. AA.VV.: *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Miguel Carbonell (Coordinador), segunda edición, UNAM, México, 2007.
5. AA.VV.: *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), Tomo VIII – Procesos Constitucionales Orgánicos, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional y Marcial Pons Editores, México, 2008.

6. AA.VV.: *Parlamento y justicia constitucional*, Javier Velásquez Quesquen (Compilador), Fondo editorial del congreso del Perú, Lima, 2009.
7. Agraz, César Eduardo: *Hacia una nueva legitimación de la acción de inconstitucionalidad*, Porrúa, México, 2005.
8. Afonso da Silva, José: *Aplicabilidade das normas Constitucionais*, 7ª edição, Malheiros editores, São Paulo, 2009.
9. Álvarez Tabio, Fernando: *El recurso de inconstitucionalidad*, Editorial Librería Martí, La Habana, 1960.
10. Bachof, Otto: *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Traducción de Leonardo Álvarez Álvarez, 2ª. edición revisada y corregida, Palestra editores, Lima, 2010.
11. Báez Silva, Carlos: *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional N° 27, México, 2009.
12. Balaguer Callejón, María Luisa: *El recurso de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
13. Bazán, Víctor: *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Un análisis de derecho comparado*, Porrúa, México, 2003.
14. Blasco, María del Carmen: *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Editorial Bosch, Barcelona, 1995.
15. Blume Fortín, Ernesto: *El proceso de inconstitucionalidad en el Perú*, Adrus, Arequipa, 2009.
16. Blume Fortini, Ernesto: *El control de la constitucionalidad. (Con especial referencia a Colombia y al Perú)*, ERSA, Lima, 1996.
17. Blume Fortini, Ernesto: *La defensa de la Constitución a través de las ordenanzas municipales*, Grijley, Lima, 1998.
18. Brage Camazano, Joaquín: *La acción de inconstitucionalidad*, UNAM, México, 2000.
19. Brewer-Carías, Allan R.: *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. (Estudios de Derecho Comparado)*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 1994.
20. Bhrunis Lemarie, Roberto: *Sentencias constitucionales. Análisis, ponencias y decisiones de un juez*, Cevallos editora, Quito, 2010.
21. Cano Mata, Antonio: *Cuestiones de inconstitucionalidad. Doctrina del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1986.
22. Carpio Marcos, Edgar y Eto Cruz, Gerardo: *El control jurisdiccional de la inconstitucionalidad e ilegalidad por omisión*, Prólogo de José F. Palomino Manchego, Fundap, Querétaro, México, 2003.
23. Carrió, Genaro R.: *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967.
24. Casiano Lossio, Iván Alexander: *La acción de inconstitucionalidad a raíz de los silencios legislativos*. Presentación de Marcial Rubio Correa, Editorial San Marcos, Lima, 2008.
25. Corzo Soza, Edgar: *La cuestión de inconstitucionalidad*. Prólogo de Manuel Aragón; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
26. Da Silva, José Alfonso: *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, Traducción de Nuria González Martín, Serie doctrina jurídica N° 149, UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003.
27. Díaz Revorio, Francisco Javier: *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Editorial Lex Nova, Madrid 2001.
28. Eto Cruz, Gerardo (Coordinador): *La sentencia constitucional en el Perú*, Editorial Adrus – Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Lima, 2010.
29. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier: *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
30. Favoreau, Louis y Rubio Llorente, Francisco: *El bloque de constitucionalidad*, Civitas, Madrid, 1991.
31. Fernández Rodríguez, José Julio: *La inconstitucionalidad por omisión*. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español, Civitas, Madrid, 1998.
32. Fix-Zamudio, Héctor: *El requisito del control de la constitucionalidad en un Estado democrático de Derecho*, Poder Judicial de la Federación – Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.
33. García Martínez, Asunción: *El recurso de inconstitucionalidad. El proceso directo de constitucionalidad*, Editorial Previm, Madrid, 1992.

34. Gómez Puente, Marcos: *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw Hill, Madrid, 1997.
35. González Beilfuss, Markus: *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
36. Guilherme Marinoni, Luiz: *Decisão de inconstitucionalidade y cosa juzgada*, Colección Monografías, vol. 1, Comunitas, Lima, 2008.
37. Guilherme Marinoni, Luiz: *Coisa Julgada Inconstitucional*, 2ª edição, editora Revista dos tribunais Ltda., São Paulo, 2010.
38. Henrique Soares, Carlos: *Coisa Julgada Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2009.
39. Lopes Meirelles, Hely; Wald, Arnoldo; Ferreira Mendes, Gilmar: *Mandado de segurança e ações constitucionais*, 32ª edição com a colaboração de Rodrigo García da Fonseca, Malheiros editores, São Paulo, 2009.
40. Lozano, Luis F: *La declaración de inconstitucionalidad de oficio*, Prólogo de Julio B. J. Maier, Konrad-Adenauer-Stiftung y Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.
41. Lozano Villegas, Germán: *El valor normativo de las sentencias de la Corte Constitucional con ocasión del control abstracto y su incidencia en el sistema de fuentes del Derecho: el caso colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
42. Marín Pageo, Encarnación: *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1990.
43. Martín de la Vega, Augusto: *La sentencia constitucional en Italia: Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
44. Martínez Sánchez, León Javier: *La inconstitucionalidad por omisión legislativa*, Porrúa, México, 2007.
45. Morello, Augusto Mario: *Admisibilidad del recurso extraordinario. El "certiorari" según la Corte Suprema*, Platense - Abeledo-Perrot, La Plata - Buenos Aires, 1997.
46. Reyes Blanco, Sergio: *El control de constitucionalidad. Su evolución en España y Colombia*, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2004.
47. Sánchez Sánchez, Abraham: *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005.
48. Sierra Porto, Humberto: *Sentencias de inconstitucionalidad en la jurisdicción española*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
49. Solano González, Edgar: *Sentencias interpretativas y respeto a la democracia en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
50. Trujillo Fernández, Gumersindo: *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*, Universidad de La Laguna, San Cristóbal de La Laguna, 1970.
51. Vásquez del Mercado, Oscar: *El control de la constitucionalidad de la ley. Estudio de Derecho Comparado*, Porrúa, México, 1978.
52. Véscovi, Enrique: *El proceso de inconstitucionalidad de la ley*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1967.
53. Vicente Sola, Juan: *Control Judicial de Constitucionalidad*; Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.
54. Villaverde Menéndez, Ignacio: *La Inconstitucionalidad por Omisión*, McGraw Hill, Madrid, 1997.

COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO: CRONOLOGÍA SUMARIA

a. Tribunal de Garantías Constitucionales

1. Aguirre Roca, Manuel
2. Basombrio Porras, Carlos
3. Centurión Vallejo, Héctor
4. Corso Masías, Alfredo
5. Díaz Valdivia, Héctor
6. Diez Canseco Yañez, Jaime
7. Eguren Bresani, Alberto
8. Espinal Cruzado, Efrain
9. León Seminario, Jorge
10. Mixan Mass, Florencio
11. Nuñez Del Prado, René
12. Osoreo Villacorta, Luis
13. Pelaéz Bazán, Mario
14. Rodríguez Domínguez, Alfonso
15. Rodríguez Mantilla, Oswaldo
16. Samanamud Rubin, Pelayo
17. Silva Salgado, Nicanor
18. Valenzuela Astete, Luis
19. Vargas Vargas, Jaime
20. Vásquez Salas, Jorge

b. Tribunal Constitucional (Ex-Magistrados)

1. DR. ACOSTA SÁNCHEZ, FRANCISCO



Abogado de profesión. Ha sido desde 1994 asesor legal de los programas sociales de calzado escolar y zapatillas de apoyo a la micro y pequeña empresa, y desde 1995, asesor externo de la empresa Cementos Sur S.A. en el área de derecho industrial. Además fue vice ministro de Trabajo durante el periodo de 1990-92. Asumió importantes funciones en diversas entidades públicas. Designado como miembro del Tribunal Constitucional en 1996.

2. DR. AGUIRRE ROCA, MANUEL (+)

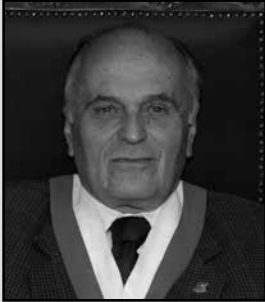


Licenciado en Letras y Humanidades (B.A.) en la especialidad de Filosofía, de la famosa Universidad de Harvard (Boston, Mass., EEUU). Se desempeñó como abogado principal del prestigioso Estudio Romero (Lima). Juramentó el cargo de Magistrado (fundador) del Tribunal Constitucional – institución creada por la Constitución de 1993 -, el cual desempeñó desde el 23 de junio de 1996 (fecha de su instalación) hasta el 29 de mayo de 1997 (fecha en que fue “destituido” por el Congreso fujimontesinista), y luego, a partir del 17 de diciembre del 200, fecha en que fue repuesto y desagraviado por la histórica Resolución Legislativa del Congreso N° 007-2000-CR. Fue elegido Presidente del Tribunal Constitucional el 11 de diciembre del 2000, y asumió el alto cargo al día siguiente (12 de diciembre del 2000), por un periodo de dos años.

3. DR. ALVA ORLANDINI, JAVIER



Ha sido Vicepresidente de la República durante el período 1980 - 1985; Presidente del Senado y del Congreso del año 1981 a 1982; así como de la Comisión que elaboró el Código Penal (1991), el Código Procesal Penal (1991), el Código de Ejecución Penal (1991) y el Código Procesal Civil (1992). Asimismo, ha participado en la elaboración de más de 300 leyes. Igualmente, ha sido presidente del Tribunal Constitucional durante el periodo 2002 - 2005. Es autor de las siguientes obras: “Respuesta a la Dictadura”; “Ayer, Hoy y Mañana”; “Círculo Vicioso”; “Yo Ministro”; “Palabra de Honor” y “Sí Juro”. Es autor de innumerables leyes durante su carrera parlamentaria.

4. DR. BAUTISTA BARDELLI LARTIRIGOYEN, JUAN

Fue Presidente de la Comisión de Derecho Agrario del Colegio de Abogados de Lima los años 1973, 1979 y 1980; Presidente de la Comisión de Comunidades Campesinas del Colegio de Abogados de Lima, en 1981; Vocal del Tribunal Agrario desde 1982 hasta 1992; Presidente del Tribunal Agrario, en el periodo 1989 – 1990. Es autor de numerosos artículos periodísticos especializados.

5. DR. BEAUMONT CALLIRGOS, RICARDO

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Magíster en Derecho Civil y Comercial por la UNMSM. Doctor en Derecho y Ciencia Política por la UNMSM. *Doctor Honoris Causa*, concedido por la (i) Universidad Nacional de Ucayali, (ii) Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, de Lambayeque, (iii) Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica, y (iv) Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, de Puno. Profesor Principal de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad San Martín de Porres y Universidad de Lima. Ha escrito numerosos artículos y ocho libros de materia jurídica, en particular, sobre la Ley General de Sociedades, la Ley de Títulos Valores, el Derecho Concursal, la Contratación Mercantil y el Código Procesal Constitucional. Miembro hábil del Ilustre Colegio de Abogados de Lima y miembro honorario de los Ilustres Colegios de Abogados de Tacna, La Libertad y Ancash. Fue Vice Decano del Colegio de Abogados de Lima, durante la Decanatura del Dr. Jorge Avendaño Valdez. Elegido por los Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, fue Miembro del Consejo Ejecutivo de la Corte Suprema. Ha sido Miembro y Vicepresidente del Tribunal Constitucional, en donde postuló presentado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (2007-2013), ocupando el primer lugar en la evaluación general, entre los 70 candidatos que concursaron, obteniendo el voto unánime de los Congresistas de la República. Renunció, vencido su mandato, en Abril de 2013.

6. DR. DÍAZ VALVERDE, LUIS

Abogado egresado de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa (1952). Fue decano reelecto en tres oportunidades del Colegio de Abogados de Arequipa. Ha sido miembro titular del Consejo Nacional de la Magistratura y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad San Agustín de Arequipa. Designado como miembro del Tribunal Constitucional en 1996.

7. DR. GARCÍA MARCELO, JOSÉ

Abogado egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha sido profesor en la Academia Diplomática, en la Escuela Militar de Chorrillos, en la Universidad San Martín de Porres y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE). Expositor en el campo mundial de Derecho Romano en Roma. Secretario General de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Ha sido asesor de la alta dirección del Ministerio de Agricultura y miembro de diversas entidades. Designado como miembro del Tribunal Constitucional en 1996.

8. DR. GARCÍA TOMA, VÍCTOR

Es Profesor en la Universidad de Lima y en el Instituto de Gobierno de la Universidad San Martín de Porres. En 1990 se desempeñó como Secretario General de la Presidencia del Consejo de Ministros. Integró la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima en 1992. Tiene varias publicaciones, entre ellas: "Constitución y Derecho Judicial"; "Análisis Sistemático de la Constitución"; "Teoría del Estado y Derecho Constitucional"; "Introducción a la Ciencia Jurídica"; "La Defensoría del Pueblo en el Perú"; "Legislativo y Ejecutivo en el Perú". Ha sido Presidente del Tribunal Constitucional durante el periodo 2005 - 2006 y posteriormente Ministro de Justicia.

9. DR. GONZALES OJEDA, MAGDIEL

Se desempeñó como Profesor Principal y titular de la cátedra de Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Además, fue Decano de la Facultad de Derecho y Coordinador de las Maestrías de Derecho Constitucional y Tutela Jurisdiccional de la Universidad Nacional de San Agustín. Es autor de numerosos artículos y publicaciones especializadas, entre las cuales cabe citar: "El Estado Social de Derecho y el Estado Peruano". Ha publicado en la Revista "Derecho" de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, entre otras. Actualmente es decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Ricardo Palma.

10. DR. LANDA ARROYO, CÉSAR RODRIGO

Abogado y Magíster por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Alcalá de Henares de España (1987). Posdoctorado en Derecho en la Universidad de Bayreuth y el Max-Planck Institut de Heidelberg, Alemania (1998). Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Sus publicaciones más importantes son: Tribunal Constitucional y Estado Democrático (3.a edición, 2007); Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional (México, 2006); Constitución y Fuentes del Derecho (2006); Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005); en coedición con Luisa Casseti, Governo delle'economia e federalismi. L'esperienza sudamericana (Italia, 2005); Teoría del Derecho Procesal Constitucional (2003). Director de la revista Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina; y de la Gaceta Constitucional del Tribunal Constitucional. El 2001 fue miembro de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional y el 2002 fue designado miembro del Comité Jurídico Asesor de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, encargada de la Reforma Constitucional. El 2003 fue designado Juez ad hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El 2004 fue nombrado Viceministro de Justicia de la Nación. El 16 de diciembre del 2004 el Congreso de la República lo designa Magistrado del Tribunal Constitucional y el 4 de diciembre del 2006 el Pleno lo eligió Presidente por un período de dos años. Actualmente es decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

11. DR. NUGENT LÓPEZ CHÁVEZ, RICARDO

Abogado (1951) y Doctor en derecho (1961) por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha impartido cátedra de Derecho del Trabajo desde 1959 en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad de San Martín de Porres. Integró numerosas comisiones oficiales para la formulación de proyectos de ley en materia laboral. Fue elegido presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República y de la Comisión de Reforma Judicial (1975-1976). Durante 1995 y 1996 ocupó la Presidencia del Jurado Nacional de Elecciones. En 1996 fue designado Presidente del Tribunal Constitucional.

12. DRA. REVOREDO MARSANO, DELIA

Abogada, egresada de la Pontificia Universidad Católica del Perú en 1975, Miembro de la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil Peruano y del Consejo Consultivo del Ministerio de Relaciones Exteriores (1980-1985). Miembro del Grupo Nacional del Perú ante la Corte Permanente de Arbitraje (ONU), (Resolución Suprema del 31 de mayo de 1984). Presidente de la Comisión encargada del Anteproyecto de la Ley General de Arbitraje (Resolución Ministerial N° 108-87-JUS, del 10 de marzo de 1987). Directora de la Academia de la Magistratura desde 1989 a 1990. Miembro Fundador del Centro Peruano de Estudios Internacionales (CEPEI).

13. DR. REY TERRY, GUILLERMO (+)

Abogado, graduado en la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima con estudios de postgrado en la Universidad de Roma en Italia. Miembro del Jurado Nacional de Elecciones en representación de las Universidades Privadas del Perú. Docente de amplia experiencia, especializado en Derecho Sucesorio y Derecho Romano. Ex Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Particular de San Martín de Porres. En la Administración Pública se desempeñó como Asesor Jurídico del Despacho Ministerial en el Ministerio de Agricultura. Asesor Jurídico en Asuntos inmobiliarios del Banco de Crédito del Perú y de IATA (Panel de transportadores aéreos).

c. Tribunal Constitucional (Magistrados)

1. DR. URVIOLA HANI, ÓSCAR (Presidente)



Doctor en Derecho, Maestro en Derecho de la Empresa y Abogado por la Universidad Católica Santa María (Arequipa). Se ha desempeñado como Profesor Ordinario Principal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica Santa María. Ha sido Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica Santa María. Ha participado como expositor en diversas conferencias, seminarios y eventos académicos nacionales e internacionales.

Autor de las siguientes publicaciones: Principio de Legalidad en el Derecho Tributario Peruano (2007); Formas de Bicameralidad (2003); Retorno a la Bicameralidad (2003); Retorno a la Bicameralidad en el Poder Legislativo del Perú – Análisis Sincrético (2003) y Retorno a la Bicameralidad en el Poder Legislativo del Perú – Análisis Histórico (2003).

En el periodo 1990-92 fue elegido Diputado de la Nación por el departamento de Arequipa y Decano del Colegio de Abogados de Arequipa. El 10 de junio de 2010 el Congreso de la República lo designa magistrado del Tribunal Constitucional por un período de 5 años. Elegido Presidente del Tribunal Constitucional el 3 de diciembre de 2012.

2. DR. VERGARA GOTELLI, JUAN FRANCISCO (Vicepresidente)



Egresado de la Facultad de Derecho y de la Escuela de Periodismo de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, así como de la Facultad de Letras de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se ha desempeñado como Juez de Paz Letrado del Callao, Fiscal y Juez en lo Civil de la Provincia de Cañete y Fiscal Superior Provisional de la Corte Superior de Justicia del Callao, y después de su renuncia a la judicatura como Decano del Colegio de Abogados del Callao. Fue Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima por un periodo de 10 años. Conformó terna en 1991

para Fiscal Supremo Titular. Fue Presidente del Tribunal de Honor del Colegio de Abogados del Callao. Miembro del Consejo de Gobierno (Consejo Transitorio) del Poder Judicial con la categoría de Vocal Supremo con ocasión de la Transición a la democracia durante el gobierno del doctor Valentín Paniagua Corazao, por ley de la República y propuesta por la Mesa de Diálogo de la OEA. El 16 de diciembre del 2004 el Congreso de la República lo eligió magistrado del Tribunal Constitucional por un período de 5 años. Fue presidente del Tribunal Constitucional. Ha escrito la obra La Reforma del Poder Judicial (comprobaciones, reflexiones y propuestas) y se ha escrito en su honor el libro Constitución y Proceso. Homenaje a Juan Francisco Vergara Gotelli. También es autor del libro Mis votos como Juez del Tribunal Constitucional, que recopila sus votos singulares emitidos en las sentencias como magistrado del Tribunal Constitucional. Elegido Vicepresidente del Tribunal Constitucional el 3 de diciembre de 2012.

3. DR. MESÍA RAMÍREZ, CARLOS



Bachiller en Derecho y abogado de profesión, graduado en la Universidad de San Martín de Porres. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios de doctorado en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Representante del Estado Peruano ante la Comisión para la Democracia a través de la Ley, órgano consultivo del Consejo de Europa en materia de protección de derechos humanos y en la elaboración de leyes electorales.

Profesor de Derecho Constitucional Peruano de la Universidad ESAN.

Es autor de las siguientes publicaciones: Los Recursos Procesales Constitucionales (2009); El Proceso de Hábeas Corpus desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2007); Exégesis del Código Procesal Constitucional (2004); Derechos de la Persona. Dogmática Constitucional (2004); Legislación Constitucional. Aproximación al Sistema Constitucional Peruano (1995); Derechos Humanos: Teoría e Instrumentos Internacionales (1995); entre otras.

El 13 de julio del año 2006 el Congreso de la República lo designa Magistrado del Tribunal Constitucional y el 20 de setiembre del 2007, el Pleno del Tribunal lo elige Vicepresidente por un período de dos años. Elegido Presidente del Tribunal Constitucional el 10 de junio de 2010.

4. DR. CALLE HAYEN, FERNANDO



Abogado, Doctor en Derecho, Universidad Inca Garcilaso de la Vega y Magíster en Derecho Constitucional, Universidad Nacional Federico Villarreal. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, Profesor emérito del Centro de Altos Estudios Nacionales (CAEN), Miembro del CAJ y CAL. Ha sido miembro del Consejo Consultivo de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República 2004-2007. Panelista, ponente, expositor, organizador, coordinador y asistente en distintos seminarios, mesas

redondas a nivel nacional e internacional (Uruguay, Rusia, Panamá, Colombia, Ecuador, Brasil, Honduras, Bolivia, Grecia, Estados Unidos de América, Francia, Marruecos, China). Autor de varias obras de derecho constitucional y ensayista en revistas y diarios del país tales como; el Comercio, el peruano, La Republica, diario Expreso e invitado en otros medios de comunicacion. En el 2011 recibe la Condecoración de la "Orden al Mérito de la República Italiana" (OMRI) otorgado por el Excmo. Señor Giorgio Napolitano, Presidente de la República Italiana. Otorgado. El 19 de junio de 2013, recube la medalla "Jose León Barandiaran" otorgada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en merito a su trayectoria democrática y profesional. En setiembre de 2013 es invitado como ponente al VI Foro de Derechos Humanos organizado en la ciudad de Beijing.

5. DR. ETO CRUZ, GERARDO



Gerardo Eto Cruz es bachiller y abogado por la Universidad Nacional de Trujillo (1986). Es Doctor en Derecho Público por la Universidad de Santiago de Compostela (Galicia, España), con la tesis "El Proceso Constitucional de Amparo en el Perú", calificada con el grado summa cum laude, y merecedora del Premio de la Excelencia 2010, a la mejor tesis doctoral de la Universidad Santiago de Compostela. Cuenta igualmente con una Diplomatura en Defensa Nacional por el Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional de España.

Ha sido profesor desde 1983 en la Universidad Nacional de Trujillo, donde ha impartido las asignaturas de Derecho Constitucional General, Derecho Procesal Constitucional, Teoría General de los Derechos Humanos. Ha sido también profesor de la Academia de la Magistratura. Además, es Profesor Investigador Visitante en la Universidad Católica de Lisboa, en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, en la Universidad Autónoma de Barcelona, en la Universidad de Bologna, en la Universidad Autónoma de México; así como de la propia Universidad de Santiago de Compostela. Actualmente es profesor de Posgrado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad San Martín de Porres. Es doctor honoris causa por la Universidad Los Andes y la Universidad Pedro Ruiz Gallo, Universidad San Agustín de Arequipa y San Luis Conzaga de Ica.

A la fecha tiene publicadas 22 obras, entre obras personales y libros colectivos; fuera de más de medio centenar de ensayos y artículos publicados no sólo en el Perú, sino en diversos países como Argentina, Colombia, México, España, Italia, entre otros.

En la época de la transición política fue nombrado por el Presidente Valentín Paniagua miembro de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. Asimismo, en la Presidencia de Alejandro Toledo, el Ministro de Justicia dispuso su incorporación como miembro de la Comisión de la Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional.

Desde septiembre de 2007 se desempeña como magistrado del Tribunal Constitucional y Director General del Centro de Estudios Constitucionales. .

6. DR. ÁLVAREZ MIRANDA, ERNESTO

Doctor en Derecho, abogado por la Universidad de San Martín de Porres, con especialización en Derecho Político por la Universidad de Navarra 1987-1988. Maestro en Derecho Civil y Comercial por la Universidad de San Martín de Porres, Diplomado en Derechos Humanos por el Washington College of Law de la American University, 2005. Es profesor ordinario principal de la Universidad de San Martín de Porres. Autor de las obras *Constitución y Proceso*, *Libro Homenaje a Juan Vergara Gotelli* (2009), *La Cultura Política Griega* (2006) y *El Control Parlamentario* (1999), y de varios artículos académicos. En la actualidad es Director General de la *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. Expositor durante el presente año en el V Congreso Internacional de Arbitraje organizado por el Centro de Arbitraje de la PUCP, en el seminario *Análisis Económico de la Constitución Política*, organizado por el Centro de Estudios en Derecho y Economía de la USMP y en el III Programa de Excelencia Gerencial - Premio Amartya Sen, organizado por el PNUD. Al momento de ser elegido magistrado por el Congreso de la República, el 7 de setiembre de 2007, se desempeñaba como director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de San Martín de Porres. Elegido Presidente del Tribunal Constitucional el 6 de enero de 2012.



ANEXO

Tribunal Constitucional en Cifras

INTRODUCCIÓN

En el presente apartado se da cuenta de algunos datos estadísticos con relación a la evolución del trabajo jurisprudencial realizado por el Tribunal Constitucional en el período que comprende desde el año 1996 hasta el año 2012. Se han elegido algunas variables relevantes a fin de alcanzar al ciudadano una idea referencial del trabajo realizado por nuestra institución en este período, desde diferentes aspectos en que puede ser evaluada la labor del Tribunal.

En dicha perspectiva, se presenta, en primer lugar, un Cuadro Histórico de los Expedientes Ingresados al Tribunal Constitucional en el periodo referido, adjuntándose tres cuadros estadísticos sobre el porcentaje de expedientes ingresados por tipo de proceso, porcentaje de expedientes ingresados por año y porcentaje de expedientes según procedencia geográfica.

En segundo lugar, se anexa un Cuadro de Resoluciones Publicadas en el mismo periodo, adjuntándose dos cuadros estadísticos sobre el porcentaje de resoluciones publicadas por tipo de proceso y porcentaje de resoluciones publicadas por año de publicación. Además, se presenta un Cuadro de Resoluciones Publicadas por tipo de Fallo, y un cuadro estadístico que grafica el porcentaje de resoluciones publicadas por tipo de fallo.

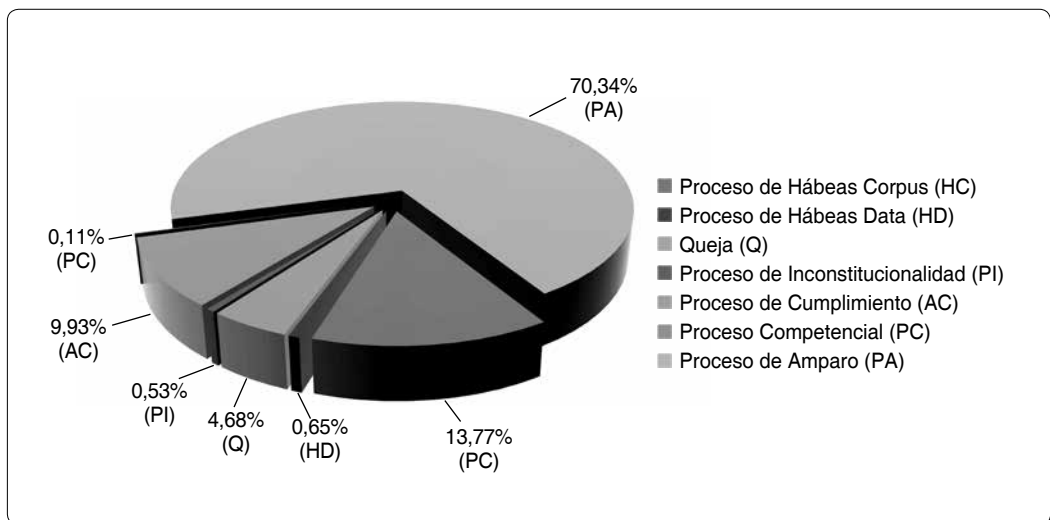
En tercer lugar, y comparando los datos presentados en las dos secciones anteriores, se adjuntan, un Cuadro correspondiente a la Capacidad de Atención de Casos y otro Cuadro correspondiente a la Carga Procesal. En cuanto a la Capacidad de Atención de casos, el cuadro muestra la diferencia existente entre la cantidad de expedientes que ingresan en un año y las resoluciones que publica el Tribunal Constitucional en el mismo año, lo que nos permite comparar la capacidad de respuesta del Tribunal a su carga procesal año a año. Anexo a este cuadro, se muestra un gráfico que permite visualizar mejor la evolución de esta capacidad de respuesta. Por otro lado, en cuanto a la Carga Procesal, el Cuadro indica los expedientes que va acumulando el Tribunal Constitucional año a año, es decir, los expedientes con los que tiene que empezar cada año jurisdiccional y que se arrastran del año anterior. Acompaña este cuadro un gráfico que expresa la evolución de esta carga procesal a través de los años.

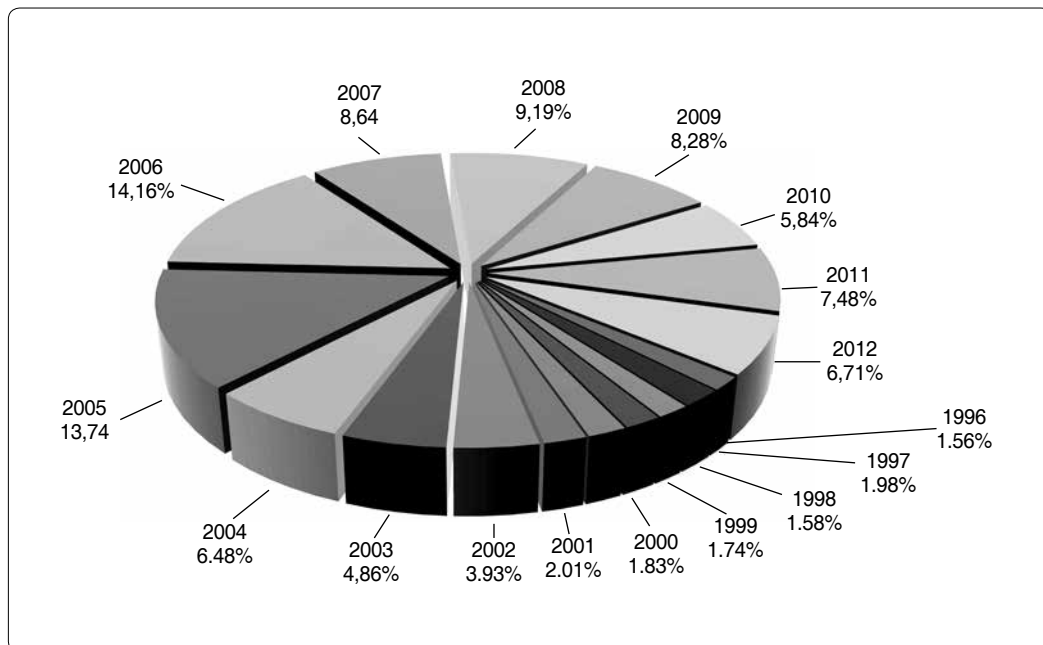
Finalmente, se presenta un Cuadro de las Audiencias Públicas, desde el año 2005 hasta el año 2012. Este Cuadro permite reflejar otra variable importante en el trabajo jurisdiccional: no solo aquella que tiene que ver con la decisión final de un tribunal, sino aquella que permite ver la atención que el Tribunal brinda al ciudadano en el desarrollo del proceso constitucional. Así, aún cuando el Tribunal Constitucional no se encuentra obligado a fijar una audiencia para escuchar los alegatos de las partes, salvo en el caso del proceso de inconstitucionalidad y del proceso competencial, la institución se ha preocupado de brindar este espacio a las partes con el objeto de llevar adelante un proceso constitucional abierto, transparente, público y plural. En esta línea, el cuadro adjunto muestra también la información desagregada a partir del año 2005, entre las audiencias realizadas en Lima y las audiencias realizadas en el interior del país, año en el cual se tomó la decisión de acercar al Tribunal aún más a la ciudadanía a través de estas audiencias descentralizadas. No solo la necesidad de socializar el proceso constitucional, acercando el servicio de justicia constitucional a la gente, fue el objetivo de dicha medida, sino la necesidad de posicionar al Tribunal como garante último de la constitucionalidad y de los derechos fundamentales, en un territorio que poco ha conocido de sus instituciones de tutela ius-fundamental.

EXPEDIENTES INGRESADOS 1996 -2012

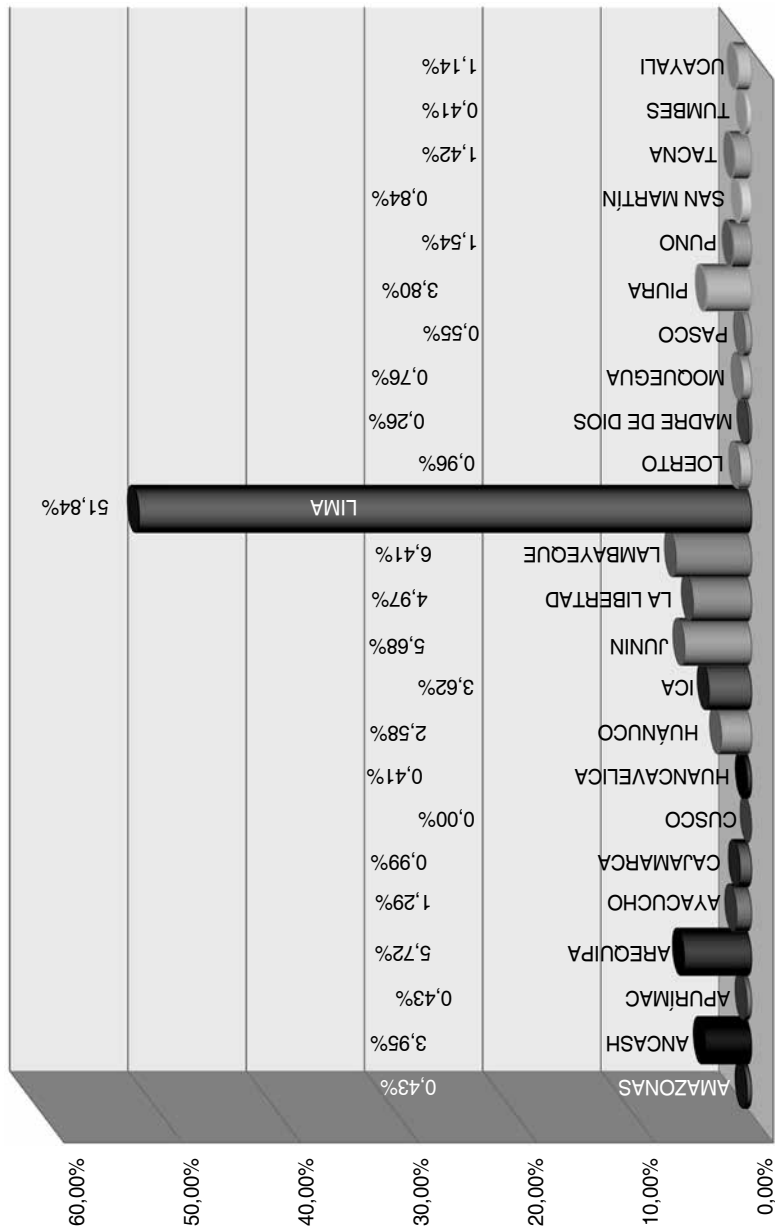
Cuadro Histórico de Expedientes Ingresados 1996 - 2012								
Años	Proceso de Hábeas Corpus	Proceso de Hábeas Data	Queja	Proceso de Inconstitucionalidad	Proceso de Cumplimiento	Proceso Competencial	Proceso de Amparo	Total
1996	155	5	167	24	24	0	853	1 228
1997	157	1	264	8	74	2	1 049	1 555
1998	123	5	79	4	115	3	913	1 242
1999	170	2	45	6	104	2	1 042	1 371
2000	188	5	48	8	115	1	1 074	1 439
2001	225	2	48	18	310	3	979	1 585
2002	536	7	93	16	201	4	2 237	3 094
2003	667	9	220	24	339	13	2 554	3 826
2004	506	11	187	54	642	5	3 699	5 104
2005	970	13	396	35	1 805	6	7 589	10 814
2006	992	77	330	33	1 978	8	7 732	11 150
2007	1 129	75	265	36	590	7	4 696	6 798
2008	1 145	42	331	33	422	7	5 254	7 234
2009	1 099	73	328	37	324	12	4 642	6 515
2010	859	51	267	35	242	3	3 139	4 596
2011	998	63	339	22	310	8	4 150	5 890
2012	922	72	275	21	219	3	3 772	5 284
Total	10 841	513	3 682	414	7 814	87	55 374	78 725
%	13,77%	0,65%	4,68%	0,53%	9,93%	0,11%	70,34%	100,00%

Expedientes Ingresados 1996 - 2012 (Visto por Tipo de Proceso)



Expedientes Ingresados 1996 - 2012 (Visto por Año de Ingreso)

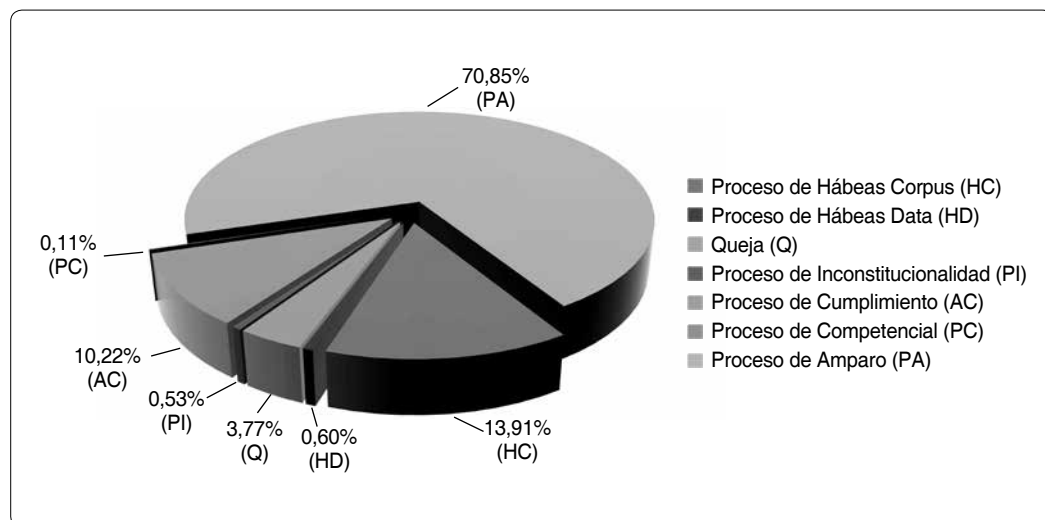
Expedientes Ingresados por Procedencia Geográfica desde 1996-3 1/12/2012



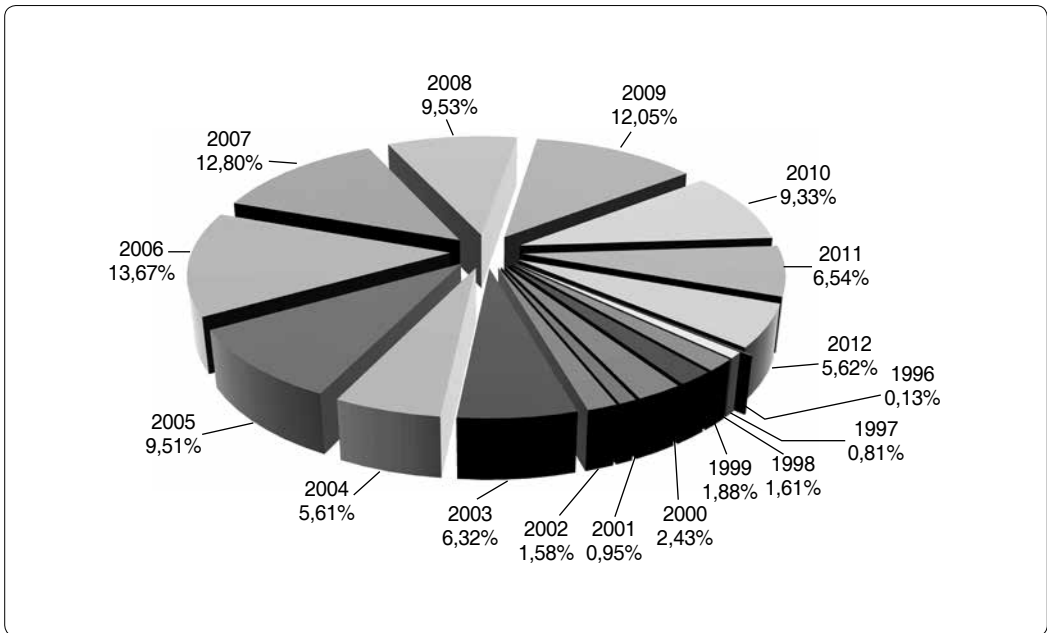
RESOLUCIONES PUBLICADAS 1996 -2012

Cuadro Histórico de Resoluciones y/o Sentencias Publicadas 1996 - 2012								
Años	Proceso de Hábeas Corpus	Proceso de Hábeas Data	Queja	Proceso de Inconstitucionalidad	Proceso de Cumplimiento	Proceso Competencial	Proceso de Amparo	Total
1996	78	0	0	3	0	1	18	100
1997	40	1	0	18	16	2	526	603
1998	166	3	0	0	66	2	956	1 193
1999	252	3	0	0	104	1	1 036	1 396
2000	151	4	0	4	140	1	1 508	1 808
2001	168	3	0	20	45	1	465	702
2002	318	4	0	18	140	4	688	1 172
2003	711	7	91	25	387	9	3 372	4 602
2004	494	10	214	45	439	6	2 956	4 164
2005	550	9	330	34	1 227	8	4 903	7 061
2006	722	9	289	36	2 228	5	6 865	10 154
2007	1 367	81	302	38	1 129	8	6 400	9 325
2008	1 201	72	306	15	443	4	5 041	7 082
2009	1 370	43	438	29	384	6	6 683	8 953
2010	1 108	106	269	48	393	10	5 000	6 934
2011	880	54	248	44	251	14	3 367	4 858
2012	755	36	316	17	203	2	2 847	4 176
Total	10 331	445	2 803	394	7 595	84	52 631	74 283
%	13,91%	0,60%	3,77%	0,53%	10,22%	0,11%	70,85%	100,00%

Resoluciones y/o Sentencias Publicadas 1996 - 2012 (Visto por Tipo de Proceso)



Resoluciones y/o Sentencias Publicadas 1996 - 2012 (Visto por Año de Publicación)



Resumen de Resoluciones Expedidas por el TC por tipo de Fallo 1996 - 2012

Acción	Fallo	Proceso de Hábeas Corpus	Proceso de Amparo	Proceso de Cumplimiento	Proceso de Hábeas Data	Quejas	Proceso de Inconstitucionalidad	Proceso Competencial	Total	%
Tutela	Fundada	434	7 806	646	140	457	58	8	9 549	13,34%
	Fundada en Parte	149	1 897	94	64	0	61	3	2 268	3,17%
	Devuelvase	158	523	91	4	180	1	0	957	1,34%
	Infundada	2 687	11 797	582	49	6	122	8	15 251	21,31%
	Improcedente	5 826	26 592	5 813	115	2 310	70	39	40 765	56,97%
	Inadmisibile	4	22	3	1	76	41	17	164	0,23%
	Infundada en Parte	206	995	4	1	0	6	0	1 212	1,69%
	Sin Objeto	282	322	113	8	15	13	0	753	1,05%
	Improcedente el RAC	6	97	16	4	0	0	0	123	0,17%
	Otros							52	6	58
Desistimiento		61	291	80	1	26	0	1	460	0,64%
Total		9 813	50 342	7 442	387	3 070	424	82	71 560	100,00%

Estructura % por tipo de Acción

0,11%

0,59%

4,29%

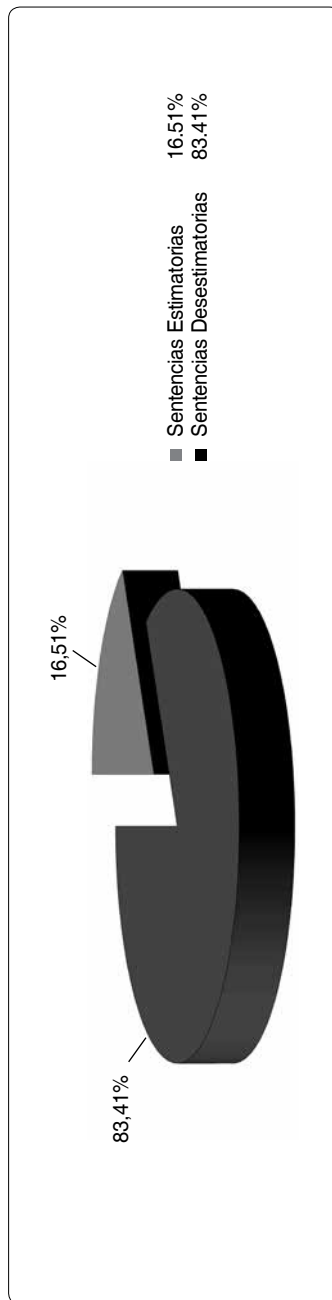
0,54%

10,40%

70,35%

13,71%

Sentencias Estimatorias vs. Sentencias Desestimatorias 1996 - 2012



CAPACIDAD DE ATENCIÓN DE CASOS Y CARGA PROCESAL

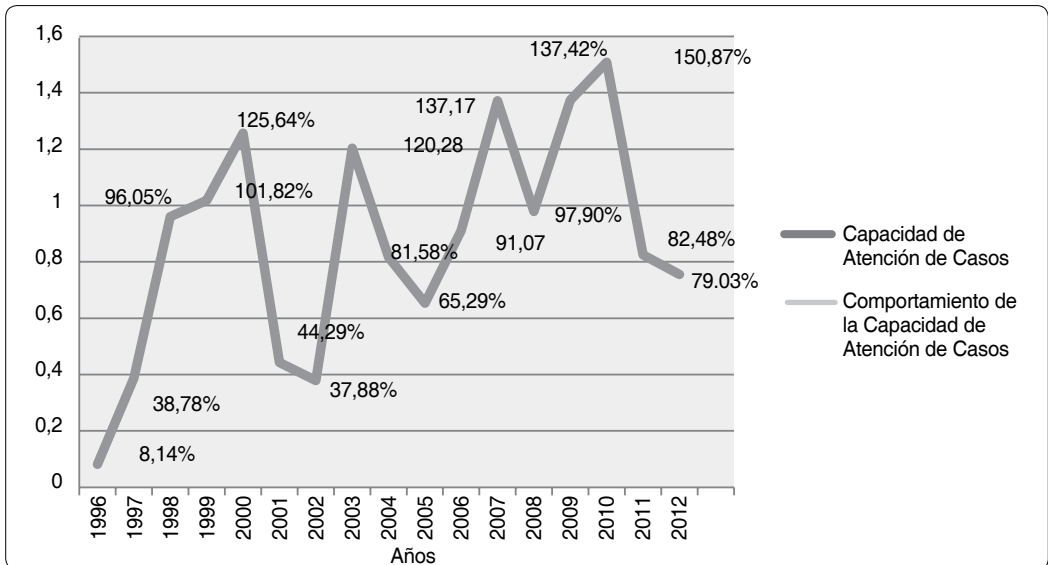
Capacidad de Atención de Casos (%)

Años	Exp. Ingresados	Res. Publicadas	Capacidad de Atención de Casos del Tribunal Constitucional (%)
1996	1 228	100	8,14%
1997	1 555	603	38,78%
1998	1 242	1 193	96,05%
1999	1 371	1 396	101,82%
2000	1 439	1 808	125,64%
2001	1 585	702	44,29%
2002	3 094	1 172	37,88%
2003	3 826	4 602	120,28%
2004	5 104	4 164	81,58%
2005	10 814	7 061	65,29%
2006	11 150	10 154	91,07%
2007	6 798	9 325	137,17%
2008	7 234	7 082	97,90%
2009	6 515	8 953	137,42%
2010	4 596	6 934	150,87%
2011	5 890	4,858	82,48%
2012	5 286	4,176	79,03%
Promedio	4743	4 475	90%

Forma del Cálculo del Indicador: $\text{Res. Publicadas} / \text{Exp. Ingresados}$

Estadística al 31/12/2012

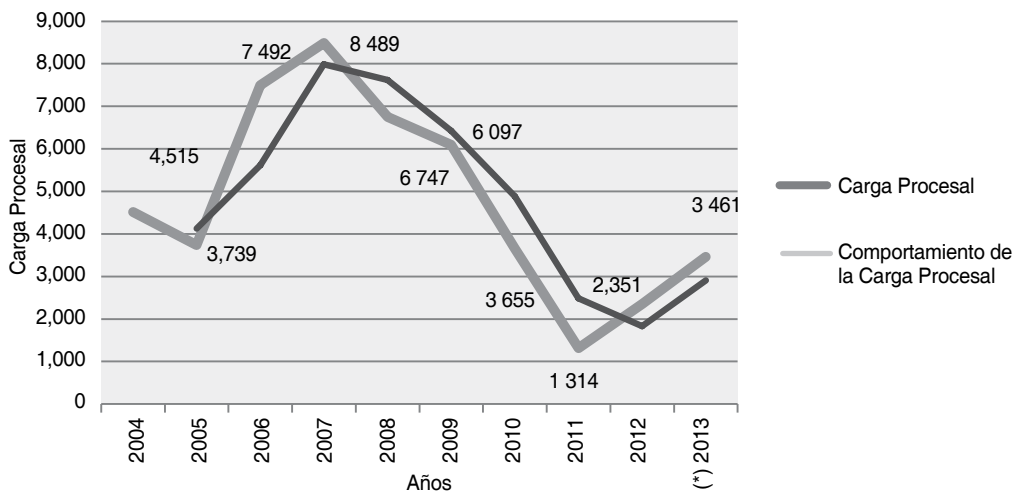
Capacidad de Atención de Casos



Este indicador muestra la capacidad operativa o de respuesta a la demanda de justicia constitucional, del año 1996 al 31.12.2012

Años	Carga Procesal
2004	4 515
2005	3 739
2006	7 492
2007	8 489
2008	6 747
2009	6 097
2010	3 655
2011	1 314
2012	2 351
(*)2013	3 461

Carga Procesal



(*) Carga Procesal al 01/01/2013

Este indicador muestra la cantidad de expedientes pendientes de resolución.

AUDIENCIAS PÚBLICAS 2005 -2012

Resumen Audiencias Públicas 2005 - 2012

Periodo	Ubicación	Hábeas Corpus	Hábeas Data	Quejas	Acción de Inconstitucionalidad	Acción Cumplimiento	Conflicto Competencial	Acción Amparo	Total
Enero		1	0	0	1	198	0	905	1 105
Febrero		87	0	0	4	40	0	294	425
Marzo		109	0	0	3	196	0	946	1 254
Abril		53	0	0	2	263	0	1 026	1 344
Mayo		130	0	0	9	152	0	608	899
Junio		37	0	0	3	118	0	580	738
Julio		42	0	0	1	210	1	868	1 122
Agosto		145	0	0	1	207	0	746	1 099
Septiembre		35	0	0	8	114	1	812	970
Octubre		103	0	0	0	206	0	720	1 029
Noviembre		194	0	0	5	439	2	1 929	2 569
Diciembre		13	0	0	0	31	0	162	206
2005		949	0	0	37	2 174	4	9 596	12 760
1er Trimestre		231	7	0	7	588	1	2 242	3 076
2do Trimestre		214	2	0	8	423	0	1 619	2 266
3er Trimestre		228	27	0	4	602	0	2 073	2 934
4to Trimestre		254	9	0	1	295	0	1 182	1 741
2006		927	45	0	20	1 908	1	7 116	10 017
1er Trimestre		384	34	0	6	321	3	2 151	2 899
2do Trimestre		80	14	0	3	138	0	733	968
3er Trimestre		326	32	0	9	118	1	1 253	1 739
4to Trimestre		655	64	0	5	292	1	4 045	5 062
2007		1 445	144	0	23	869	5	8 182	10 668
1er Trimestre		215	12	0	5	72	0	715	1 019
2do Trimestre		227	4	0	4	62	0	1 337	1 634
3er Trimestre		385	16	0	4	160	0	1 768	2 333
4to Trimestre		263	12	0	0	127	0	1 246	1 648
2008		1 090	44	0	13	421	0	5 066	6 634
1er Trimestre		275	13	0	13	78	2	1 671	2 052
2do Trimestre		355	14	0	13	99	1	1 226	1 708
3er Trimestre		264	19	0	5	61	0	1 004	1 353
4to Trimestre		240	21	0	9	95	4	1 070	1 439
2009		1 134	67	0	40	333	7	4 971	6 552
1er Trimestre		221	17	0	5	76	3	772	1 094
2do Trimestre		209	18	0	8	55	3	763	1 056
3er Trimestre		308	15	0	10	94	2	1 152	1 581
4to Trimestre		148	8	0	12	42	0	613	823
2010		886	58	0	35	267	8	3 300	4 554
1er Trimestre		202	8	0	5	73	0	750	1 038
2do Trimestre		304	14	0	7	64	1	1 031	1 421
3er Trimestre		250	14	0	7	65	0	871	1 207
4to Trimestre		253	25	0	3	81	0	1 176	1 538
2011		1 009	61	0	22	283	1	3 828	5 204
1er Trimestre		142	7	0	3	51	0	674	877
2do Trimestre		307	18	0	1	77	0	1 242	1 645
3er Trimestre		206	23	0	6	49	0	901	1 185
4to Trimestre		111	11	0	3	19	0	324	468
2012		766	59	0	13	196	0	3 141	4 175

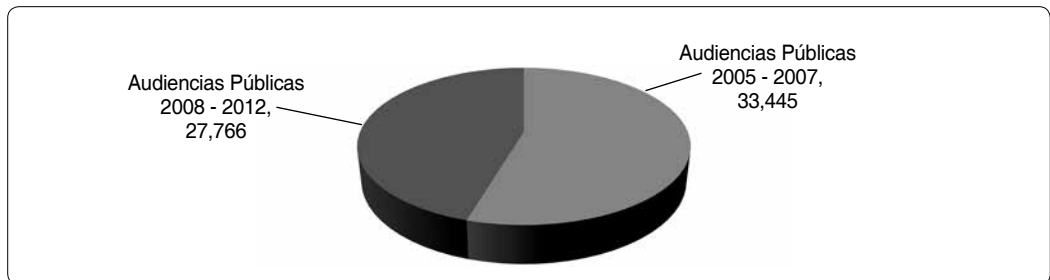
Año	Periodo	Ubicación	Hábeas Corpus	Hábeas Data	Quejas	Acción de Inconstitucionalidad	Acción Cumplimiento	Conflicto Competencial	Acción Amparo	Total	Desagregado (Lima - Descentralizadas)
2005	Enero	Lima	1	0	0	1	159	0	718	1 105	879
		Descentralizada	0	0	0	0	39	0	187		226
	Febrero	Lima	69	0	0	4	9	0	76	425	158
		Descentralizada	18	0	0	0	31	0	218		267
	Marzo	Lima	86	0	0	3	26	0	176	1 254	291
		Descentralizada	23	0	0	0	170	0	770		963
	Abril	Lima	17	0	0	2	82	0	492	1 344	593
		Descentralizada	36	0	0	0	181	0	534		751
	Mayo	Lima	70	0	0	2	77	0	272	899	421
		Descentralizada	60	0	0	7	75	0	336		478
	Junio	Lima	11	0	0	3	14	0	101	738	129
		Descentralizada	26	0	0	0	104	0	479		609
	Julio	Lima	16	0	0	1	124	1	323	1 122	465
		Descentralizada	26	0	0	0	86	0	545		657
	Agosto	Lima	131	0	0	0	75	0	384	1 099	590
		Descentralizada	14	0	0	1	132	0	362		509
	Septiembre	Lima	35	0	0	8	74	1	496	970	614
		Descentralizada	0	0	0	0	40	0	316		356
Octubre	Lima	100	0	0	0	164	0	561	1 029	825	
	Descentralizada	3	0	0	0	42	0	159		204	
Noviembre	Lima	194	0	0	4	412	2	1 795	2 569	2 407	
	Descentralizada	0	0	0	1	27	0	134		162	
Diciembre	Lima	13	0	0	0	31	0	162	206	206	
	Descentralizada	0	0	0	0	0	0	0		0	
2006	1er Trimestre	Lima	221	6	0	5	427	1	1 748	3 076	2 408
		Descentralizada	10	1	0	2	161	0	494		668
	2do Trimestre	Lima	205	2	0	8	407	0	1 544	2 266	2 166
		Descentralizada	9	0	0	0	16	0	75		100
	3er Trimestre	Lima	189	25	0	4	511	0	1 810	2 934	2 539
		Descentralizada	39	2	0	0	91	0	263		395
4to Trimestre	Lima	251	9	0	0	203	0	876	1 741	1 339	
	Descentralizada	3	0	0	1	92	0	306		402	
2007	1er Trimestre	Lima	168	27	0	5	225	2	1 533	2 899	1 960
		Descentralizada	216	7	0	1	96	1	618		939
	2do Trimestre	Lima	59	13	0	2	59	0	290	968	423
		Descentralizada	21	1	0	1	79	0	443		545
	3er Trimestre	Lima	257	19	0	7	41	1	670	1 739	995
		Descentralizada	69	13	0	2	77	0	583		744
4to Trimestre	Lima	615	64	0	1	271	0	3 727	5 062	4 678	
	Descentralizada	40	0	0	4	21	1	318		384	
2008	1er Trimestre	Lima	199	9	0	5	48	0	660	1 019	921
		Descentralizada	16	3	0	0	24	0	55		98
	2do Trimestre	Lima	148	3	0	3	55	0	829	1 634	1 038
		Descentralizada	79	1	0	1	7	0	508		596
	3er Trimestre	Lima	337	14	0	1	114	0	1 446	2 333	1 912
		Descentralizada	48	2	0	3	46	0	322		421
4to Trimestre	Lima	263	12	0	0	127	0	1 246	1 648	1 648	
	Descentralizada	0	0	0	0	0	0	0		0	
2009	1er Trimestre	Lima	268	13	0	5	78	0	1 420	2 052	1 784
		Descentralizada	7	0	0	8	0	2	251		268
	2do Trimestre	Lima	264	11	0	0	67	0	814	1 708	1 156
		Descentralizada	91	3	0	13	32	1	412		552
	3er Trimestre	Lima	264	19	0	5	61	0	1 004	1 353	1 353
		Descentralizada	0	0	0	0	0	0	0		0
4to Trimestre	Lima	240	21	0	3	95	3	1 070	1 439	1 432	
	Descentralizada	0	0	0	6	0	1	0		7	
2010	1er Trimestre	Lima	219	17	0	1	76	0	771	1 094	1 084
		Descentralizada	2	0	0	4	0	3	1		10
	2do Trimestre	Lima	209	18	0	8	55	3	763	1 056	1 056
		Descentralizada	0	0	0	0	0	0	0		0
	3er Trimestre	Lima	238	10	0	1	80	0	945	1 581	1 274
		Descentralizada	70	5	0	9	14	2	207		307
4to Trimestre	Lima	126	8	0	3	38	0	531	823	706	
	Descentralizada	22	0	0	9	4	0	82		117	

2011	1er Trimestre	Lima	169	8	0	0	69	0	650	1 038	896
		Descentralizada	33	0	0	5	4	0	100		142
	2do Trimestre	Lima	273	11	0	0	58	0	895	1 421	1 237
		Descentralizada	31	3	0	7	6	1	136		184
	3er Trimestre	Lima	218	14	0	0	59	0	758	1 207	1 049
		Descentralizada	32	0	0	7	6	0	113		158
2012	4to Trimestre	Lima	224	22	0	0	72	0	954	1 538	1 272
		Descentralizada	29	3	0	3	9	0	222		266
	1er Trimestre	Lima	127	5	0	0	42	0	541	877	715
		Descentralizada	15	2	0	3	9	0	133		162
	2do Trimestre	Lima	283	18	0	0	72	0	1 157	1 645	1 530
		Descentralizada	24	0	0	1	5	0	85		115
3er Trimestre	Lima	175	19	0	0	40	0	699	1 185	933	
		Descentralizada	31	4	0	6	9	0	202		252
	4to Trimestre	Lima	195	19	0	0	45	0	719	1 115	978
		Descentralizada	36	3	0	3	3	0	92		137

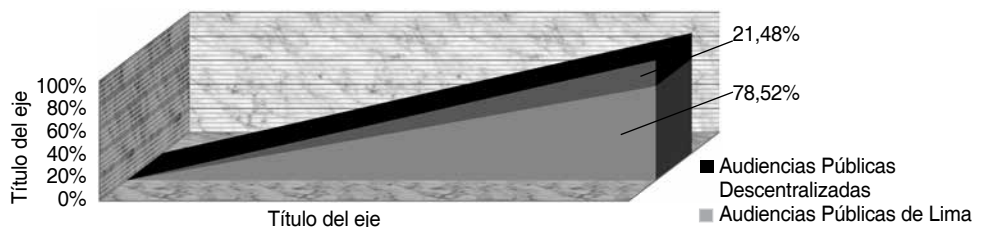
Resumen Audiencias Públicas 2005 - 2012

Periodo	Ubicación	Hábeas Corpus	Hábeas Data	Quejas	Acción de Inconstitucionalidad	Acción Cumplimiento	Conflicto Competencial	Acción Amparo	Total
2005		949	0	0	37	2 174	4	9 596	12 760
2006		927	45	0	20	1 908	1	7 116	10 017
2007		1 445	144	0	23	869	5	8 182	10 668
Total		3 321	189	0	80	4 951	10	24 894	33 445
2008		1 090	44	0	13	421	0	5 066	6 634
2009		1 134	67	0	40	333	7	4 971	6 552
2010		886	58	0	35	267	8	3 300	4 554
2011		1 009	61	0	22	283	1	3 828	5 204
2012		886	70	0	13	225	0	3 628	4 822
Total		5 005	300	0	123	1 529	16	20,793	27 766

Audiencias Públicas 2005 - 2007 vs Audiencias Públicas 2008 - 2012



Audiencias Públicas de Lima vs. Audiencias Públicas Descentralizadas 2005 - 2012





A. PROCESOS ORGÁNICOS

Exp. N° 0001-1996-I/TC [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Abogados de Arequipa. Se declara inconstitucional las facultades concedidas a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial para separar a magistrados de su cargo por inconducta e idoneidad].

Fecha de Resolución: 29 de octubre de 1996

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 06 de noviembre de 1996

Resumen: El 06 de noviembre de 1996 se publicó en el Diario Oficial El Peruano la sentencia recaída en el Expediente N° 0001-1996-PI/TC, mediante la cual el Tribunal Constitucional resolvió declarar inconstitucional la cuarta y sexta disposición transitoria, complementaria y final de la Ley N° 26623, Ley que crea el Consejo de Coordinación Judicial.

En tal sentido, se declaran inconstitucionales las facultades concedidas tanto a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial como a la Secretaría Ejecutiva del Ministerio Público, según corresponda, para separar de sus cargos a magistrados y fiscales que no observen la conducta e idoneidad propias de su función; por considerar que, conforme lo dispone el artículo 150° de la Constitución, dicha facultad de destitución es otorgada de forma exclusiva al Consejo Nacional de la Magistratura. Sin embargo, se declara constitucional la facultad concedida al Consejo de Coordinación, en lo que a separación del cargo se refiere por falta de idoneidad técnica, amparada en lo dispuesto en el artículo 214° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Asimismo, se declara inconstitucional la facultad de iniciativa legislativa otorgada a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, por no estar comprendida dentro de los alcances del Artículo 107° de la Constitución.

Temas Claves: Autonomía del Consejo Nacional de la Magistratura - autonomía del Ministerio Público - autonomía del Poder Judicial - conducta e idoneidad funcional - destitución - iniciativa legislativa.

S-321

Que la Sexta Disposición Transitoria, Complementaria y Final da facultades a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial para separar a los magistrados que no observen conducta e idoneidad propias de su función, lo cual implica una destitución; que la facultad de destituir es función exclusivamente otorgada por el artículo 150° de la Constitución al Consejo Nacional de la Magistratura; que, en cambio, es constitucional la facultad de separación concedida al Consejo de Coordinación, amparada en lo dispuesto en el artículo 214° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Que la Cuarta Disposición Transitoria, Complementaria y Final en su inciso j) da facultades a la Secretaría Ejecutiva del Ministerio Público para separar a los fiscales que no observen conducta e idoneidad propias de su función; que separar por inconducta en el desempeño de la función de administrar justicia equivale a destituir, que la destitución es función exclusivamente otorgada por la Constitución en su artículo 150° al Consejo Nacional de la Magistratura.

Exp. N° 001-96-I/TC
Lima

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los veintinueve días del mes de octubre de mil novecientos noventa y seis, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores:

NUGENT, PRESIDENTE
ACOSTA SÁNCHEZ, VICEPRESIDENTE,
AGUIRRE ROCA,
DÍAZ VALVERDE,
REY TERRY,
REVOREDO MARSANO,
GARCÍA MARCELO

Emite la siguiente sentencia en la Causa N° 001-96-I/TC vista en la sede institucional de la ciudad de Arequipa el día dieciséis de setiembre de mil novecientos noventa y seis.

ASUNTO:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Arequipa y por la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados de la República, contra las Disposiciones Transitorias, Complementarias y Finales de la ley veintiséis mil seiscientos veintitres.

ANTECEDENTES:

Admitida por el Tribunal con fecha diecinueve de julio de mil novecientos noventa y seis, por cuanto el Colegio de Abogados de Arequipa acreditó su legitimación activa, se ordenó el traslado legal correspondiente al Congreso de la República; habiéndose otorgado un plazo prudencial a la codemandante para que, en caso de pretender calidad de actora en el proceso, cumpliera con acreditar su legitimación, sin que la misma lo hiciera, razón por la cual el proceso continuó solamente entre el Colegio de Abogados de Arequipa y el Congreso de la República.

En su escrito de demanda, la parte actora alega, principalmente, que las Disposiciones Complementarias, Transitorias y Finales de la ley impugnada son inconstitucionales por otorgar mayores atribuciones a un transitorio Consejo de Coordinación Judicial, las mismas que exceden de lo previsto en los artículos primero al quinto de la mencionada ley, y que, por ese motivo, se violan distintas disposiciones constitucionales; señalando, puntualmente, lo siguiente:

1. Que la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final crea un transitorio Consejo de Coordinación Judicial, que es el que regirá los destinos de las instituciones involucradas en la administración de justicia, como son el Poder Judicial, Ministerio Público y Consejo Nacional de la Magistratura; y que el Consejo está dirigido por el Presidente de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, integrándose con el representante del órgano de gobierno del Ministerio Público y el Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura y un Secretario Ejecutivo, a quienes se les ha concedido atribuciones de administración, dirección, gobierno y evaluación, con respecto a los asuntos internos y propios de las entidades conformantes, que exceden los objetivos y atribuciones netamente de coordinación, establecidos en los artículos primero y segundo de la ley;
2. Que la Segunda Disposición Transitoria, Complementaria y Final, dispone que el Consejo de Coordinación Judicial será el encargado de declarar la reorganización del Ministerio Público durante el plazo que lo considere, violando lo establecido en el artículo ciento cincuenta y ocho de la Constitución;
3. Que la Sexta Disposición Transitoria, Complementaria y Final, le otorga, en forma expresa, a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, facultades de iniciativa legislativa, contraviniendo lo establecido en el artículo ciento siete de la Constitución;
4. Que la Décima Disposición Transitoria, Complementaria y Final, ha desnaturalizado la esencia educativa de la Academia de la Magistratura, al haberle asignado la facultad de evaluación de la idoneidad técnica de jueces

y fiscales hasta la instancia superior, con la finalidad de que la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial y el Secretario Ejecutivo del Ministerio Público, separen de la Magistratura a los jueces y fiscales, por no observar conducta e idoneidad propias de su función, siéndole esta función totalmente ajena, si se tiene en cuenta que la Constitución ha creado el Consejo Nacional de la Magistratura;

5. Que la Sétima Disposición Transitoria, Complementaria y Final, ha recortado, en forma inconstitucional, las atribuciones de la Sala Plena de la Corte Suprema, contraviniendo el artículo ciento cuarenta y cuatro de la Constitución.

En tal sentido, solicitan al Tribunal Constitucional que se sirva declarar la inconstitucionalidad de la Primera, Segunda, Sexta, Sétima y Décima Disposiciones Transitorias, Complementarias y Finales de la ley veintiséis mil seiscientos veintitres; así como de aquellos preceptos de la citada ley que, no obstante no haber sido impugnados, guardan conexión con la materia de la presente causa, y además, respecto de aquellas normas inconstitucionales que se invoquen durante el proceso, o, de oficio, el Tribunal las determine, en ejercicio de su función de control de la constitucionalidad.

Absolviendo el trámite de contestación a la demanda, el Congreso, a través de su apoderado, señor Jorge Muñoz Siches, Congresista de la República, la niega y contradice en todas sus partes, por los siguientes fundamentos:

Que las Disposiciones Transitorias, Complementarias y Finales: Primera, Segunda, Sexta, Sétima y Décima, de la ley veintiséis mil seiscientos veintitres no contravienen la Constitución Política del Perú, en el fondo ni en lo referido a su aprobación, promulgación ni publicación, y, consiguientemente, no se configuran las causales establecidas en los incisos uno y dos del artículo veintiuno de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

1. Que las cuatro atribuciones específicas, señaladas en la Primera Disposición, que se reconocen al Consejo de Coordinación Judicial, no invaden funciones exclusivas y excluyentes, propias del Poder Judicial y de cada órgano constitucional. Que el establecimiento de "lineamientos de política para la reorganización de los organismos relacionados con la administración de justicia", no importa dirigir el gobierno de cada institución o condicionar su actividad jurisdiccional, persecutoria o de nombramiento y control disciplinario, sino simplemente significa establecer, de común acuerdo, marcos de acción (planes y programas) para dar unidad de sentido a la reorganización institucional, y estructurar ideas comunes respecto a la modernización de las instituciones vinculadas a la administración de justicia.
2. Que la Segunda Disposición cuestionada, establece que la reorganización ha sido declarada por la propia ley, ya que no es función o atribución del Consejo hacerlo, pues éste se limita a fijar el plazo de duración del proceso de reorganización, y que esta disposición, y el reglamento de organización y Funciones de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público, tienen las

siguientes atribuciones: a) Que la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público, integrada por funcionarios de la propia institución o que ella designe, que es el caso del Secretario Ejecutivo, asume funciones de gobierno y gestión institucional. b) Que el Secretario Ejecutivo asume atribuciones de personal y presupuestales correspondientes a la Titularidad del Pliego Presupuestal de este sector y del Instituto de Medicina Legal. c) Que la Comisión Ejecutiva aprobará el Plan de reestructuración y reforma del Ministerio Público, así como reordenará el sistema de Fiscales, sin perjuicio de la actividad de gestión, administración, supervisión y reforma que se confiere al Secretario Ejecutivo.

Que la Disposición cuestionada y también el Reglamento citado, integran el bloque normativo común que rige la ley institucional de la reforma del Ministerio Público, y se limitan a instituir un proceso de reforma institucional profunda, y señala las áreas comprometidas en la misma.

Que la fijación del plazo y, de ser el caso, sus respectivas ampliaciones, no vulneran el contenido necesario y esencial del autogobierno fiscal, pues esa facultad no integra el ítem de las reformas, ni decide los cambios que se van a producir.

3. Que respecto a la Sexta Disposición, se señala que, siendo el Poder Judicial un poder del Estado, y según lo dispuesto en el artículo ciento cuarenta y tres de la Constitución, está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación: Corte Suprema de Justicia y las demás Cortes y juzgados que determine la Ley Orgánica del Poder Judicial; y por órganos que ejercen su gobierno y administración, estableciendo su Ley orgánica a qué órgano u órganos del Poder Judicial, le corresponde el derecho de iniciativa en la formación de leyes, es claro que tal iniciativa no es propia de los órganos jurisdiccionales, sino de los órganos de gobierno del Poder Judicial, por lo tanto, no se vulneran los artículos ciento siete y ciento cuarenta y tres de la Constitución.

4. Respecto a la Décima Disposición, señalan que la Academia de la Magistratura, como corresponde a su naturaleza, sin perjuicio de su función permanente de formación y capacitación de los jueces y fiscales, también tiene una función evaluativa. Que la selección para el ascenso, la promoción y, como es propio, la permanencia en el cargo, impone como una necesidad lógica y funcional de la Academia, la evaluación de quienes integran las carreras judicial y fiscal, esto es, de medir sus conocimientos jurídicos y sus habilidades técnicas para el ejercicio del cargo y que los resultados de la evaluación son puestos en conocimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público. Así, la Academia no es quien decide el alejamiento de un Magistrado de la carrera judicial o fiscal.

5. Señalan de la Séptima Disposición, que ésta no infringe la Constitución al redefinir las atribuciones de la Sala Plena del Supremo Tribunal. Que si bien es cierto que el artículo ciento cuarenta y cuatro de la Constitución

establece que tiene la última palabra, cuyos acuerdos no pueden ser revisados por otro órgano judicial, la nueva organización del Poder Judicial concibe órganos de gobierno con competencias marcadas y propias. Lo dispuesto por la Comisión Ejecutiva no es revisable por la Sala Plena, porque ésta tiene atribuciones en áreas específicas que le son propias, con lo que se busca mayor dinamismo en el gobierno y gestión judicial.

FUNDAMENTOS:

Habiendo examinado los argumentos expuestos en la demanda y en la contestación a la misma, así como los arguidos a la vista de la causa, y los propios de los señores magistrados; encontrándose los miembros del Tribunal en aptitud de emitir su voto, y habiéndose efectuado la votación en el Pleno convocado, para tal efecto, por el Presidente del Tribunal, el día veintiocho de los corrientes; el Tribunal Constitucional, haciendo uso de las atribuciones que le confiere la Constitución y su Ley Orgánica y, Considerando:

1.- Respecto a la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final:

1.a) Que el establecimiento y la conformación del Consejo de Coordinación Judicial regulado en la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final no viola la autonomía que la Constitución reconoce al Poder Judicial, al Ministerio Público y al Consejo Nacional de la Magistratura en sus artículos 143º, 158º y 150º, respectivamente.

1.b) Que la forma en que se toman los acuerdos dentro del Consejo de Coordinación Judicial no viola la autonomía constitucional de las instituciones representadas en él;

1.c) Que en la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final la reorganización contemplada debe tener plazo legal definido, sin que pueda ser prorrogado a criterio sólo del organismo encargado de la reorganización.

2.- Respecto a la Sexta Disposición Transitoria, Complementaria y Final.

2.a) Que la Sexta Disposición Transitoria, Complementaria y Final otorga facultades de iniciativa legislativa a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial la cual no está comprendida en el artículo 107º de la Constitución.

2.b) Que la Sexta Disposición Transitoria, Complementaria y Final da facultades a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial para separar a los magistrados que no observen conducta e idoneidad propias de su función, lo cual implica una destitución; que la facultad de destituir es función exclusivamente otorgada por el artículo 150º de la Constitución al Consejo Nacional de la Magistratura; que, en cambio, es constitucional la facultad de separación concedida al Consejo de Coordinación, amparada en lo dispuesto en el artículo 214º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3.- Que la Cuarta Disposición Transitoria, Complementaria y Final en su inciso j) da facultades a la

Secretaría Ejecutiva del Ministerio Público para separar a los fiscales que no observen conducta e idoneidad propias de su función; que, separar por inconducta en el desempeño de la función de administrar justicia equivale a destituir; que la destitución es función exclusivamente otorgada por la Constitución en su artículo 150° al Consejo Nacional de la Magistratura.

4.- Respecto a la Segunda y Tercera Disposiciones Transitorias, Complementarias y Finales:

Que la asunción del gobierno y gestión del Ministerio Público por la Comisión Ejecutiva del mismo, no vulnera la autonomía que le reconoce la Constitución al Ministerio Público ni viola los artículos 80° y 160° de la Constitución.

5.- Que la Séptima Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley 26623, al modificar los artículos 76° y 80° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no viola la Constitución, pues aquélla ha sido aprobada en el Congreso con la votación requerida para la conformación de leyes orgánicas.

6.- Que la Décima Disposición Transitoria, Complementaria y Final se refiere a la evaluación de jueces y fiscales por la Academia de la Magistratura por considerar que dicha evaluación se circunscribe a los conocimientos que imparte dicha institución y no al desempeño funcional en la administración de justicia.

Por estos fundamentos el Tribunal Constitucional en ejercicio de las atribuciones que la Constitución y su Ley Orgánica le confiere

FALLA:

Declarando fundada en parte la demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de Arequipa, y en consecuencia inconstitucional: a) La prórroga del plazo previsto a criterio del Consejo transitorio, en cuanto dispone: "pudiendo prorrogarlo por acuerdo del Consejo," que en consecuencia queda derogado; b) La Sexta Disposición Transitoria, Complementaria y Final en la parte que atribuye a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial la facultad de iniciativa legislativa, disponiendo que: "la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial tiene derecho de iniciativa legislativa en los asuntos de su competencia", disposición que queda derogada. c) En cuanto la misma Disposición Sexta da facultades a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial para destituir a los jueces disponiendo que "podrá separar a magistrados que no observen conducta e idoneidad propias de su función, quedando derogada dicha parte de esta disposición y constitucional en lo que a separación del cargo se refiere por falta de idoneidad técnica. d) La Cuarta Disposición Transitoria, Complementaria y Final en cuanto da facultades en su inciso j) a la Secretaría Ejecutiva del Ministerio Público para destituir a los fiscales "que no observen conducta e idoneidad propias de su función", quedando derogada dicha parte de esta disposición, y constitucional en lo que a la separación del cargo se refiere por falta de idoneidad técnica; e) Infundada la demanda en lo

demás que contiene y dispusieron la publicación de la sentencia en el Diario Oficial "El Peruano", así como los votos singulares que a continuación se transcriben.

**NUGENT
ACOSTA SANCHEZ
AGUIRRE ROCA
DIAZ VALVERDE
REY TERRY
REVOREDO MARSANO
GARCIA MARCELO**

FUNDAMENTO SINGULAR DEL VOTO DE LOS SEÑORES NUGENT, AGUIRRE ROCA, DIAZ VALVERDE, REY TERRY Y REVOREDO MARSANO

Respecto a los preceptos contenidos en los acápite 1.a), 1.b), 4 y 5 en los que sólo se han alcanzado los cinco (05) votos de los suscritos, y, por tanto, no se han alcanzado los seis votos que exige el artículo 4° de la Ley 26435, para declarar la inconstitucionalidad, los Señores Nugent, Aguirre Roca, Díaz Valverde, Rey Terry y Revoredo Marsano expresan que:

En cuanto al Considerando 1.a) la Constitución en su artículo cuarenta y tres consagra el principio de la división de poderes como instrumento central para la organización política del Estado democrático lo que en realidad es la atribución de determinadas funciones a diferentes órganos del Estado respecto a los cuales se consagra la autonomía institucional.

La autonomía es la capacidad jurídica reconocida en un organismo o entidad para ejercer ciertas atribuciones que le permitan definir y decidir lo concerniente a las líneas políticas de su gobierno, al manejo administrativo, a la gestión económica y a la previsión de medidas disciplinarias. Nuestra Constitución reconoce al Poder Judicial, al Ministerio Público y al Consejo Nacional de la Magistratura un conjunto de atribuciones particulares a cada uno, exclusivas y excluyentes de cada uno, de modo tal que no podrían conferirse a otro organismo sin desvirtuar gravemente la naturaleza constitucional de la institución.

La Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final establece que el Poder Judicial, el Ministerio Público y el Consejo Nacional de la Magistratura están representados por el Presidente de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, por el Representante del Órgano de Gobierno del Ministerio Público y por el Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura. El título de estas representaciones, salvo el caso del Consejo Nacional de la Magistratura, no emana de la Constitución, pues en ella no hay texto que así lo exprese ni principio del cual pueda colegirse. Las instituciones, para ser autónomas, deben conservar el derecho para nombrar por sí mismas a sus representantes.

En lo que concierne al Considerando 1.b) el transitorio Consejo toma sus acuerdos por mayoría simple, como lo dispone el artículo dieciséis del Reglamento del Consejo de Coordinación Judicial. Al no exigirse el consenso o acuerdo unánime de sus integrantes, los representantes

del Consejo Nacional de la Magistratura y del Ministerio Público podrían imponer sus decisiones a todo el Poder Judicial, inclusive en oposición de quien representa, en el Consejo, a este Poder del Estado; análogamente, puede ocurrir lo mismo con los representantes del Ministerio Público o del Consejo Nacional de la Magistratura.

En cuanto al Considerando 4, la Segunda Disposición Transitoria, Complementaria y Final sustrae las funciones de gobierno y gestión del Ministerio Público encargándose a la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público o a quien ésta designe. Ni la Comisión Ejecutiva, ni tampoco sus órganos o personas están previstos en la Constitución, por lo que carecen de título constitucional para gobernar y administrar a todo el Ministerio Público. Las funciones de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público establecidas en la Tercera Disposición Transitoria, Complementaria y Final, en particular la del inciso h) violentan la autonomía del Ministerio Público.

Que la Séptima Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley 26623, comentada en el Considerando 5, al modificar los artículos 76° y 80° de la Ley orgánica del Poder Judicial viola los artículos 143° y 144° de la Constitución, pues recorta al Presidente de la Corte Suprema la facultad de representar al Poder Judicial y a la Sala Plena la atribución de ser el órgano de máxima deliberación en lo que concierne al gobierno y administración del Poder Judicial.

Respecto a los mismos preceptos los suscritos se pronuncian en el sentido que al no haberse conseguido los seis votos conformes que exige el artículo 4° de su Ley Orgánica 26435 para declarar su inconstitucionalidad, y considerando además que aún no se ha resuelto la demanda en que el 25% del número legal de Congresistas solicitan, precisamente, que se declare inconstitucional la exigencia acotada y que, de otro lado, el Tribunal se encuentra obligado a pronunciarse, sin posibilidad de reservar el fallo o dejarlo en suspenso, se ven obligatoriamente precisados a considerar en vigencia las disposiciones que no alcanzaron los seis votos conformes para declararlas inconstitucionales.

**S.S.
NUGENT
AGUIRRE ROCA
DIAZ VALVERDE
REY TERRY
REVOREDO MARSANO**

**VOTO SINGULAR DEL SEÑOR
MANUEL AGUIRRE ROCA**

En los casos en que no se ha alcanzado la mayoría de los seis (06) votos exigidos por el artículo 4° de la

Ley Orgánica de este Tribunal, pero en que sí se ha logrado una clara mayoría de cinco (05) votos a dos (02), favorable a la demanda, es decir, en el sentido de la inconstitucionalidad de las correspondientes Disposiciones impugnadas, estimo discrepando, así, del parecer y del fallo de mis colegas- que no pueden declararse "constitucionales" dichas Disposiciones, ni infundada, por tanto, en esos extremos, la demanda, pues ello equivaldría a hacer prevalecer la opinión de la minoría sobre la de la mayoría, lo cual no sólo llevaría al absurdo de hacerle decir, al órgano colegiado, precisamente lo contrario de lo que piensa, permitiendo, de paso, que la opinión de sólo dos (02) de sus miembros triunfe sobre la de sus cinco (05) miembros restantes, como si el voto de unos magistrados tuviera más valor que el de los otros, y no obstante que existen los mecanismos legales y constitucionales apropiados para impedir semejante antinomia; sino que, además, resultaría incompatible con la sabia regla del artículo 139°, inciso 8°, de la Constitución, concordante con los numerales 51°, 138° y 201° del mismo cuerpo legal, y, especialmente, con la grave e insoslayable obligación jurisdiccional que impone el precitado artículo 138° -sobre todo a los jueces constitucionales- de preferir, en todo caso, la norma constitucional a la legal. Sin embargo, considero que tampoco procede, a estas alturas, declarar inconstitucionales las Disposiciones impugnadas que han obtenido cinco votos en tal sentido, toda vez que se encuentra en trámite, en este Tribunal, una demanda en que se solicita que se declare la inconstitucionalidad, precisamente, de la regla de los seis (06) votos del artículo 4°, precitado, de la Ley N° 26435, razón por la cual, en tales casos, juzgo que debe reservarse el pronunciamiento, mientras no se resuelva la mencionada demanda; máxime, si se tiene presente que pronunciar sentencia respecto de dichas Disposiciones -es decir, declararlas, ora constitucionales, ora inconstitucionales-, en estas circunstancias, entrañaría, de un lado, un adelanto de opinión respecto de la mencionada demanda de inconstitucionalidad pendiente de fallo, adelanto de opinión reñido, en mi criterio, con los principios generales del derecho - y, especialmente, del derecho procesal constitucional-, y que, de otro lado, debemos ser exquisitamente prudentes en nuestros pronunciamientos, ya que, por virtud del categórico mandato del artículo 55° de la misma Ley N° 26435, este Tribunal está terminantemente prohibido de modificar su jurisprudencia, si no cuenta, para ello, con siquiera seis (06) votos conformes.

AGUIRRE ROCA

**MARIA LUZ VASQUEZ,
SECRETARIA RELATORA**

Exp. N° 0003-1996-I/TC [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por 36 Congresistas de la República. Sobre la Ley que regula el referéndum].

Fecha de Resolución: 20 de diciembre de 1996

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 25 de diciembre de 1996

Resumen: El 25 de diciembre de 1996 se publica la sentencia recaída en el Expediente N° 0003-96-AI/TC, a propósito de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 26592, de fecha 18 de abril de 1996, específicamente contra la modificación que dicha norma hace del artículo 16° de la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control ciudadano, concerniente al referéndum por violación de los artículos treinta y uno, treinta y dos, doscientos seis y demás pertinentes de la Constitución.

Así, pues, se tiene que la modificación del referido artículo 16° establecía como requisito para que se realice un referéndum, además del número necesario de firmas (diez por ciento del electorado), contar con el voto favorable de no menos de 2/5 del número legal de miembros del Congreso (48 votos). Asimismo cabe recordar que esta norma demandada fue aprobada con el objeto de limitar el referéndum contra la Ley N° 26657, Ley que permitía una nueva reelección del ex presidente Alberto Fujimori para el año 2000.

Al no haberse obtenido 6 votos conformes para declarar la inconstitucionalidad de la norma demandada, tal como lo exigía el artículo 4° de la derogada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 26435, el Colegiado declaró infundada la demanda.

Por su parte, el voto en mayoría consideró que "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 (...) 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".

Posteriormente, mediante Ley N° 27520, del 26 de setiembre del año 2001, se restituyó la vigencia del texto original del artículo 16° de la Ley N° 26300.

Temas Claves: Constitución Política - derechos de participación y control ciudadanos - procedimiento constitucional de reforma - referéndum.

S-323

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...

**Exp. 003-96-I/TC
Lima**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a veinte de diciembre de mil novecientos noventa y seis, reunidos en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados:

**RICARDO NUGENT, PRESIDENTE,
ACOSTA SÁNCHEZ, VICEPRESIDENTE,
AGUIRRE ROCA,
DÍAZ VALVERDE,
REY TERRY,
REVOREDO MARSANO, Y,
GARCÍA MARCELO,**

actuando como Secretaria la doctora María Luz Vásquez, pronuncia la siguiente sentencia:

ASUNTO:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por treinta y seis congresistas, contra la ley número veintiséis mil quinientos noventa y dos.

ANTECEDENTES:

Admitida por el Tribunal, con fecha diez de setiembre de mil novecientos noventa y seis, por cuanto treinta y seis congresistas que representan más del veinticinco por ciento del número legal de miembros del Congreso, acreditaron legitimación activa.

En su escrito de demanda, la parte actora pide principalmente, que se declare la inconstitucionalidad de la ley número veintiséis mil quinientos noventa y dos, de fecha dieciocho de abril de mil novecientos noventa y seis, en específico de la modificación que dicha ley hace del artículo dieciséis de la ley número veintiséis mil trescientos, por violación de los artículos treinta y uno, treinta y dos, doscientos seis, y demás pertinentes de la Constitución; señalando, puntualmente, lo siguiente:

1.- Que, el referéndum es uno de los instrumentos de la democracia directa que fue incorporado en la Constitución; el criterio asumido por la Carta Política, es que sólo garantizando la participación política de todos los ciudadanos, se puede hablar de una democracia real; que los derechos políticos, y, entre ellos, el derecho a la participación política, permiten al ciudadano participar directamente, sin

intermediarios, en la formación de la voluntad del Estado, como miembros de la comunidad política.

2.- Que, como se puede advertir del artículo 31º de la Constitución Política, el referéndum no exige requisito alguno contrario a la naturaleza misma de esta institución; siguiendo ese criterio, el artículo treinta y ocho de la ley número veintiséis mil trescientos, estableció que el referéndum puede ser solicitado por un número de ciudadanos no menor del diez por ciento del electorado nacional; sin embargo, el Congreso de la República aprobó la Ley número veintiséis mil quinientos noventa y dos, que, modificando el artículo dieciséis de la Ley de Derechos de Participación y Control Ciudadanos, exige que todo referéndum, además del número necesario de firmas (diez por ciento del electorado), cuente, asimismo, con el voto favorable de no menos de cuarenta y ocho congresistas de la república.

3.- Que la ley número veintiséis mil quinientos noventa y dos desnaturaliza la institución del referéndum al condicionar y supeditar inconstitucionalmente la validez de la expresión de voluntad de vastos sectores de la población, al supuesto habilitante de que siempre se cuente con el voto favorable de no menos de dos quintos de los votos del número legal de los miembros del Congreso; y que la mencionada ley, más allá de adecuar los plazos y procedimientos para una supuesta aplicación del mismo, lo que en realidad plantea es recortar y limitar de los procesos del referéndum.

4.- La ley número veintiséis mil quinientos noventa y dos, modifica la Constitución Política sin observar el procedimiento constitucional de reforma; la Constitución de mil novecientos noventa y tres señala en su artículo treinta y dos, in fine, los casos en que una materia puede ser sometida o no a referéndum, fuera de estos casos todas las otras materias pueden ser sometidas a control ciudadano, mediante referéndum, la ley crea otra categoría, prohibida; las leyes que no hubieren obtenido dos quintos de los votos de los congresistas de la República.

En tal sentido, solicitan al Tribunal Constitucional, que se sirva declarar la inconstitucionalidad de la ley número veintiséis mil quinientos noventa y dos, en específico de la modificación que hace del artículo dieciséis de la ley número veintiséis mil trescientos.

Absolviendo el trámite de la contestación de la demanda, el Congreso a través de su apoderado, el señor Ricardo Marcenaro Frers, congresista de la República, la niega y contradice en todas sus partes, por cuanto la ley número veintiséis mil quinientos noventa y dos, no modifica el artículo dieciséis de la ley número veintiséis mil trescientos, no contraviene la Constitución en el fondo, ni lo referido a su aprobación, promulgación, ni publicación, y, consecuentemente, no configurándose las causales establecidas en los artículos uno y dos del artículo veintiuno de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Alega principalmente lo siguiente:

1.- La Ley número veintiséis mil quinientos noventa y dos, no desnaturaliza la institución del referéndum ni la

deroga, sino que precisa los requisitos para que se pueda promover un referéndum, en el cual la ciudadanía vote por las opciones que se le consulten; los demandantes confunden los requisitos para que se pueda promover y lograr la convocatoria a un referéndum que son actos previos en la consulta popular misma en la que el electorado expresa su voluntad sobre un tema específico.

2.- Que, la ley número veintiséis mil quinientos noventa y dos mantiene a los ciudadanos como sujetos legitimados para promover un referéndum, cumpliendo determinados requisitos, no se puede alegar que existe una mezcla ilegal de dos sujetos legitimados, por cuanto el artículo treinta y uno de la Constitución establece que los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum, pero es la ley la que debe establecer las condiciones y requisitos para su ejercicio, tal como lo dispone el inciso diecisiete del artículo segundo de la Constitución.

3.- La Ley número veintiséis mil trescientos y su modificatoria la ley número veintiséis mil quinientos noventa y dos, son normas de desarrollo constitucional que armoniza el ejercicio de la democracia directa, en la figura del referéndum con la democracia representativa; que caracteriza la forma de gobierno del Perú; cabe destacar, que no se busca privilegiar o deslegitimar respecto de la otra, se trata de que estos dos diferentes canales de participación ciudadana logren expresar la voluntad ciudadana de la manera más adecuada.

4.- Que, la ley número veintiséis mil quinientos noventa y dos, no modifica la Constitución, sino que establece el procedimiento para el ejercicio del derecho al referéndum conforme lo establece el inciso diecisiete del artículo segundo de la Constitución; tampoco crea otra materia normativa no sujeta a referéndum, sino que establece requisitos que garanticen que la iniciativa del referéndum reúna condiciones mínimas que justifiquen su consulta a la ciudadanía

FUNDAMENTOS:

Considerando: 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 ciudadanos y el cumplimiento de los requisitos para llevarlo a cabo debe ser función propia de los 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 le ha sometido a la votación popular, y ha sido adoptada 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 limite 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 exigencia por la ley 26592 sea un simple requisito de una etapa previa, y susceptible de afectar el derecho materia de esta acción, razón por la que 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. El artículo 200 de la Constitución establece que la acción de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley (leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos de congreso, normas Regionales de carácter general y ordenanzas Municipales) que contravengan la Constitución, en la forma, y en el fondo, por lo que es imperativo declarar inconstitucional la Ley 26592, de fecha dieciocho de abril de mil novecientos noventa y seis; a mayor abundamiento, si se tiene presente que el fallo del Jurado Nacional de Elecciones, invocado líneas arriba, como fundamento principalísimo de este voto conjunto, ha pasado en autoridad de cosa juzgada, y es irreversible, según lo establece el artículo 181° de la Carta Magna.

SS.

**NUGENT
AGUIRRE ROCA
DIAZ VALVERDE
REY TERRY,
REVOREDO MARSANO**

El Tribunal Constitucional

FALLA:

Que al no haberse obtenido 6 votos conformes para declarar inconstitucional la Ley 26592 exigidos por el artículo 4° de la Ley 26435 este Tribunal se ve obligado, contra la expresa voluntad de la mayoría de sus Miembros, a declarar infundada la demanda.

S.S.

**NUGENT
ACOSTA SANCHEZ
AGUIRRE ROCA
DIAZ VALVERDE
REY TERRY,
REVOREDO MARSANO
GARCIA MARCELO**

**VOTO SINGULAR DE LOS SEÑORES
MAGISTRADOS FRANCISCO ACOSTA SANCHEZ Y
JOSE GARCIA MARCELO**

Nuestro voto, en el caso del proceso de inconstitucionalidad contra la Ley 26592, en cuanto modifica el artículo 16°

de la Ley 26300, es porque se declare infundada la demanda, discrepando, de ese modo, del parecer de nuestros colegas, pues no encontramos incompatibilidad manifiesta de la norma impugnada con el artículo 31° de la Constitución, en razón a los siguientes fundamentos:

1) El referéndum es una institución mediante la cual los ciudadanos pueden ejercer el derecho de participación en los asuntos públicos, y como tal constituye una garantía institucional protegida por la Norma Suprema, cuyos márgenes de regulación se ha dejado al legislador ordinario, imponiéndosele como límite el respeto de su núcleo esencial.

Constituye, pues, un derecho constitucional, si por él entendemos, a grosso modo, un "conjunto de facultades o atributos que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de dignidad, libertad e igualdad humanas", y en cuanto tal, son incorporadas, con un carácter meramente declarativo, en nuestra Lex Legum. Es, además, en cuanto institución, un mecanismo que permite canalizar el ejercicio del derecho de participación del pueblo en la vida política del país, en los asuntos que se encuentran tasados en los artículos 32° y 190° de la Constitución.

Asimismo, se alude, entre los fundamentos del fallo, que en cuanto derecho constitucional que es el referéndum, por ser tal, éste no sería, entre los aspectos que nos interesa relieves aquí, susceptible de ser limitado; pues el artículo 31° in fine de la Constitución, declara como "nulo y punible todo acto que prohíba al ciudadano el ejercicio de sus derechos".

Pues bien, no consideramos válida tal impresión de nuestros colegas formulada en mayoría. Existe prácticamente unanimidad en aceptar que los derechos constitucionales no tienen el carácter de absolutos, esto es, que puedan considerarse como ilimitados, pues la condición de derechos limitables se deriva del propio hecho de que ellos coexistan con otros derechos del mismo rango y que en la propia Carta se reconozca un conjunto de principios, valores o bienes que gozan de la misma protección constitucional.

2) Que el referéndum sea un derecho y al mismo tiempo una institución garantizada constitucionalmente, cualquiera fuere el supuesto, siempre ha de tratarse de un derecho o institución susceptible de ser desarrollado, regulado o limitado. El inciso 17° del artículo 2° de la Constitución es bastante enfático en resaltar este hecho, al disponer que "los ciudadanos tienen, conforme a ley los derechos de elección, remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum" (subrayado nuestro)

3) La frase "conforme a ley" contiene, pues, la técnica de la reserva de ley específica (pues, la genérica, esto es, la que se aplica a todos aquellos derechos que no la enuncian expresamente, se encuentran comprendidas en el inciso 24, letra "a" del artículo 2° de la misma Carta), que ha de emplearse para que el legislador determine la regulación del contenido, los alcances y límites de cada derecho.

Bien cierto es, que el artículo 31º in fine de la Carta alude como nulo y punible a todo acto que prohíba o "límite" a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos. Una interpretación literal de dicho precepto constitucional, efectivamente, pareciera proscibir; sino la posibilidad de limitación de todos los derechos que se enuncian en la Constitución, si al menos de los que se encuentran regulados en el propio artículo 31º de ella. Pues bien, si tal fuere el criterio, no creemos que ésta sea una interpretación que respete la unidad de la Constitución, que este Colegiado se encuentra obligado a considerar, por varias razones, entre las cuales queremos aludir solamente a las siguientes: a) porque es una regla, que las disposiciones de ella, no pueden interpretarse aisladamente, sino en conexión y armonía con todas y cada una de las cláusulas que la integran. b) porque el propio inciso 17º del artículo 2º de la Constitución, faculta al legislador ordinario a desarrollar el derecho de referéndum, bien sea con el objeto de precisar sus contornos, bien para fijar sus alcances, bien para limitarlos en su ejercicio. c) porque de llevarse la interpretación ad infinitum, nos topáramos con el absurdo de que ningún derecho (o institución constitucionalmente garantizada) podría ser objeto de limitación.

4) Como ese no puede ser el sano propósito de una Constitución como la nuestra, que se encuentra asentada en el respeto de la dignidad del hombre (el primero de sus principios que la informan) queda, pues, por hallar una interpretación de la Constitución acorde con sus valores. Y esa interpretación de la frase que alude al carácter ilimitado de los derechos (o instituciones, según sea el caso) contenidos en la cláusula 31º de nuestra Carta Magna, nos parece, no puede ir sino en dirección de comprenderla en el sentido que, la eventual limitación que de ellos se pueda realizar, no puede impedir ("prohibir" dice la Carta) o restringir desproporcionadamente su ejercicio; amén de no poder suprimirlos, pues el límite al que se encuentra sometido el legislador en relación con dichos derechos (y, en general, con cualquier otro derecho), precisamente, lo constituye el que se respete su contenido esencial, esto es, aquel núcleo indisponible para el legislador, cuya existencia la hace reconocible.

5) Un aspecto colateral, que, aunque no influye en lo absoluto sobre el sentido del fallo, pero que puede resultar, en alguna forma perjudicial para este Colegiado, es el relativo al énfasis que se pone en el carácter (en caso de que realmente lo fuera) de "fundamental" del "derecho" de referéndum. Si bien es verdad que el inciso 17º del artículo 2º, que la establece primigeniamente, se encuentra comprendido dentro del Capítulo I del Título I (De la Persona y de la Sociedad) de nuestra Constitución, que habla precisamente de los "Derechos fundamentales de la persona", también lo es que del hecho de su ubicación, ni sustancial ni procesalmente hablando, se desprende un trato diferenciado para cualquiera de los derechos que en la Constitución se encuentren reconocidos, o que se deduzca de la cláusula de los "derechos implícitos", artículo 3º, clave de bóveda, en

este aspecto, del régimen jurídico al que se encuentran sometidos los derechos en la Constitución.

Por lo tanto, resaltar una condición, que no tiene sino un propósito de recurso de técnica legislativa que no corresponde apreciar a este Colegiado, en vez de contribuir con el esclarecimiento de un asunto, de por sí complicado, puede, por el contrario, causar consecuencias no deseadas, ya que podría llegarse al absurdo de sostener que hay "derechos fundamentales" y "derechos no fundamentales" al interior de la norma constitucional.

6) En tal orden de consideraciones, queda pendiente pues, el analizar, a la luz de las cuestiones expuestas, si la modificación de la Ley 26592 a la Ley 26300, que desarrolla el derecho de participación, y, entre otras instituciones, la del propio referéndum, resulta desproporcionada a tal extremo de desnaturalizar dicha institución y, por tanto, afectar el contenido esencial de la institución protegida por la Constitución.

7) Evidentemente un análisis de las cuestiones que ahora nos ocupan, ha de pasar necesariamente por puntualizar, siquiera someramente, cuál es el diseño que la Constitución ha plasmado sobre la institución del referéndum.

En ese sentido, lo primero que hay que advertir es que tanto en el inciso 17º del artículo 2º, como en el artículo 31º de nuestra Carta Magna, no existe mayor configuración respecto de la institución que nos ocupa, que no sea el hecho de su consagración formal. Es decir, el constituyente al momento de incorporar dicha institución, no ha optado, al menos de la revisión de ambos preceptos constitucionales, por determinar una configuración real y concreta sobre el referéndum; tarea ésta que, más bien, ha sido dejada al legislador ordinario, para que en virtud de una ley, le brinde los justos contornos en que ésta, concretamente, debe ser entendida. Y así, efectivamente, se hizo: la Ley 26300, cuyo capítulo V denominado, precisamente, "Del referéndum y de las consultas populares" desarrolló y configuró este mecanismo de participación de los ciudadanos en la que no se previó la intervención previa del Congreso para la realización de éste.

8) Esto significa que no fue la Constitución la que le asignó el contenido a este medio de participación en la vida política de la Nación, sino que se lo otorgó el Congreso, primigeniamente, con la Ley 26300, que después modificaría la Ley 26592.

Como es absolutamente comprensible, al no haber impuesto la Constitución un modelo de configuración de la institución en análisis, el legislador se encontraba facultado para delinearle el contenido, las características y los alcances a la institución del referéndum, con el único límite de que éste respetase, al desarrollarla, su contenido esencial, su núcleo intangible que permitiese identificarla.

Y, al mismo tiempo, que, una vez regulada dicha institución, el mismo legislador que le había dotado

de unas características particulares, pudiese modificar éstas, sin que ello signifique, que producida dicha modificación, ésta pueda reputarse de inconstitucional, pues tal variación de la naturaleza del referéndum, en puridad, dejó de ser un problema legal que pueda ser planteado en términos de derecho constitucional positivo, para pasar a ser un problema de estrictos términos de conveniencia política; en los que, dicho sea de paso, no corresponde entrar a evaluar o juzgar a este Colegiado.

9) No obstante las consideraciones anteriores, se ha afirmado por los accionantes que la modificación realizada por la Ley 26592, concretamente, al artículo 16° de la Ley 26300, habría desnaturalizado a la institución del referéndum, a tal extremo que la habría derogado implícitamente.

Semejante conclusión, al margen de lo ya expuesto, es, cuando menos apresurada, pues es un hecho que dicha norma no ha sido derogada, ni parcial ni totalmente. Lo que se ha realizado es una "modificación" de la ley, que dicho sea de paso, es una facultad de la que se encuentra investido el Congreso, conforme se puede leer del inciso 1° del artículo 102° de la Constitución, que es sustancialmente otra cosa.

10) En realidad, el quid del asunto, es otro. Tiende a advertir que, tras el requisito impuesto a una iniciativa legislativa desaprobada por el Congreso para ser sometida a referéndum, en el orden de contar con el voto favorable de no menos de dos quintos de los votos del número legal de miembros del Congreso, se habría impuesto la satisfacción de una condición tan desproporcionada, que la propia institución del referéndum se vea gravemente lesionada, al extremo de habersele desnaturalizado, y en consecuencia -aunque no se diga expresamente así- haberse afectado su contenido esencial.

Lo primero que hay que resaltar es que el referéndum en cuanto tal no ha sido desvirtuado ni mucho menos afectado en su núcleo intangible. El que el Congreso pueda intervenir previamente a la realización del referéndum, con el apoyo de una mayoría cualificada de un sector de sus integrantes, como en efecto prevé la ley cuestionada, no significa que éste haya sido desvirtuado.

La propia Constitución, en el único aspecto en que refiriéndose a esta institución ha previsto una

configuración concreta, ya vislumbró la idea de la participación del Congreso, estableciendo una votación calificada, como sucede efectivamente con el caso de la reforma constitucional, que se detalla en el artículo 206° de la Carta.

Es cierto que tal previsión, ha sido delineada para el caso específico de la reforma constitucional, en la que el Congreso no actúa como legislador ordinario, sino como constituyente derivado. Pero también lo es que, en su virtud, los términos concretos en los que la Constitución entiende el referéndum no son, exclusivamente, los que la aproximan a lo que la doctrina entiende como un mecanismo de "democracia directa", en el sentido puro de la expresión.

11) Hay que ser rotundos pues, en afirmar que el modelo de las instituciones que canalizan la participación popular en los asuntos públicos de la Nación que la Constitución ha previsto, no se corresponden estrictamente con los de la llamada democracia representativa o indirecta, ni tampoco con los de la democracia directa. En términos generales es un modelo en el que coexisten ingredientes de ambas, pudiendo por ello hablarse de una "democracia semi directa", modelo dentro del cual es perfectamente legítimo e incuestionable, la opción interpretativa escogida por la norma cuya constitucionalidad injustificadamente se ha pretendido cuestionar.

12) Finalmente, debemos de precisar, no con cierta sorpresa, que la resolución número 630-96-JNE, a la que el voto en mayoría le asigna el carácter de fundamento principalísimo de este voto conjunto, en realidad no se pronuncia en lo más mínimo acerca de la validez constitucional de la ley cuestionada; ya que alude a problemas de supuesta interferencia de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y del Congreso de la República en la ejecución y cumplimiento de una resolución emitida por el Jurado Nacional de Elecciones, así como de una eventual aplicación retroactiva de una ley, violando los artículos 103°, 139° y 181° de la Constitución, los mismos que no son objeto de pronunciamiento de este Colegiado.

S.S.

**ACOSTA SANCHEZ
GARCIA MARCELO**

Exp. N° 0005-1996-I/TC [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por 36 Congresistas de la República. Se confirma la constitucionalidad del artículo 4° de la derogada Ley N.º 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que establecía la mayoría requerida para declarar la inconstitucionalidad de una ley].

Fecha de Resolución: 19 de diciembre de 1996

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 22 de diciembre de 1996

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda y, por ende, constitucional el artículo 4° de la derogada Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que establecía que "(...) El Tribunal resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que se exigen seis votos conformes. (...) de no alcanzarse la mayoría calificada prevista en el párrafo precedente para declarar la inconstitucionalidad de una norma, el Tribunal resolverá declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad de la norma impugnada".

Los fundamentos de la sentencia expedida mayoritariamente fueron, entre otros, (i) "que no existe ninguna disposición que en forma específica contravenga lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y tampoco existe en forma genérica una disposición que prescriba la forma de votación aplicable, como regla general, al caso de los órganos constitucionales colegiados"; y (ii) "que tampoco procede que mediante el control difuso se pueda declarar la inaplicabilidad de la norma impugnada, porque ese control se aplica para resolver cuestiones litigiosas respecto de las cuales existe incompatibilidad manifiesta, y no simples interpretaciones entre una norma legal y una constitucional caso en que el Juez, de acuerdo a lo establecido en el artículo 138° de la Constitución, prefiere aplicar la norma constitucional o la de mayor jerarquía, si se trata de otra clase de disposiciones, control difuso que mantiene su plena vigencia para casos futuros".

Por su parte, el fallo en minoría conformado por los votos de los Magistrados Aguirre Roca, Revoredo Marsano y Rey Terry, declaró fundada en parte la demanda por considerar, básicamente, "Que, en virtud de la parte impugnada del artículo 4° de la Ley 26435, la definición de la controversias suscitadas por demandas de inconstitucionalidad, se hace depender -siempre que con ello resulte favorecida la tesis de la parte demandada- del voto de un solo magistrado -cuando el quórum sea de seis (06) magistrados-, o, cuando mucho, de dos (02) -cuando el quórum sea de siete (07)-; Que, a tenor de los artículos 201, 202 y concordantes de la Carta Magna, es evidente que lo que se quiere es que este Tribunal -autónomo e independiente- conozca y pueda siempre resolver las causas de inconstitucionalidad, mediante su criterio y opinión, es decir, su voluntad jurisdiccional colegiada, y no, consecuentemente -y menos sólo cuando ello favorezca a la parte demandada-, mediante la de uno (01) o dos (02) de sus miembros, aun cuando no hubiese votos en contra, sino sólo abstenciones; Que, por otro lado, permitir que la opinión de la minoría se imponga, así, a la de la mayoría, no sólo entraña el desconocimiento del principio constitucional de la igualdad ante la ley -consagrado, entre otros, en el artículo 2°, inciso 2°, de la Carta Política- principio que, en el campo procesal, significa -tal como fluye, meridianamente, de los artículos 6° y complementarios de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y V y afines del Título Preliminar del Código Procesal Civil, así como de los "principios generales del derecho", y del "derecho consuetudinario", positivizados,

como se sabe, por el artículo 139° de la Carta Magna- igualdad de derechos para demandante y demandado, cosa que no ocurre cuando, para ganar la causa, al demandante se le exigen seis (06) votos, y al demandado apenas uno (01) o dos (02), sino que, al privilegiar a la norma legal sobre la constitucional, se convierte a este TC -ipso facto e ipso jure- en defensor de la norma legal, a despecho de la constitucional invirtiendo y desnaturalizando, así, su rol-, y, en el caso de leyes del Congreso de la República, en órgano controlado -invirtiendo, otra vez, su papel, que es, en el caso, el de órgano contralor, y no el de órgano controlado; Que, además, si se ordena fallar en función de la minoría, se crea un galimatias procesal, pues tal orden implica que se diga, en los considerandos de la sentencia, una cosa, y en la parte dispositiva de la misma, la contraria -lo que, como se sabe, es, en derecho procesal- y, específicamente, en el campo del derecho procesal-constitucional- causal de nulidad, pues cuando la Constitución exige, en su artículo 139°, inciso 5°, "... la motivación escrita de las resoluciones ... y de los fundamentos ... en que se sustentan ...", obviamente está exigiendo la concordancia y la congruencia entre los considerandos y las partes dispositivas o resolutivas de las sentencias, lo que significa, por lo menos, que no se puede pedir que el cuerpo colegiado-sentenciador, diga una cosa en los considerandos, y la contraria, precisamente la contraria, en el fallo mismo".

Como se puede apreciar, pues, con la dación de la Ley N° 26435 se estableció un sistema de votación aún más riguroso que con el fenecido Tribunal de Garantías Constitucionales, en el que se requería 6 de 9 votos para declarar la inconstitucionalidad de la ley; impidiendo, con ello, que el Tribunal ejerza sus funciones y permitiendo que leyes abiertamente contrarias a la Constitución queden consagradas como constitucionales con solo un voto en contra de la demanda.

Posteriormente, este artículo fue modificado por el artículo único de la Ley N° 27780, publicada el 12 de julio de 2002, y luego, por la el artículo único de la Ley N° 27850, publicada el 20 de octubre de 2002, estableciéndose que el quórum del Tribunal Constitucional es de cinco de sus miembros y para que se declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, se exigen cinco votos conformes.

Temas Claves: Control difuso - declaración de inconstitucionalidad de una norma - igualdad de derechos - Ley Orgánica del Tribunal Constitucional - mayoría requerida para la declaratoria de inconstitucionalidad - norma legal y constitucional.

S-325

De un examen realizado a la Constitución, se constata que no existe ninguna disposición que en forma específica contravenga lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y tampoco existe en forma genérica una disposición que prescriba la forma de votación aplicable, como regla general, al caso de los órganos constitucionales colegiados.

Tampoco procede que mediante el control difuso se pueda declarar la inaplicabilidad de la norma impugnada, porque ese control se aplica para resolver cuestiones litigiosas respecto de las cuales existe incompatibilidad manifiesta, y no simples interpretaciones entre una norma legal y una constitucional (Artículo 138° de la Constitución) caso en que el Juez prefiere aplicar la norma constitucional o la de mayor jerarquía, si se trata de otra clase de disposiciones, control difuso que mantiene su plena vigencia para casos futuros.

Exp. N° 005-96-I/TC

Lima

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los diecinueve días del mes de diecinueve días de mil novecientos noventa y seis reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores:

NUGENT, PRESIDENTE,
ACOSTA SÁNCHEZ, VICEPRESIDENTE,
AGUIRRE ROCA,
DÍAZ VALVERDE,
REY TERRY,
REVOREDO MARSANO,
GARCÍA MARCELO,

actuando como Secretaria la doctora María Luz Vásquez, pronuncia la siguiente sentencia:

ASUNTO:

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por treinta y seis congresistas de la República contra el artículo 4° de la Ley N° 26435 (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

ANTECEDENTES:

Con fecha veinte de setiembre de mil novecientos noventa y seis, los demandantes interponen Acción de Inconstitucionalidad por considerar que el artículo 4º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional restringe irrazonablemente el ejercicio del control constitucional al exigir seis votos para declarar inconstitucional una norma con rango de Ley e imponer en caso de no alcanzar la referida mayoría calificada, que el Tribunal declare Infundada la demanda.

Alegan principalmente los demandantes:

1) Que el artículo 4º de la Ley 26435 cuyo texto señala que "...El Tribunal resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que se exigen seis votos conformes." Y que "... de no alcanzarse la mayoría calificada prevista en el párrafo precedente para declarar la inconstitucionalidad de una norma, el Tribunal resolverá declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad de la norma impugnada"; es un dispositivo sumamente grave y limita inconstitucionalmente la función de control del Tribunal ya que al exigir seis de los siete votos, dificulta la posibilidad de reunirlos, a lo que se suma el hecho, que con dicho pronunciamiento, se genera cosa juzgada.

2) Que el artículo 4º de la Ley 26435 restringe el control como elemento de la Constitución, ya que lo desnaturaliza al limitarlo o entorpecerlo en su ejercicio.

3) Que el legislador no tiene la posibilidad de limitar el ejercicio de la jurisdicción constitucional, ya que la regulación que efectúa por intermedio de su Ley Orgánica sólo se circunscribe a la "estructura y funcionamiento" del Tribunal y a los "efectos de la declaración de inconstitucionalidad" y que en todo caso el único órgano capaz de precisar sus limitaciones es el propio Tribunal Constitucional.

4) Que la regulación contenida en el artículo 4º de la Ley 26435 contiene una limitación irrazonable y desproporcionada, ya que afecta las atribuciones inherentes al Tribunal Constitucional de expedir sentencia en un proceso de inconstitucionalidad por mayoría simple en transgresión del Principio Democrático; por otra parte convierte al Tribunal en un órgano que "convalida" leyes inconstitucionales en vez de un ente encargado del control, y por último, al imponer una exigencia exagerada de votos para adoptar acuerdos entra en incompatibilidad con el Principio del Estado Democrático de Derecho y el valor Justicia.

5) Que existe ausencia en el Derecho Comparado de una limitación como la contenida en el artículo 4º de la Ley 26435 ya que no existe ni un sólo Tribunal Constitucional o Sala del Poder Judicial especializada, que exija la mayoría requerida por el artículo impugnado.

6) Que se afecta la autonomía del Tribunal pues el artículo 4º de la Ley 26435 lo obliga a dictar sentencia con efectos de cosa juzgada declarando infundada una demanda ante la ausencia de los votos exigidos, lo que implica que se impone sobre dicho órgano una decisión sobre el fondo a la que no habría llegado, si es que el legislador no lo dijera.

7) Que el artículo 4º de la Ley 26435 conduce a una interpretación absurda y conforme a la cual el voto singular puede ser formulado por la mayoría y no por la minoría, ya que basta que uno o dos magistrados voten en contra de la demanda, para que por mandato legal se conviertan en una mayoría que impone su criterio sobre los demás.

8) Que para resolver la demanda interpuesta no se requieren los seis votos exigidos por el artículo 4º de la Ley 26435 ya que el Tribunal Constitucional puede previamente y en ejercicio del control difuso (no aplicación de una norma al caso concreto) optar por resolver a través de mayoría simple, en la medida en que la exigencia de la mayoría calificada sólo se da cuando se decide sobre la inadmisibilidad de la demanda o se examina una acción de inconstitucionalidad, pero no en otros casos, y

9) Que el Tribunal Constitucional necesita definir su misión como órgano de control esencial para la vigencia del sistema democrático, por lo que al ejercitar la labor interpretativa debe imponer su criterio sobre el del legislador.

Los congresistas demandantes, por último designan como sus apoderados al doctor Jorge Avendaño Valdez, al doctor Antero Florez Araoz y a la doctora Beatriz Merino.

Admitida la demanda con fecha veintisiete de setiembre de mil novecientos noventa y seis, se dispone correr traslado de la misma al Congreso de la República, el que dentro del término de Ley, se apersona y la contesta por intermedio de sus apoderados Carlos Torres y Torres Lara y Enrique Chirinos Soto.

En la contestación se niega y contradice la demanda, fundamentalmente por considerar:

1) Que el artículo 4º de la Ley 26435 se ajusta a la Constitución pues el Congreso está facultado para dictar leyes orgánicas que regulan la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado, una de las cuales es el Tribunal Constitucional y que así mismo la acción de inconstitucionalidad requería de regulación mediante Ley Orgánica.

2) Que el artículo 4º de la Ley 26435 no impide ni restringe la atribución de control de la Constitucionalidad que tiene el Tribunal Constitucional, ya que lo irrazonable habría sido no establecer una mayoría calificada para resolver la inconstitucionalidad de una ley cuando resulta que quien ejercita dicha función es un organismo que actúa en instancia única.

3) Que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional fue aprobada y puesta en vigencia en enero de mil

novecientos noventa y cinco por el mismo órgano que elaboró la Constitución, es decir, por el Congreso Constituyente Democrático y no por un órgano diferente, de manera que fue aquel quien definió lo referente a la mayoría calificada para adoptar resoluciones y los efectos de las mismas.

4) Que no obstante aceptarse el principio de la razonabilidad en la expedición de las leyes, no se puede objetar que no se facilite que las leyes sean declaradas inconstitucionales, pues se presume en principio que estas son constitucionales, siendo por otra parte válido y razonable establecer que una mayoría calificada apruebe que estas sean dejadas sin efecto en atención a los principios de seguridad jurídica y conservación de la norma. A ello se agrega que si la Corte Suprema resuelve con mayoría calificada como instancia de consulta para inaplicar una ley que tiene efectos para el caso concreto, no es por el contrario razonable establecer mayoría simple cuando se trata de resolver la inconstitucionalidad de una ley con efectos generales y actuando en instancia única.

5) Que los demandantes faltan a la verdad o no han leído su demanda cuando afirman que en todos los restantes países la acción de inconstitucionalidad se resuelve por mayoría simple, ya que en México y en Alemania no se da tal exigencia, sino mayoría calificada en el primer caso y absoluta en el segundo, en Costa Rica ha existido durante cuatro décadas votación calificada y por otra parte, ejemplos de decisiones adoptadas por el régimen de la cuestionada mayoría existen en diversos países del mundo.

6) Que el artículo 4º de la Ley 26435 no viola la autonomía del Tribunal Constitucional, pues los magistrados continúan realizando la valoración de los elementos fácticos y jurídicos del caso y según el sentido de sus votos definen si una acción es fundada o infundada, conforme al procedimiento establecido por la ley.

7) Que los demandantes se ubican en un caso extremo y ficticio al calificar de absurda la posibilidad de que el voto singular lo formule la mayoría y no la minoría sin considerar que en el orden jurídico constitucional peruano existen numerosas normas que permiten a una minoría bloquear o vetar a una mayoría cuando se trata de asuntos muy importantes con el fin de lograr acuerdos con alto nivel de respaldo.

8) Que aunque no se discute la facultad del Tribunal Constitucional de inaplicar una norma inconstitucional cuando actúa en hábeas corpus y amparo, dicha inaplicación para resolver por mayoría simple la presente demanda de inconstitucionalidad no es procedente, ya que la resolución debe adoptarse por no menos de seis votos conformes, por ser un caso en que el Tribunal se apartaría del precedente jurisprudencial sentado por él, al haber resuelto por mayoría de seis votos la acción de inconstitucionalidad que impugnó disposiciones de la Ley 26623. Y

9) Que el Tribunal Constitucional no es el intérprete supremo de la Constitución, por lo que no puede cuestionarse la labor interpretativa del Poder Legislativo.

Producidos los informes orales con fecha veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y seis, se dio por vista la causa quedando al voto.

FUNDAMENTOS:

Considerando:

1) Se ha planteado la siguiente Acción de Inconstitucionalidad con el objeto de que se realice el control de validez del art. 4º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en la parte que exige seis votos conformes para dictar sentencia en los procesos de inconstitucionalidad de las normas con rango de ley que en el inciso 4º del artículo 200º de la Constitución se prevé, y en la parte que dispone que el Tribunal resolverá declarando infundada la demanda en caso de no alcanzarse esa mayoría calificada.

2) De un examen realizado a la Constitución, se constata que no existe ninguna disposición que en forma específica contravenga lo dispuesto en el art. 4º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y tampoco existe en forma genérica una disposición que prescriba la forma de votación aplicable, como regla general; al caso de los órganos constitucionales colegiados.

Tampoco procede que mediante el control difuso se pueda declarar la inaplicabilidad de la norma impugnada, porque ese control se aplica para resolver cuestiones litigiosas respecto de las cuales existe incompatibilidad manifiesta, y no simples interpretaciones entre una norma legal y una constitucional (art. 138º de la Constitución) caso en que el Juez prefiera aplicar la norma constitucional o la de mayor jerarquía, si se trata de otra clase de disposiciones, control difuso que mantiene su plena vigencia para casos futuros.

3) En consecuencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma legal, es necesario que en la Constitución exista una disposición que la contravenga en forma precisa y no a base de interpretaciones o deducciones controvertibles.

4) De otro lado, el art. 201º de la Constitución, al establecer que el Tribunal es el "órgano de control de la Constitución", no es contradictorio directa ni indirectamente por el art. 4º de la Ley 26435, porque esta norma revela más bien, que esa misión de "control" debe efectuarse mediante la votación calificada que ella dispone. Tampoco contraviene la autonomía e independencia del Tribunal, porque éste debe cumplir su función dentro del marco de su propia ley, aprobada por el Congreso, conforme lo dispone el art. 106º de la misma Constitución, que deja al ámbito de la ley orgánica la regulación de la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución; no pudiendo por consiguiente el Tribunal dejar de cumplirla, sin colocarse al margen de ella. Tampoco podría establecer un régimen diferente sin modificar la ley o sin elaborar otra, atribución que evidentemente sólo corresponde al Congreso, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 102º, inciso 1º de la Norma Fundamental.

5) No se ha acreditado que la norma cuestionada sea contraria a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ya que tales nociones pueden por el contrario, aplicarse en favor de su plena validez y ello depende de una adecuada ponderación de los valores y principios constitucionales en juego.

Dentro de dicha lógica no es cierto, que con la norma impugnada se afecte las atribuciones inherentes al Tribunal Constitucional en transgresión del "principio democrático". Hay que ser explícitos en precisar que si bien en materia de cuerpos extensos o masificados (como ocurre con la población) el principio a regir es indiscutiblemente el mencionado y la toma de decisiones normalmente se asume por mayoría simple, (aún cuando existen excepciones como ocurre con el Presidente de la República, que es elegido por mayoría absoluta conforme al artículo 111º de la Constitución); cuando se trata de cuerpos reducidos y técnicos (como sucede con este Colegiado) a los que se dotan de atribuciones trascendentales, el Principio Democrático no puede aplicarse aisladamente, sino en concordancia con el Principio de Seguridad, lo que significa que si una decisión importante se adopta por un grupo reducido de personas, lo óptimo es rodearla de las seguridades necesarias, siendo una de ellas, la exigencia de mayorías absolutas y en algunos casos, hasta de mayorías calificadas. Concordante con lo dicho, no se puede omitir que el pronunciamiento que expide un Tribunal Constitucional al declarar la inconstitucionalidad de una norma debe ser la última ratio a la que él tenga que acudir, como consecuencia de no haber hallado forma alguna de interpretar la norma cuestionada de conformidad con la Constitución, ya que su decisión no es equiparable a una simple decisión de coyuntura, sino como una medida de hondas repercusiones para el ordenamiento jurídico, que habrá de sufrir una agresión por la expulsión de la norma inválida merced a los propios efectos del fallo sobre la vida política y jurídica de la Nación.

En segundo lugar, la alegación de que el Tribunal, por intermedio del artículo impugnado, se vaya a ver obligado a convalidar normas inconstitucionales no se compadece con la práctica institucionalizada en todos aquellos países que cuentan con un órgano de control de la Constitución, ya que ignora por completo que tanto en el sistema americano como en la práctica común de todos los tribunales constitucionales europeos, se admite como regla incuestionable que toda norma o acto público debe presumirse como constitucional en tanto y en cuanto mediante una interpretación razonable de la norma fundamental, puedan ser armonizadas con aquella.

Si, en consecuencia, la presunción de la que se encuentra beneficiada toda norma, es una práctica generalizada en la justicia constitucional, es evidente que la exigencia de mayoría calificada en la adopción de decisiones de inconstitucionalidad de las normas no puede reputarse como una arbitraria imposición sino como una consecuencia lógica desprendida de semejante práctica, lo que lleva a concluir que aquello

que los recurrentes denominan "convalidación de leyes inconstitucionales" no supone para nada el recortar o desnaturalizar el ejercicio del control constitucional, sino, al contrario, dotarlo de la certeza preliminar de que no se inconstitucionalice normas cuando éstas puedan, interpretativamente, compatibilizarse con la Carta Magna.

Debemos remarcar que la votación calificada prescrita por el art. 4º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no es la única que existe en ella, ya que contiene otras como las que se desprenden del artículo 7º, referida a la elección de los Magistrados del Tribunal, el artículo 55º para variar su propia jurisprudencia, el artículo 5º para la elección del Presidente del Tribunal, o el artículo 15º, que contempla las causales de vacancia del cargo de Magistrado, además de otras mayorías calificadas prescritas por la propia Constitución, o por leyes aplicables a otras instituciones públicas.

Por último y dentro de la lógica expuesta, no aparece probada la supuesta incompatibilidad entre el artículo 4º de la norma cuestionada y los principios del Estado Democrático de Derecho y el valor Justicia, ya que al revés de ello, es la fórmula de la mayoría calificada la única opción que permite no convertir el proceso de inconstitucionalidad de las normas en un instrumento de cuestionamiento permanente y caprichoso, por lo que lejos de verse mellado en alguna forma el Principio Democrático o el valor Justicia, se ven integrados con el contenido de necesaria seguridad que toda decisión de trascendencia debe suponer.

6) La referencia al Derecho Comparado, aunque no vincula a este Colegiado en la resolución de esta acción, permite examinar los distintos modelos de votación establecidos en tribunales constitucionales análogos, o en órganos jurisdiccionales investidos con atribución semejante. En tal sentido, se puede apreciar que en la mayor parte de ellas se establece un sistema de votación con mayorías calificadas, a las que se impone apelar cuando de lo que se trata es declarar la inconstitucionalidad de una norma. Incluso si nos referimos al propio ejemplo mexicano, cuyo modelo se invoca en la demanda, puede deducirse que allí se presenta un típico modelo de mayoría calificada, donde de once integrantes de la Corte Suprema, ocho hacen resolución que declara inconstitucional la norma impugnada (inciso II artículo 105º de la Constitución mexicana). Se ignora, asimismo, que en Francia, el Consejo Constitucional de un total de nueve consejeros, ejerce el control constitucional, bien que en forma preventiva, con la decisión de siete de ellos (artículo 14º de la Ley Orgánica del Consejo Constitucional), esto es, mayoría calificada; y de otro lado, se minimiza que en otros ordenamientos, como el alemán (inciso 2º artículo 15º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal), el italiano (artículo 16º de la Ley Orgánica de la Corte Constitucional italiana) o el austriaco (artículo 31º de la Ley Orgánica de la Corte Constitucional austriaca); el modelo en la adopción de decisiones al momento de declarar inconstitucional una norma, nada tiene que ver

con el régimen de mayoría simple, sino con el de una mayoría, que no siendo calificada si resulta empero absoluta (la mitad mas uno).

7) De otro lado, es de hacerse notar que la interpretación en virtud de la cual el voto singular de la mayoría de magistrados pueda verse tergiversado por un voto de la minoría del Tribunal, no es un razonamiento jurídico válido, ya que ignora que una de las diferencias más acentuadas existente entre el modelo que inspiraba el sistema de votación con el desaparecido Tribunal de Garantías Constitucionales, en relación con las que informan al actual Tribunal Constitucional, se presenta, precisamente, respecto de los efectos del fallo en materia de acciones de inconstitucionalidad desestimadas por no alcanzarse la exigencia de la mayoría calificada; pues, mientras para la antigua legislación, de no alcanzarse el número legal de votos exigidos para declarar la inconstitucionalidad de una norma simplemente no existía sentencia (y permitía interponerse una nueva demanda sobre el mismo objeto), conforme al artículo 4º de la actual Ley Orgánica de este Colegiado, es una obligación la expedición del fallo correspondiente, en el cual se exprese el sentido en que éste es emitido.

En tal sentido, si según los párrafos tercero y cuarto del referido artículo 4º "... de no alcanzarse la mayoría calificada prevista en el párrafo precedente para declarar la inconstitucionalidad de una norma, el Tribunal resolverá declarando infundada la demanda" y "...En ningún caso el Tribunal Constitucional puede dejar de resolver"; se deja claramente establecido que es el Tribunal -y no la mayoría o un grupo de Magistrados- el que obligatoriamente pronuncia la sentencia.

Lo que significa, además, que si algún Magistrado o un grupo de Magistrados no comparte la ratio decidendi de la sentencia expedida -lo que es perfectamente posible y legítimo- ello ha de expresarse en un voto singular, que, sin embargo, no puede ni debe entenderse como un voto de la mayoría contra la minoría (o a la inversa), sino la de un Magistrado o la de un grupo de Magistrados con respecto del Tribunal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución y su Ley Orgánica,

FALLA:

Declarando por mayoría, con el voto singular conjunto en contra, de los señores Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano, que se adjunta, como parte integrante de esta sentencia, Infundada la demanda interpuesta por treinta y seis Congresistas de la República contra el artículo 1º de la Ley 26435 y dispusieron la publicación de la sentencia en el Diario Oficial "El Peruano".

SS.

**NUGENT
ACOSTA SANCHEZ
AGUIRRE ROCA**

**DIAZ VALVERDE
REY TERRY
REVOREDO MARSANO
GARCIA MARCELO**

**VOTO SINGULAR, CONJUNTO, DE LOS
MAGISTRADOS MANUEL AGUIRRE ROCA,
GUILLERMO REY TERRY Y DOCTORA DELIA
REVOREDO DE MUR, QUE DECLARA FUNDADA,
EN PARTE, LA DEMANDA**

1) Discrepamos de la sentencia suscrita por los otros cuatro (04) miembros de este Tribunal Constitucional (TC), no sólo porque no concordamos con sus considerandos -según se explica más adelante-, sino porque, del cuidadoso examen de los autos, de la correspondiente evaluación de la tesis de las partes, y del estudio de la normatividad jurídica pertinente, fluye, en nuestro criterio, que la regla de votación que, a su juicio, es constitucional, no sólo no lo es, sino que impide, de modo puntual y directo, el cumplimiento del principal cometido que la Carta Magna ha querido confiar a este TC -cual es, como se sabe, el de resolver, mediante su opinión colegiada, y no, por cierto, mediante la de uno solo de sus miembros, o, todo lo más, la de dos de ellas- las demandas de inconstitucionalidad.

2) En efecto, la obligada evaluación de los siete (07) fundamentos -algunos integrados por varios sub fundamentos- de la sentencia suscrita por cuatro de nuestros colegas, pone de manifiesto lo siguiente:

3) Que los dos primeros fundamentos -que fungen, en último análisis, de fundamentos sine qua non- reposan en la tesis, a nuestro criterio errónea, de que, textualmente "... para declarar la inconstitucionalidad de una norma legal es necesario que en la Constitución exista una disposición que la contravenga en forma precisa, y no a base de interpretaciones o deducciones controvertibles"; a lo que agregan que en nuestra Constitución no existe ninguna disposición del tipo que descalifica que al artículo 4º, en la parte impugnada en la demanda.

4) No compartimos esta tesis, porque, dada la naturaleza de la Carta Política, de ser la "Ley de Leyes" -o, si se quiere, de Ley-marco, por excelencia-, los preceptos constitucionales encierran valores, propósitos y sentidos que, a nuestro modo de ver, sí requieren -y en grado mucho mayor que las leyes ordinarias- de interpretación. Si para determinar si una ley o norma de rango legal es o no constitucional, fuese menester encontrar incompatibilidades "precisas y no a base de interpretaciones o deducciones controvertibles", este TC, a nuestro juicio, estaría de más, pues su principal misión consiste, precisamente, en resolver controversias que giran en torno de interpretaciones constitucionales divergentes. Y también estaría de más, por análogas razones, la facultad del control difuso otorgada al Poder Judicial, pues ella también se ejerce, precisamente, cuando surgen, dentro del proceso judicial, "interpretaciones o deducciones controvertibles",

respecto del alcance, sentido, propósito o motivación de las normas constitucionales, y, consecuentemente, de su posible incompatibilidad con las leyes y dispositivos, en general, de menor jerarquía.

5) En el tercer fundamento, signado con el número 4), se pretende, en síntesis, que este TC sólo puede actuar dentro del marco de su Ley Orgánica, aparentemente olvidando que dicha norma, lo mismo que todas las leyes, orgánicas o no, están sujetas, por expreso mandato de los artículos 201 y concordantes de la Carta Política, al control constitucional de este Tribunal;

6) En el cuarto fundamento, signado con el número 5), se emplea el argumento de la "razonabilidad", y se recurre a la "interpretación", para sostener que la "mayoría calificada" del impugnado artículo 4º, no es inconstitucional, olvidando, así, su previo rechazo del método de las "interpretaciones controvertibles", como medio para determinar si las normas cuestionadas son o no inconstitucionales. Aunque tal situación debilita, enormemente, la tesis, resulta conveniente anotar, con relación a este punto, que si bien, en efecto, en ciertos casos es normal que se exijan "mayorías calificadas", en el ámbito jurisdiccional -que es el que aquí interesan las mayorías calificadas exigidas por altas que sean se aplican tanto a demandante como a demandado, y jamás, como lo hace la norma cuestionada en estos autos, sólo a una de las partes, y ello en abusivo beneficio de la otra, aparte de que, además, dichas mayorías siempre pueden ser, en tales casos, alcanzadas, pues con tal objeto se proveen, en este campo jurisdiccional, los mecanismos de las "dirimencias", u otros análogos. El problema, pues, no radica en el número de votos ni en el nivel de las "mayorías calificadas", sino en la descomunal desigualdad procesal-constitucional consagrada en el artículo 4º de la Ley 26435. Los suscritos, por ello, no estimamos inconveniente que se exijan seis (06) votos -o, aún, más-, siempre que se exija lo mismo a todos los interesados -demandantes y demandados-, y que, además, se provea de un sistema complementario que -como en la Corte Suprema- permita, siempre, alcanzar el número requerido para resolver, cualquiera que sea el sentido del fallo.

6.1) Agreguemos, respecto de otra parte de este extenso fundamento, que nos resulta prácticamente imposible aceptar la afirmación de que la regla cuestionada no "... sea contraria a los principios de razonabilidad " y "proporcionalidad " -siendo así que dicha regla exige, en un caso, más del 85% de la votación-, y que tampoco sea contraria a los "principios democráticos"- no obstante que la misma hace prevalecer, en sede jurisdiccional, a la minoría sobre la mayoría.

7) En los párrafos siguientes, y antes de desarrollar su quinto (5º), fundamento, se recurre al apogema de la "presunción de constitucionalidad" de las leyes, con el objeto de avalar la regla de la "votación calificada", cuando, a nuestro criterio, de un lado, la presunción de constitucionalidad, en el campo procesal, no tiene otro efecto importante que el de invertir la carga de la prueba;

y, de otro, en que lo que está en tela de juicio en estos autos, no es la procedencia de la "votación calificada" -que, por cierto, sí es aceptable, y no es, de suyo, inconstitucional-, sino la regla que otorga primacía a la minoría sobre la mayoría, llegando a permitir que uno, o, cuando mucho, dos magistrados, -y, aun, una simple abstención, en el caso extremo- impidan el control de la constitucionalidad que la Carta Política ha confiado a este Tribunal;

8) En los siguientes fundamentos (5º y 6º), se hacen, de un lado, glosas de dispositivos e instituciones de derecho extranjero, que parecen confundir los conceptos de "mayoría", "mayoría absoluta" y "mayoría calificada"; y, de otro, se trata de justificar el extrañísimo fenómeno jurídico que puede generar el impugnado artículo 4º, consistente en que la mayoría, cuando considere fundada una demanda, pero sin llegar a la unanimidad, o a seis (06) votos sobre siete (07), tenga que emitir el "voto singular", olvidando -al tratar de explicar tal antinomia- que el "voto singular" es el de quien no está conforme con el de la mayoría, pues tal es su naturaleza, sentido y concepto mismo, y que la voluntad del órgano, es decir, del TC, debe reflejar la opinión de la mayoría, pues, de lo contrario, y con la regla del artículo 4º se puede llegar al extremo de que una abstención, es decir, una falta de voluntad, prevalezca, incomprensiblemente, sobre la voluntad de los otros cinco (05) miembros del TC, si el quórum fuere de seis (06). Consignemos, de paso, que, como se sabe, el derecho comparado no avala sino, antes bien, desautoriza el sistema del impugnado artículo 4º, pues creemos que lo que enseña el derecho comparado es que, en sede jurisdiccional, no se conocen mayorías de más del 85%, y tampoco se usa la doble vara, es decir, una mayoría para el demandante, y otra para el demandado, sino que las mayorías pedidas -cualquiera que sea su altura- rigen para ambas partes, es decir, para formar resolución.

9) En el último de los fundamentos -que es el 7º, pero signado con el número 8)- se sostiene que no cabe utilizar, para resolver la controversia de autos, la facultad del "control difuso", toda vez que, en el caso "... existen fundamentos suficientes que permiten prever la validez de la norma impugnada, además de no existir una norma constitucional que, en forma manifiesta, se encuentre transgredida por el artículo 4º de la Ley 26435 ...". A nuestro criterio, empero, sí existen normas constitucionales que, en el caso, "en forma manifiesta", resultan violadas por la regla impugnada del artículo 4º, puesto que, cuando la Constitución entrega a este TC el delicado encargo -que es, en verdad, un derecho-deber de defender la constitucionalidad- confía la tarea, sin ninguna duda, a este TC, es decir, a su cuerpo colegiado -al criterio, la opinión y la voluntad jurisdiccional de su cuerpo colegiado-, y no a uno o dos -o ninguno- de sus miembros, tal como pretende hacerlo la parte cuestionada de dicho artículo 4º.

10) Habiendo cumplido con señalar -aunque en forma hartamente resumida- por qué no hacemos nuestros los fundamentos de la sentencia que precede, toca ahora

fundamentar nuestro fallo. A este respecto, conviene comenzar precisando que tanto la sentencia que precede, como la parte demandada, en su extenso escrito de contestación, han aceptado, sin objeciones, la competencia de este TC para pronunciarse, válidamente, sobre la posible inconstitucionalidad de las normas contenidas en su propia Ley Orgánica. Queda, pues, desbrozado el camino para examinar la controversia planteada y, además, desvirtuada la tesis de que este TC incurriría en un reprochable acto de deslealtad o, defección, si pretendiese, en un proceso de su conocimiento, declarar inconstitucional alguna regla contenida en su propia Ley Orgánica. Deslealtad impensable, a mayor abundamiento, si se recuerda que el juramento formulado al momento de asumir este cargo, puso por delante de la Ley -como no podía ser de otra manera- a la Constitución.

11) Entrando, pues, de lleno en la materia, valga precisar que los extensos escritos de la demanda y la contestación, en los que desfilan -apoyados en citas legales, jurisprudenciales y doctrinarias-, hasta diez (10) fundamentos autónomos y prolijos, ora en pro, ora en contra de la pretensión ventilada en estos autos, ponen de manifiesto que, en último análisis, lo que se discute no es, en puridad de verdad, ni el número de votos aisladamente considerado- requerido para declarar fundadas las demandas de inconstitucionalidad, ni la "razonabilidad" de la denominada "votación calificada", ni tampoco, finalmente, el derecho invocado por el Congreso de interpretar la Constitución, y, en consecuencia, de aprobar, a través de leyes orgánicas, el funcionamiento de entidades y organismos como este mismo Tribunal.

12) En el fondo, lo que sostiene la parte actora, a modo de tesis central, es que no puede privilegiarse, sin menoscabo de la Constitución, a la ley (léase.. "normas de rango legal") impugnada frente a la Constitución (léase.. normatividad constitucional o suprallegal hipotéticamente lesionada, y defendida en la demanda).

13) En efecto, cuando la accionante, en su sintético petitorio, precisa que solicita que se declare inconstitucional la regla del artículo 1º de la Ley 26435, en cuya virtud se requieren no menos de seis (06) votos, sobre un total posible de siete (07), para declarar inconstitucional una norma, mientras que sólo se pide un voto -o, todo lo más, dos-, sobre el mismo total posible de siete (07), para decir lo contrario, esto es, declararla no inconstitucional -o, como meridianamente se afirma en el escrito de la misma contestación, "constitucional"-, lo que está pidiendo es que se declare que no es constitucional que se exija al demandante seis (06) votos, para ganar; y, en cambio, al demandado sólo se le pida uno (01) -que puede ser, en el caso extremo, apenas una abstención-, o cuando mucho -si el quórum jurisdiccional fuese de siete (07) Magistrados- dos votos.

14) Del examen de las tesis encontradas, se aprecia que la demandada ha contestado, mediante argumentos de mayor o menor peso, los diferentes fundamentos de la

demandante; pero que, curiosamente, no ha llegado a entrar en la materia propiamente dicha, pues sobre el desequilibrio procesal señalado, no ha formulado argumentación pertinente y puntual alguna, limitándose a insistir, al respecto, en articulaciones ajenas al tema, o, cuando más, apenas tangenciales, como son las relativas a la "razonabilidad" de la "votación calificada", a la facultad del Congreso de interpretar la Constitución, o al brocado jurídico de la "presunción de constitucionalidad de las leyes".

15) En vista de los expuesto, estimamos que el punto crucial que debe dilucidarse, para estar en condiciones de pronunciar sentencia, es el relativo a si es compatible con la normatividad constitucional, la regla que otorga tanta ventaja, en los procesos jurisdiccionales abiertos por demandas de inconstitucionalidad, a la parte demandada que sólo defiende, por antonomasia, la norma de rango legal, hipotéticamente inconstitucional, frente a la parte actora -que defiende, igualmente por definición-, la normatividad constitucional, hipotéticamente afectada por la norma impugnada en la demanda, esto es, dicho de otro modo, si es compatible con la Constitución el que se otorgue tal ventaja -tan insólita y descomunal ventaja, en verdad, pues ella llega, aritméticamente, hasta el seiscientos por ciento (600%)- a la vigencia o supervivencia de la ley cuestionada, y supuestamente reñida con la Constitución, frente a la norma constitucional, supuestamente lesionada con dicha ley, y que toca a este TC defender.

16) Por lo expuesto; y considerando: Que, en efecto, en virtud de la parte impugnada del artículo 4º de la Ley 26435, la definición de la controversias suscitadas por demandas de inconstitucionalidad, se hace depender -siempre que con ello resulte favorecida la tesis de la parte demandada- del voto de un solo magistrado -cuando el quórum sea de seis (06) magistrados-, o, cuando mucho, de dos (02) -cuando el quórum sea de siete (07)-; Que, a tenor de los artículos 201, 202 y concordantes de la Carta Magna, es evidente que lo que se quiere es que este Tribunal -autónomo e independiente- conozca y pueda siempre resolver las causas de inconstitucionalidad, mediante su criterio y opinión, es decir, su voluntad jurisdiccional colegiada, y no, consecuentemente -y menos sólo cuando ello favorezca a la parte demandada-, mediante la de uno (01) o dos (02) de sus miembros, aun cuando no hubiese votos en contra, sino sólo abstenciones; Que, por otro lado, permitir que la opinión de la minoría se imponga, así, a la de la mayoría, no sólo entraña el desconocimiento del principio constitucional de la igualdad ante la ley -consagrado, entre otros, en el artículo 2º, inciso 2º, de la Carta Política- principio que, en el campo procesal, significa -tal como fluye, meridianamente, de los artículos 6º y complementarios de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y V y afines del Título Preliminar del Código Procesal Civil, así como de los "principios generales del derecho", y del "derecho consuetudinario", positivizados, como se sabe, por el artículo 139º de la Carta Magna- igualdad de derechos para demandante y demandado, cosa que no

ocurre cuando, para ganar la causa, al demandante se le exigen seis (06) votos, y al demandado apenas uno (01) o dos (02), sino que, al privilegiar a la norma legal sobre la constitucional, se convierte a este TC -ipso facto e ipso jure- en defensor de la norma legal, a despecho de la constitucional invirtiendo y desnaturalizando, así, su rol, y, en el caso de leyes del Congreso de la República, en órgano controlado -invirtiendo, otra vez, su papel, que es, en el caso, el de órgano controlador, y no el de órgano controlado; Que, además, si se ordena fallar en función de la minoría, se crea un galimatías procesal, pues tal orden implica que se diga, en los considerandos de la sentencia, una cosa, y en la parte dispositiva de la misma, la contraria -lo que, como se sabe, es, en derecho procesal- y, específicamente, en el campo del derecho procesal-constitucional- causal de nulidad, pues cuando la Constitución exige, en su artículo 139º, inciso 5º, "... la motivación escrita de las resoluciones ... y de los fundamentos ... en que se sustentan ...", obviamente está exigiendo la concordancia y la congruencia entre los considerandos y las partes dispositivas o resolutivas de las sentencias, lo que significa, por lo menos, que no se puede pedir que el cuerpo colegiado-sentenciador, diga una cosa en los considerandos, y la contraria, precisamente la contraria, en el fallo mismo; Que, entre otras razones y para abreviar, un Tribunal nacido para defender la Constitución frente la Ley, no puede avalar, confirmar o "constitucionalizar" leyes que otorguen tantas ventajas procesales a las "normas de rango legal" sobre la Constitución -es decir, procesalmente hablando, al demandado sobre el demandante- pues, de hacerlo, estaría comprometiendo la posibilidad de cumplir con su misión, y, por ello mismo, renegando de su cometido y de su misma razón de ser, aparte de que, el permitir que el voto de uno o, cuando mucho, dos magistrados, oblique al Tribunal, en contra de la opinión colegiada de su mayoría absoluta, o, aun, de una más alta, a "constitucionalizar" una ley, tendría, según los artículos 37º y 39º de la Ley Orgánica de este Tribunal, el tremendo efecto de privar al Poder Judicial del derecho del "control difuso", en cuya virtud resultaría, como bien se señala en la página segunda de la demanda, que un solo magistrado de este TC, podría imponerle el criterio inconstitucional a todos los jueces de la República, incluyendo a la Corte Suprema y, aún, al Jurado Nacional de Elecciones, y ya no sólo a todos los demás miembros de este TC, y a este TC mismo, como si el voto de algún magistrado pudiese valer más que el de cualquier otro-; Que, existiendo, a nuestro juicio, ostensible incompatibilidad, entre la regla de la parte impugnada del artículo 4º de la Ley 26435, y los artículos 2º, inciso 2º, y 201, 202 y concordantes de la Constitución, los miembros de este TC que consideremos -como nosotros- que existe tal incompatibilidad, estaremos, como nosotros lo estamos, obligados -bajo grave responsabilidad, y so pena de incurrir en prevaricato, pues la Constitución es la Ley de Leyes-, en aplicación de los artículos 51º, 138º y complementarios de la Carta Magna, a declarar inaplicable, para la solución del caso de autos, dicha parte del precitado artículo 4º, y, en consecuencia, obligados a fundamentar

el fallo en la segunda parte del artículo 139º, inciso 8º, de la Carta Política, según la cual, en el caso, no puede aceptarse que, en sede jurisdiccional, se permita que la minorías triunfen sobre las mayorías, y menos cuando éstas -las mayorías- defiendan, por definición, la normatividad constitucional, hipotéticamente agravada, y aquéllas -las minorías- por lo contrario, y también por definición, a la norma de rango legal, hipotéticamente inconstitucional; Que, al respecto, conviene recordar que si bien, como lo sostiene la parte demandada, la exigencia de los seis (06) votos, en sí misma no es irracional ni inconstitucional, lo que sí lo es, es que, en sede jurisdiccional -que no es política ni discrecional- se pretenda medir con una vara al demandante y con otra al demandado, al exigir a aquél no menos de seis votos, y, a éste, sólo uno o dos, pues el uso de ese "doble standard", no sólo vulnera el principio constitucional de la igualdad ante la ley, consagrado, entre otros, en el artículo 2º, inciso 2º, de la Carta Magna, sino que conculca la grave prohibición señalada en la última parte del artículo 103 de la misma, en el que se fulmina el "abuso del derecho"; Que, a propósito del tema, conviene hacer hincapié en que los ejemplos que usa la parte demandada para justificar la regla impugnada en la demanda, se vuelven contra ella, ya que, en efecto, si bien, por ejemplo, en la Corte Suprema se piden cuatro (04) votos, sobre cinco (05), para resolver, ese es el número que se pide a ambas partes demandante y demandando-, y no sólo para uno, en gratuito beneficio del otro, y, además, allí, lo mismo que en los demás órganos colegiados jurisdiccionales, existen mecanismos que permiten, siempre, alcanzar el número de votos requerido para formar resolución; Que no son válidos, por lo demás, otros cuatro argumentos reiterados por la defensa, en el sentido: a), de que actuar en contra del imperio de la ley que fija los seis (06) votos, entrañaría un desquiciamiento del estado de derecho, y un verdadero caos jurídico, todo lo cual equivaldría poco menos que a una especie "golpe de Estado", pues supondría desconocer la potestad legislativa del Congreso, es decir, usurpar atribuciones y funciones; b), de que, por lo demás, el Tribunal no puede desconocer la regla de los seis (06) votos, ya que entonces, no siendo legislador, al crearse un vacío en el sistema, no podría resolver; c), de que, como al momento de resolver esta causa, el artículo cuestionado estará vigente, y aun lo seguirá estando, aunque se lo derogue, hasta un día después de publicada la sentencia, es obvio que, al momento de sentenciar esta causa, tendrá que ser aplicado; y d), de que, en todo caso, habiendo aplicado ya, en el fallo respecto de la Ley 26623, este TC, el cuestionado artículo 4º, ya hay jurisprudencia que sólo podría modificarse con seis votos; y no son válidos, tales cuatro argumentos, porque: a') este Tribunal, de conformidad con los artículos 151º, 138º y afines de la Carta Magna, está obligado -constitucionalmente, precisa, puntual e inexcusablemente obligado-, a preferir, en caso de conflicto -lo mismo que el más humilde de los jueces- la regla constitucional a la legal -o de "rango legal"-, de modo que si encontrase que, como se sostiene en estos autos, existe tal conflicto, no le quedaría otra

alternativa que la de dejar de lado la ley, prefiriendo la Constitución; b'), porque, de producirse el vacío, por virtud de la norma del artículo 139º, inciso 8º, de la Constitución, este TC se vería en el caso de sentenciar, y para ello, tendría que buscar el criterio, como lo establece ese artículo, en los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario; c') porque, estando cuestionado, es evidente que el artículo 4º no podrá ser aplicado antes de decidirse si es o no constitucional, pues de hacerlo se incurrirá en el círculo vicioso de considerar resuelto lo que, precisamente, se trata de resolver; y, d'), porque en el voto singular de cinco (05) magistrados no se adelantó opinión, al fallarse la causa mencionada contra la Ley 26623, habiéndose, antes bien, dejado claramente establecido, en dicho fallo, que, textualmente "... aún no se ha resuelto la demanda en que el 25% del número legal de congresistas solicitan, precisamente, que se declare inconstitucional la exigencia acotada", con lo cual, en esa oportunidad, el Tribunal declaró que su pronunciamiento sobre este aspecto puntual se daría la momento de resolver la demanda en que se requería, precisamente, la declaración de inconstitucionalidad de la exigencia de los seis votos conformes para declarar la inconstitucionalidad de una Ley; oportunidad que se presenta sólo al momento de sentenciar la presente causa; Que, consecuentemente.

17) Estimamos de nuestro grave e inexcusable deber, pronunciamos, en este voto singular conjunto, declarando fundada la demanda, en cuanto en ella se pide que se declare inconstitucional la parte del artículo 4º de la Ley 26435 que ordena resolver las acciones de inconstitucionalidad de leyes y normas de rango legal, según el parecer de la minoría, cuando la mayoría absoluta estime fundada la demanda, pero sin llegar a los seis (06) votos señalados en dicho artículo 4º, pues, para reiterarlo, dicha parte del impugnado artículo 4º, al privilegiar a la parte demandada sobre la parte

demandante, privilegia a la norma legal, hipotéticamente inconstitucional, frente a la regla constitucional, hipotéticamente lesionada, transformando, así, a este TC, de defensor de la Constitución, en defensor de las leyes, vale decir, de defensor y servidor del Poder Constituyente, en defensor del Poder Constituido, y, por ende, de órgano contralor, en órgano controlado, con lo cual no sólo lo desnaturaliza, sino que lo priva de su mismísima razón de ser; sin perjuicio de dejar constancia de que la misma regla de votación, no es inaplicable ni inconstitucional, en los casos en que la mayoría de cuatro, cinco o seis o siete votos, considere infundada la pretensión de la demanda; ni en los casos en que una mayoría super calificada de seis o siete magistrados considere, en sus votos, fundada la demanda, pues en estos seis casos, si puede ella aplicarse, evidentemente, sin menoscabo de la normatividad constitucional.

Por lo demás, de conformidad con el artículo 38º de nuestra Ley Orgánica, y en consonancia con la orientación actual de la doctrina y la jurisprudencia que recomienda la expedición de fallos "aditivos" o "integrativos", creemos de nuestro deber señalar que, por razones análogas a las que sustentan este voto, y atinentes, precisamente, a las relaciones entre mayorías y minorías, debe extenderse la inconstitucionalidad declarada a otra parte del impugnado artículo 4º, en cuanto ella exige no menos de seis (06) votos para declarar "inadmisibles" las demandas, desconociendo, pues, el principio que da prevalencia a las mayorías, así como el artículo 55º de la misma Ley Orgánica, pues este numeral también supedita las decisiones del TC al parecer de las minorías.

S.S.

**AGUIRRE ROCA,
REY TERRY,
REVOREDO MARSANO**

Exp. N° 0002-1996-I/TC [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Abogados de Lima. Se confirma la constitucionalidad de la Ley N.º 26657, ley denominada de "interpretación auténtica" que interpreta el artículo 112º de la Constitución sobre la reelección presidencial].

Fecha de Resolución: 03 de enero de 1997

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 18 de enero de 1997

Resumen: El 03 de enero de 1997 el Tribunal Constitucional resolvió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 26657, denominada de "interpretación auténtica" que interpretaba el artículo 112º de la Constitución sobre la reelección presidencial.

Como se recordará, la mencionada Ley señalaba que si bien el artículo 112º de la Constitución de 1993 permitía la reelección presidencial para un periodo inmediato, dicha reelección estaba condicionada a mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación del referido texto constitucional. Con esta norma se facultaba al entonces ex presidente Alberto Fujimori para postular a la Presidencia de la República por un tercer período, por cuanto la elección realizada en el año de 1990 no sería computada, toda vez que, en su momento, no se encontraba vigente la actual Constitución de 1993, sino la de 1979, que como sabemos no permitía la reelección inmediata.

Dado que durante el debate de la causa no se logró alcanzar el número de votos señalados en el artículo 4º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para el ejercicio del *control concentrado*, el Tribunal Constitucional decidió aplicar el *control difuso*, declarando "inaplicable", por unanimidad de los votos emitidos (Aguirre Roca, Revoredo Marsano y Rey Terry), con las abstenciones de cuatro magistrados (Acosta Sánchez, Díaz Valverde, García Marcelo y Nugent López-Chavez) la Ley interpretativa N° 26657, para el caso concreto de una nueva postulación a la Presidencia de la República, en el año 2000, del entonces Jefe de Estado Alberto Fujimori.

Temas Claves: Control difuso - interpretación auténtica - Ley Orgánica del Tribunal Constitucional - modelos de votación establecidos en tribunales constitucionales - reelección presidencial.

S-322

Que, cuatro Magistrados de este Tribunal se han abstenido, por haber adelantado opinión, dos a favor y dos en contra, respecto de la interpretación del artículo 112º de la Constitución sobre reelección presidencial cuyos fundamentos integran la presente sentencia y los otros tres han votado por declarar la inaplicabilidad de la Ley N° 26657 que interpreta dicha disposición constitucional.

Exp. 002-96-I/TC
Lima

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los tres días del mes de enero de mil novecientos noventisiete, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores:

NUGENT, PRESIDENTE,
ACOSTA SÁNCHEZ, VICEPRESIDENTE,
AGUIRRE ROCA,
DÍAZ VALVERDE,
REY TERRY,
REVOREDO MARSANO,
GARCÍA MARCELO,

Emite la siguiente sentencia, por mayoría, con los votos de los señores Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano, el fundamento adicional del voto, concordante con el de la mayoría, del señor Aguirre Roca, habiendo resuelto, al momento de la votación, no emitir los suyos, por los motivos que se señalan en los documentos adjuntos, que son parte integrante de la presente sentencia, los señores Nugent, Díaz Valverde, Acosta Sánchez y García Marcelo, en la Causa N° 002-96-I/TC, vista en la sede institucional de la ciudad de Lima, el día

veinte de noviembre de mil novecientos noventa y seis, con la presencia de los siete miembros de este Tribunal.

ASUNTO:

Demanda de inconstitucionalidad, interpuesta por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima, representado por su Decano, Doctor Vladimir Paz de la Barra, contra la Ley N° 26657, denominada de "interpretación auténtica" que interpreta el artículo 112° de la Constitución Política del Estado.

ANTECEDENTES:

1. Admitida a trámite con fecha veintitrés de setiembre de mil novecientos noventa y seis, por cuanto el Ilustre Colegio de Abogados de Lima acreditó su legitimación activa; el Congreso de la República absolvió el traslado el veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y seis, mediante escrito presentado por el señor Congresista Carlos Torres y Torres Lara, quien fuera designado como apoderado del Congreso ante este Tribunal, por acuerdo N° 093-96-1/ MESA-CR, tomado por la Mesa Directiva del Congreso, de fecha siete de octubre de mil novecientos noventa y seis.

2. La demanda de inconstitucionalidad se fundamenta principalmente en lo siguiente:

A) El Congreso de la República no puede realizar una interpretación auténtica de la Constitución, pues tal facultad está reservada para el órgano constituyente. La interpretación legislativa parlamentaria que le corresponde, está normada en el artículo 102° inciso 1) de la Constitución. Afirma que aún cuando inconstitucionalmente se admita que el Congreso de la República tiene facultad para interpretar los preceptos de la Constitución vigente, su papel de intérprete debió limitarse a "concretizar", comprender o extraer el significado del artículo 112° de la Constitución; mas no a modificar su contenido para adecuarlo, retroactivamente, a hechos pasados con la exclusiva finalidad de favorecer a una sola persona. Interpretar no significa sustituir al legislador.

B) La Ley N° 26657, tiene el agravante de producir efectos que atentan contra el orden jurídico constitucional, dado que: a) Pretende alterar el artículo 112°, con el pretexto de interpretarlo; b) Otorgarle una fuerza retroactiva para derogar un precepto constitucional; y, c) cambiar el camino de la reforma de la Constitución.

C) Constituye un principio general del derecho que las leyes son de carácter general, es decir, que tienen por finalidad normar la conducta humana en la sociedad. Sin embargo, por excepción, se pueden expedir leyes especiales en tanto así lo exija la naturaleza de las cosas, pero no por la diferencia de las personas, conforme se expresa en el primer acápite del artículo 103° de la Constitución de 1993. La ley N° 26657, no es una ley general. Es una ley especial, aprobada y promulgada para normar la conducta de una sola persona, favoreciéndola con el otorgamiento de un derecho y, de esta manera, diferenciándola con ventajas respecto de los demás habitantes del país.

D) Si bien es cierto que la ley N° 26657 se ampara en la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución, esta norma no constituye propiamente una Ley de Desarrollo Constitucional, más aún si dicha ley, en su artículo único, expresa que ésta se dicta a manera de interpretación auténtica del artículo 112° de la Constitución

E) Afirma el demandante que ya el ingeniero Alberto Fujimori ha tenido una reelección conforme a la actual Constitución, y señala que: 1) Fue electo Presidente Constitucional de Perú el 28 de Julio de 1990, al amparo de la Constitución de 1979, por el término de 05 años, de conformidad con el artículo 205° de la misma, período presidencial que concluyó el 28 de julio de 1995; 2) Que, el 05 de abril de 1992, se disuelve el Poder Legislativo y se interviene el Poder Judicial, pero que el Poder Ejecutivo mantiene su legitimidad de título y su legitimidad de ejercicio, de conformidad con la Carta Política de 1979; 3) Que, a finales de 1992 el Poder Ejecutivo convoca a elecciones nacionales para elegir a los integrantes del Congreso Constituyente Democrático, encargándole dictar la Nueva Constitución Política y legislar en materia ordinaria; 4) Que, con fecha 06 de enero de 1993, el Congreso Constituyente Democrático expide una ley constitucional, en cuyo artículo 1° declara la vigencia de la Carta Política de 1979, y, en su artículo 3°, establece que " El Presidente de la República elegido en 1990, en actual ejercicio, es el Jefe Constitucional del Estado y personifica a la Nación"; y que, con fecha 29 de diciembre de 1993, se promulga la actual Constitución Política.

Anota, además, que convocadas las elecciones políticas generales de 1995, el ingeniero Alberto Fujimori inscribe su candidatura a la Presidencia de la República y, ésta fue objeto de tacha, en la que se señala que "El nombrado señor, Alberto Fujimori, ha sido elegido Presidente del Perú, bajo la vigencia del artículo 205° de la Constitución de 1979, por cinco años y bajo la condición de no ser reelegido en el período inmediato, quiere decir que este dispositivo constitucional aún está vigente, ya que conforme a ella, el señor Fujimori sigue siendo Presidente por cinco años. Ahora, si el artículo 112° de la nueva Constitución establece la reelección inmediata, será aplicable para el señor Presidente que sea elegido el 09 de abril de 1995". Que, con fecha 26 de octubre de 1994, el Jurado Nacional de Elecciones expide la Resolución N° 172-94-JNE declarando infundada la tacha, considerando que: "la normatividad contenida en la Constitución Política de 1979 ha sido sustituida íntegramente por las disposiciones de la actual Constitución, en aplicación de su última Disposición Final, habiéndose cumplido, además, con el requisito de aprobación por referéndum. Que el artículo 112° de la Constitución Política del Estado de 1993, permite la reelección del Presidente de la República, sin establecer limitación alguna".

3. El apoderado del Congreso de la República, al absolver el traslado de la demanda, afirma que:

A) El Congreso sí puede realizar una interpretación de la Constitución, pues existen numerosos precedentes

en la legislación nacional; señala, además, que la Ley N° 26657 no modifica ningún concepto contenido en el artículo 112° de la Constitución, lo que hace es precisar el momento en que éste empieza a regir determinadas situaciones jurídicas. El demandante confunde la aclaración de un "conflicto de normas en el tiempo", es decir, la determinación de la fecha en que la norma empieza a regir determinadas situaciones y relaciones jurídicas, con la supuesta modificación del contenido de la norma.

B) La Ley no modifica ni altera el artículo 112° de la Constitución, se limita a interpretarlo. La ley no es retroactiva, el demandante confunde el concepto de retroactividad, pues le atribuye estos efectos a la ley N° 26657, mientras que, casualmente, esto es lo que ella trata de evitar. La aplicación retroactiva de una norma es aquella que se hace para regir hechos que tuvieron lugar antes de la ley que entra en vigencia.

Aplicación retroactiva sería dictar una disposición que señale que el artículo 112° se debe aplicar, entendiendo que en 1990 se inició el primer mandato del ingeniero Fujimori, según la Constitución de 1993 y que en 1995 se produjo su reelección conforme a la misma Carta Fundamental.

C) El capítulo de Principios Generales, del Título Preliminar de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, incorporado por ley N° 26654, es la norma general que desarrolla la disposición sobre la no retroactividad de las leyes prevista en el artículo 103° de la Constitución, estableciendo su aplicación obligatoria por toda autoridad del Estado "a todo procedimiento fuera del ámbito judicial". La ley N° 26657 es una ley especial que desarrolla en el ámbito de las Elecciones Generales, el citado principio de no retroactividad, ley especial que se ha dictado por la naturaleza de la materia que desarrolla, que es de rango constitucional y de la más alta importancia, pues precisa aspectos relativos a las elecciones generales que son la base de la democracia representativa consagrada en el artículo 43° de la Constitución como forma de Gobierno.

Afirma que la Ley N° 26657 es de carácter transitorio y se dicta en base a la necesidad de normar la aplicación en el tiempo del artículo 112° de la Constitución y evitar que se interprete que éste tiene efectos retroactivos en el cómputo de los mandatos presidenciales anteriores a la vigencia de la Constitución. Ante la ausencia de la correspondiente disposición transitoria, esta ley no establece ningún derecho, como afirma erróneamente el demandante, sino que se limita a precisar la aplicación en el tiempo del artículo 112° de la Constitución.

Precisa: "el demandante señala que se está favoreciendo a una persona, el actual Presidente de la República, otorgándole un derecho especial y de esta manera diferenciándolo respecto de los demás ciudadanos del país, cuando en realidad lo que hace la ley N° 26657, es poner en igualdad de condiciones a todos los peruanos ante la aplicación del artículo 112° de la Constitución,

precisando que éste se aplicará a partir de las elecciones generales de 1995 y no con retroactividad a 1990."

D) No existe incompatibilidad en que la ley se ampare simultáneamente en el artículo 102° de la Constitución, relativo a la facultad de interpretar las normas, y en la octava Disposición Final y Transitoria referente a la obligación de dar leyes de desarrollo constitucional sobre elección de autoridades. No existe impedimento o incompatibilidad desde el punto de vista doctrinario, jurisprudencial o legal para desarrollar una norma constitucional y a la vez aclarar aspectos oscuros de la misma sino todo lo contrario.

E) Frente al argumento de que ya el ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, ha tenido una reelección conforme a la actual Constitución, y que la Resolución N° 172-94-JNE, del Jurado Nacional de Elecciones, declaró infundada la tacha contra el candidato a la presidencia, interpretando que éste postulaba a la reelección, según el artículo 112° de la Constitución de 1993, se aduce que el Jurado Nacional de Elecciones adoptó una de las interpretaciones posibles: la que consideraba que el primer período presidencial comenzó en 1990 y la reelección sería en 1995. Sin embargo, a partir de la vigencia de la ley N° 26654 y la ley de desarrollo constitucional N° 26657, la única interpretación válida es que la reelección que permite el artículo 112° de la Constitución, está referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la vigencia de ella y en consecuencia no se tienen en cuenta, retroactivamente, los períodos presidenciales anteriores.

Habiéndose realizado la vista de la causa, escuchados los informes de las partes, y con la presencia de los siete magistrados, realizado el debate de los argumentos de hecho y derecho, que corren en autos, ha llegado el momento de sentenciar.

FUNDAMENTOS:

La Ley N° 26657, pretende realizar una interpretación "auténtica" del artículo 112° de la Constitución Política del Estado, precisando que la reelección "está referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación del referido texto constitucional", aspirando con ello a determinar que el sentido del artículo constitucional se encuentra, no en el texto claro de la norma, sino en tal interpretación; sin embargo, es necesario precisar que, por definición, una ley interpretativa es aquella que busca aclarar el sentido de una norma anterior, no desde que la disposición interpretativa es aprobada, -como afirma el señor representante del Congreso-, sino desde que el precepto interpretado entró en vigencia. La norma interpretativa nada crea, tiene como única finalidad aclarar una norma, a la que en modo alguno modifica, y no pretende innovar sino evitar el error de aplicación.

Hay que precisar, por ello, que la norma impugnada no aclara, ni modifica, ni toca el texto supuestamente interpretado del artículo 112° de la Constitución, sino que pretende dar a dicho numeral una especialísima y

harto sui-generis vigencia temporal, de suerte: a) que una parte de él -la que permitió la reelección del actual Jefe de Estado en 1995- sí rija desde que entró en vigencia la Carta Magna de 1993; y, b) que otra parte de él -la que no permite sino una reelección inmediata- no rija sino a partir de las Elecciones de 1995, no obstante que la vigente Carta de 1993 hace presente, en la Decimocuarta de sus Disposiciones Finales y Transitorias, que ella misma, es decir, en el caso, todo el artículo 112º, y no sólo una parte de él "...entra en vigencia conforme al resultado del referéndum..." (o sea desde el 31 de diciembre de 1993). Esta singularísima disección, no constituye, evidentemente, una interpretación del tenor mismo de la norma, sino, de un lado, una extraña división de ella en dos partes, y, de otro, el establecimiento de un sorprendente régimen transitorio que es, ciertamente, totalmente ajeno a su sentido original, que contradice, ostensiblemente, el preciso sentido de la Décimocuarta Disposición Final y Transitoria glosada líneas arriba, y que, en todo caso, de haberse querido, habría tenido que incorporarse, como tantas otras normas "transitorias" lo han sido, en la parte correspondiente de la misma Carta Magna, denominada, como se sabe "Disposiciones Finales y Transitorias".

Sin cuestionar la potestad legislativa de interpretación que el Parlamento no Constituyente posee y ejercita al dictar leyes de desarrollo constitucional, es jurídicamente inaceptable que, utilizando este sistema, se pretenda alterar, con carácter retroactivo, reñido con el artículo 103º de la Constitución, y en beneficio de una situación concreta, no sólo el sentido de lo expresado en el artículo 112º de la actual Constitución, sino el de la necesaria relación existente entre este artículo de la Carta Magna con el artículo 205º de la Constitución de 1979, cuyos efectos no pueden ser ignorados por el Tribunal al momento de resolver.

De la simple comparación de los artículos 112º de la Constitución vigente y 205º de la anterior, se desprende que:

- a) La Constitución anterior prohibía la reelección presidencial inmediata;
- b) La Constitución actual la permite, por una sola vez, debiendo transcurrir un período para que el Presidente reelecto pueda postular nuevamente; y
- c) La actual Constitución reguló y rigió la función presidencial del Jefe de Estado durante su primer período, desde el 31 de diciembre de 1993 hasta julio de 1995, y también regula y rige la función presidencial del segundo período, iniciado el 28 de julio de 1995.

El texto del artículo 112º de la Constitución no ofrece duda alguna, en relación a lo que el Constituyente de mil novecientos noventidós expresó con este dispositivo, esto es, que ningún Presidente Constitucional desempeñe el poder político, de modo legítimo, por más de diez años consecutivos (cinco correspondientes a la elección, y los cinco posteriores, a la reelección), no pudiéndose por vía diferente a la reforma constitucional, cuyo procedimiento

está expresamente establecido en la vigente Carta Política, modificar tal precepto.

El artículo 103º de la Constitución establece que pueden expedirse leyes especiales, por que así lo exija la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de las personas. En el caso "sub judice", el supuesto de la ley N° 26657, solo sería aplicable en las elecciones políticas generales a llevarse a cabo el año dos mil y, exclusivamente, para permitir la postulación de una persona.

En efecto, la Ley N° 26657, es una norma dictada en razón de la particular situación en la que se encuentra una sola persona, que al postular a la Presidencia en las elecciones políticas generales de mil novecientos noventicinco, desempeñaba ya el cargo de Presidente Constitucional de la República, elegido bajo el imperio de la Constitución de 1979 (período 1990-1995), la misma que prohibía la reelección inmediata; y, que, sin embargo, y por permitirlo la actual Carta Magna, pudo postular y ser reelecto para desempeñar nuevamente tal función (período 1995-2000), de modo tal que se encuentra facultado para desempeñar el poder político legítimamente, sólo durante diez años consecutivos.

El Congreso Constituyente Democrático, autor de la Constitución y, consecuentemente, llamado a interpretarla "auténticamente", expide, con fecha seis de enero de mil novecientos noventitris, una ley constitucional que, en su artículo primero, declara en vigencia la Constitución Política de 1979, y, en su artículo tercero, precisa que "el Presidente de la República elegido en mil novecientos noventa, en actual ejercicio, es el Jefe Constitucional del Estado y personifica a la Nación", con lo cual queda perfectamente esclarecido que el Congreso Constituyente reconoce que el actual Presidente de la República fue válidamente elegido en mil novecientos noventa, resultando irrita la interpretación de la Ley N° 26657 en el sentido que la primera elección se realizó en mil novecientos noventicinco; además, el mismo Congreso Constituyente Democrático promulgó la Ley N° 26430, de fecha cinco de enero de mil novecientos noventicinco, cuyo artículo primero establece normas aplicables al ciudadano que ejerza la Presidencia de la República y que postule a la reelección, expresando, textualmente, que: "a partir de los noventa días anteriores al acto de sufragio, el ciudadano que ejerza la Presidencia de la República y en virtud del artículo 112º de la Constitución postule a la reelección (...) ", ley que fue aplicada en dicho proceso electoral, que reguló el proceso de reelección; y a la que se sometió el ciudadano que actualmente ejerce la Presidencia de la República;

De conformidad con el artículo 181º de la Constitución del Estado, el Jurado Nacional de Elecciones, instancia última, definitiva e inapelable en asuntos de su jurisdicción, haciendo uso de esa suprema facultad, se pronunció mediante Resolución N° 172-94-JNE, de fecha veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, en el sentido de que el actual mandatario, al momento de postular a

la Presidencia de la República en el año de mil novecientos noventicinco, lo hacía procurando la reelección, situación ésta que también fue firmemente sostenida por la personera de la Alianza Electoral Cambio 90 - Nueva Mayoría, señora Martha Chávez Cossio de Ocampo, tanto en su defensa escrita, cuanto en su intervención oral ante el Pleno del Jurado, al ventilarse la tacha interpuesta contra la candidatura a la reelección de quien en ese momento desempeñaba la Presidencia de la República, cuya postulación a la reelección fue consagrada, en consecuencia, por la máxima instancia electoral, constituyendo la resolución correspondiente del Jurado cosa juzgada, irrevocable, irrecurrible e inmodificable, por cualquier vía, de modo que, por el camino indirecto de una ley ad-hoc, "interpretativa", no puede desconocerse su autoridad y vigencia, máxime siendo obligación del Presidente de la República, de conformidad con el artículo 118º, inciso 10), de la Constitución "cumplir y hacer cumplir las Resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones".

El Título Preliminar de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, fue incorporado al Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por el Decreto Supremo N° 02-94-JUS, por ley N° 26654, cuyos artículos I y III, señalan, respectivamente que: "En la aplicación de las leyes toda autoridad del Estado, en su respectivo ámbito, deberá cumplir con los principios a que se refiere el presente Título Preliminar, salvo disposición legal expresa en contrario", y "En todo acto o procedimiento debe observarse el ordenamiento legal vigente. Cuando una norma de Derecho Público condiciona el ejercicio de un derecho a hechos anteriores, sólo se tienen en cuenta los iniciados con posterioridad a la referida norma". Puede apreciarse, en consecuencia, que el ámbito de aplicación de las normas glosadas se circunscribe a actos administrativos, de modo que no es aplicable al caso presente, porque la elección presidencial no constituye acto administrativo, sino político, realizado por el pueblo soberano y no por un órgano del Estado.

Independientemente de los alcances del concepto de interpretación legal que se aplique, no es aceptable, por vulnerar el principio de razonabilidad de la norma, que ella pretenda reescribir la historia, alterando la ubicación temporal de los hechos, pues éstos no se interpretan sino se prueban, siendo objetivamente comprobables, en el caso "sub iudice", los hechos gravitantes en el caso, vale decir, que el Presidente Constitucional de la República fue electo, primero en 1990, y reelecto, después, en 1995.

Existiendo, por lo visto, ostensible incompatibilidad entre la Ley N° 26657, impugnada en la demanda, interpretativa del artículo 112º de la Constitución, y este mismo dispositivo, precisa que expresemos la base jurídica de este fallo. Hemos decidido aplicar el "control difuso" -derecho y obligación, constitucionalmente reconocidos a todos los jueces- y no el "control concentrado" -derecho

y deber exclusivos del Tribunal Constitucional- porque, en el Pleno Jurisdiccional, durante el debate de la causa, no se logró alcanzar el número de votos señalados en el artículo 4º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para la aplicación del "control concentrado", y no se consiguió el respaldo mayoritario para aplicarlo.

El hecho de que cuatro magistrados no hayan emitido voto, no quita a los tres votos emitidos a favor del control difuso, en aplicación del artículo 4º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, su carácter de mayoría indiscutible y, por tanto, de constitutivos de resolución, a mayor abundamiento, si se toma en cuenta que las abstenciones de dos de los magistrados se debieron a que habían adelantado opinión, y estas previas opiniones emitidas, pública y oficialmente, coinciden con este fallo en el sentido de que, con arreglo al texto original del artículo 112º de la Constitución vigente, el actual mandatario no puede postular a una tercera elección en el año 2000.

Como consecuencia de lo expuesto; y considerando que el señor Magistrado Guillermo Rey Terry no se encuentra impedido de conocer de esta causa por el hecho de haberse pronunciado, pública y formalmente, cuando integraba el Jurado Nacional de Elecciones, sobre los alcances del artículo 112º de la Constitución, ya que, en ese momento, no existía la ley interpretativa impugnada en estos autos; y que, según se ha indicado y demostrado líneas arriba, el único propósito de la norma cuestionada, consiste en habilitar la candidatura, por un tercer período constitucional consecutivo, del ya reelecto y actual Presidente del Perú; este Tribunal, en cumplimiento del artículo 138º de la Carta Política, y con arreglo al artículo 4º de su Ley Orgánica que lo faculta a resolver y adoptar acuerdos por mayoría simple de votos, salvo casos especiales, concordante con las Disposiciones Generales Primera y Segunda del mismo cuerpo legal, se ve obligado a declarar, en aplicación de las imperativas reglas del "control difuso" que todo órgano jurisdiccional se encuentra en el inexcusable deber de emplear en el ejercicio de sus funciones, INAPLICABLE la norma impugnada en la demanda; y, en consecuencia;

FALLA:

Declarando INAPLICABLE, por unanimidad de los votos emitidos, con las abstenciones indicadas, y en ejercicio de sus atribuciones de control difuso, la ley interpretativa N° 26657, para el caso concreto de una nueva postulación a la Presidencia de la República, en el año 2000, del actual Jefe de Estado.

S.S.

NUGENT, NO FIRMÓ
ACOSTA SANCHEZ, NO FIRMÓ.
AGUIRRE ROCA,
DÍAZ VALVERDE, NO FIRMÓ.
REY TERRY,
REVOREDO MARSANO,
GARCIA MARCELO, No firmó

**FUNDAMENTO ADICIONAL DEL VOTO,
CONCORDANTE CON EL DE LA MAYORÍA, QUE
TAMBIÉN SUSCRIBE, DEL DOCTOR MANUEL
AGUIRRE ROCA**

Estimo conveniente precisar que, a mi juicio, el concepto de irretroactividad que invoca en su defensa la parte demandada -y que constituye, obviamente, su argumento sine qua non- no es correcto, porque si bien las normas vigentes al momento de producirse los hechos y actos jurídicos, informan y rigen tales hechos y actos, el contenido de los derechos se rige, sucesivamente, por las normas vigentes en cada momento. Así, del mismo modo que quien contrae matrimonio en un régimen no divorcista, adquiere, ello no obstante, el derecho de divorciarse, si la nueva ley autoriza el divorcio; el Presidente que asume el mando con arreglo a una Constitución que impide la reelección, adquiere el derecho a la reelección, si una regla posterior la autoriza. De modo, pues, que si bien la condición de "casado", en un caso, y de "presidente", en el otro, fueron válidamente adquiridas según las leyes imperantes al momento de su nacimiento, el contenido de los derechos se rige por las leyes vigentes en el futuro. Es por esto que el Ing. Fujimori Fujimori pudo ser reelegido en el año de 1995, y no podrá serlo, mientras no se modifique la Constitución actual, en el proceso del año 2000, ya que el contenido de sus derechos, como presidente, a partir del 31 de diciembre de 1993, está regido -fatal e inexorablemente- por la Constitución de 1993, la cual no permite sino una reelección inmediata. Recuérdese, de paso, que todos y cada uno de los derechos del presidente de la República actual, están regidos por los dispositivos correspondientes (artículos 110 ss. y concordantes) de la Constitución de 1993, y que así ha sido, sin lugar a duda alguna, desde que dicha Constitución entró en vigencia, es decir, desde el 31/12/93. ¿Por qué, entonces, habría que pensar que el derecho a la reelección, no lo está? ¿De dónde sale esta idea? ¿Cuál puede ser el inescrutable fundamento de semejante excepción?

Quiero agregar que, a mi modo de ver, si bien, en el caso, procede la aplicación del mecanismo del "control difuso" elegido, por mayoría; ello no significa que no pueda aplicarse, ya en forma simultánea, ya en forma independiente, el del "control concentrado", según el cual, como se sabe, procede también declarar fundada la demanda, e inconstitucional la "ley interpretativa" impugnada en ella, tal como ya he tenido oportunidad de manifestarlo en la sentencia emitida por este mismo Tribunal, precisamente, en la demanda sobre la inconstitucionalidad de la parte correspondiente del glosado artículo 4º de la Ley N° 26435.

Creo, en efecto, que, en caso de discrepancia, la mayoría de este Tribunal siempre debe prevalecer sobre la minoría, pues tal es, necesariamente, el sentido de los artículos 201, 202 y concordantes de la Carta Magna -según los cuales quién decide y sentencia es el cuerpo colegiado, y no, evidentemente, su minoría-, los mismos que no pueden ceder el paso a la inadmisibles regla, claramente inconstitucional -y tan desconocida

como inimaginable en sede jurisdiccional-, del artículo 4º de la Ley N° 26435, según la cual, la minoría debe prevalecer sobre la mayoría, con el agravante de que así debe ocurrir sólo cuando se trate de permitir que la regla inferior -léase: ordenanza municipal, decreto de urgencia, o ley del Congreso- prevalezca sobre la Constitución, siendo así que la misión de este Tribunal es, precisamente, la contraria, vale decir, la de hacer prevalecer, con el pensamiento, el criterio y la decisión de su cuerpo colegiado, a la normatividad constitucional sobre las reglas de inferior jerarquía. Aceptar, pues, el inconstitucional criterio del glosado artículo 4º de la Ley N° 26435, no es sólo incumplir el claro y grave mandato constitucional, sino desnaturalizar, pervertir y esterilizar a este Tribunal, en el que tantas esperanzas, y con tanto derecho, hemos querido cifrar, no sólo los hombres de leyes sino, en verdad, todos los peruanos.

**MARIA LUZ VASQUEZ
SECRETARIA RELATORA**

**ABSTENCION FUNDAMENTADA DEL
MAGISTRADO PRESIDENTE**

SR. RICARDO NUGENT

Que, con posterioridad a la Resolución N° 172-94-JNE expedida por el Jurado Nacional de Elecciones el 26 de octubre de 1994 y cuando todavía no integraba este Supremo Tribunal Constitucional, he anticipado opinión sobre el fondo del asunto sub iudice, en algunos diarios de circulación nacional. Esta circunstancia es motivo, suficiente para perturbar la imparcialidad con que debe actuar un juez, en ejercicio de la función jurisdiccional; en consecuencia, por delicadeza y haciendo uso de la facultad que me confiere el artículo 313º del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente, como prescribe el Art. 63º de la Ley 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional, me abstengo de emitir pronunciamiento.

**RICARDO NUGENT,
PRESIDENTE
MARIA LUZ VASQUEZ
SECRETARIA RELATORA**

**ABSTENCION FUNDAMENTADA DEL
MAGISTRADO VICEPRESIDENTE Sr. FRANCISCO
JAVIER ACOSTA SANCHEZ**

El Vicepresidente, Magistrado del Tribunal Constitucional Doctor Francisco Javier Acosta Sánchez, manifiesta con relación a la Acción de Inconstitucionalidad N° 002-96-I/TC; que antes de expedirse la ley materia de acción, cuando ésta estaba en proyecto y en debate, emitió opinión sobre su constitucionalidad en diversos conversatorios y foros en los cuales participó en calidad de expositor, opinión que fue dada en forma pública, sin pensar, entonces, que se plantearía esta acción. Por tal razón, considero que se puede presumir haber parcialidad por mi parte en el momento de decidir, por lo que, al amparo de la ética jurisdiccional que debe primar en nuestro colegiado y con la facultad que me confiere

el artículo 63° de nuestra Ley Orgánica de aplicar supletoriamente el artículo 313° del Código Procesal Civil; me abstengo de emitir pronunciamiento sobre la acotada Acción de Inconstitucionalidad.

Lima, viernes 3 de enero de 1997

**FRANCISCO JAVIER ACOSTA SÁNCHEZ,
VICEPRESIDENTE DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
MARIA LUZ VASQUEZ
SECRETARIA RELATORA**

**ABSTENCION FUNDAMENTADA DEL
MAGISTRADO SEÑOR DOCTOR LUIS GUILLERMO
DIAZ VALVERDE**

El Magistrado que suscribe señor doctor Luis Guillermo Díaz Valverde, manifiesta que revisando los antecedentes personales comprueba que antes de integrar el Tribunal Constitucional, y desempeñando otros cargos como son el de Decano del Colegio de Abogados de Arequipa, y el de Presidente del Consejo Nacional de Decanos, en reiteradas oportunidades he anticipado opinión sobre el fondo de la cuestión controvertida de la Acción de Inconstitucionalidad Nro. 002-96-I/TC, que se han hecho públicos. Esta circunstancia considero que es motivo suficiente para perturbar la imparcialidad con que debe actuar un Juez, en ejercicio de la función jurisdiccional, en consecuencia, por delicadeza, y decoro, y haciendo uso de la facultad que me confiere el artículo 313° del Código

Procesal Civil aplicable supletoriamente de acuerdo al artículo 63° de la Ley 26435 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, me abstengo de emitir pronunciamiento sobre esta acción.

**LUIS GUILLERMO DIAZ VALVERDE,
MAGISTRADO
MARIA LUZ VASQUEZ
SECRETARIA RELATORA**

**ABSTENCION FUNDAMENTADA DEL
MAGISTRADO JOSE GARCIA MARCELO**

Atendiendo:

A que con anterioridad a la presentación de la demanda de inconstitucionalidad de la Ley 26657, sobre interpretación auténtica del artículo 112° de la Constitución política del Estado, el suscrito Magistrado ha adelantado opinión en favor, tanto en el ejercicio de la cátedra universitaria como en diversos foros; en consecuencia, por delicadeza y haciendo uso de la facultad que me confiere el artículo 313° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente, como prescribe el artículo 63° de la Ley 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional, me abstengo de emitir pronunciamiento en el caso sub judice.

**JOSE GARCIA MARCELO
MARIA LUZ VASQUEZ
SECRETARIA RELATORA**

Exp. N° 0004-1996-I/TC [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por 36 Congresistas de la República. Se confirma la constitucionalidad de la Ley N.º 26637, ley que modifica la administración del programa municipal del vaso de leche].

Fecha de Resolución: 03 de enero de 1997

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 25 de enero de 1997

Resumen: El Tribunal Constitucional (TC) declaró infundada la demanda interpuesta contra la Ley N° 26637, Ley que modifica la administración del programa municipal del vaso de leche, a cargo de las Municipalidades Provinciales de Lima y Callao, el cual pasó a ser administrado conjuntamente por las municipalidades distritales, debiendo el Ministerio de Economía y Finanzas aprobar los fondos que se transfieran a dichos gobiernos locales.

En la presente sentencia se analizó la impugnación, entre otras disposiciones, del artículo 4° de la Ley N° 26637 que señalaba literalmente que "Las Municipalidades (...) organizan y determinan los clubes de madres o comités del vaso de leche que se encargarán de la atención del programa", toda vez que los demandantes alegaron que el mencionado precepto vulneraba el derecho de asociación (artículo 2º, inciso 13 de la Constitución) de las personas que libremente quisieran constituir clubes de madres o comités del vaso de leche.

Al respecto, el Tribunal señaló que cuando el referido precepto atribuye a las municipalidades la facultad de "organizar y determinar" los clubes de madres o comités del vaso de leche que se encargarán de la atención al programa, no está confiéndoles la facultad de sustituirse a la iniciativa individual en la constitución de dichos clubes de madres o comités del vaso de leche; sino que solo se está haciendo mención a las atribuciones que se les ha confiado a los gobiernos locales, para establecer o reformar ciertas reglas, términos y condiciones a las que necesariamente se deberán de sujetar tales organizaciones, sin reformar su estructura institucional, lo cual sería inconstitucional.

Si el Colegiado hubiese sancionado la aparente inconstitucionalidad del precepto por violar el artículo 2º inciso 13 de la Constitución (derecho de asociación), sin compatibilizarlo por vía interpretativa con la Norma Fundamental, se habría paralizado el programa del vaso de leche, por ausencia de regulación al respecto, con la consecuente afectación del derecho y deber de los padres de alimentar a sus hijos (artículo 6º), el derecho a la salud de éstos (artículo 7º), entre otros bienes constitucionalmente protegidos. Desde luego, no se trató de una labor legislativa del TC, sino de la inherente función razonablemente creadora de toda labor interpretativa, la cual, dentro de los límites impuestos por el texto de la ley, depura su ámbito normativo para compatibilizarlo con la Constitución.

Temas Claves: Administración del programa municipal del vaso de leche - autonomía administrativa de las municipalidades - derecho de asociación - derecho de igualdad.

S-324

Derecho de Asociación

El inciso 13) del artículo 2º de la Constitución reconoce, concretamente, por un lado, el derecho de asociación, como atributo de todas las personas, naturales o jurídicas, a asociarse libremente, sin autorización previa y con arreglo a la ley, con el objeto de participar en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, conforme se especifica en el inciso 17) del mismo artículo de la Carta. Y, de otro lado, configura la garantía institucional de la Asociación, como forma de organización jurídica constituida como consecuencia del ejercicio del derecho de asociación, limitado en los fines que se propone, los que no serán de lucro.

EXP. 004-96-I/TC

VASO DE LECHE

Lima

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a tres de enero de mil novecientos noventa y siete, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados:

**NUGENT, PRESIDENTE,
ACOSTA SÁNCHEZ, VICEPRESIDENTE,
AGUIRRE ROCA,
DÍAZ VALVERDE,
REY TERRY,
REVOREDO MARSANO,
GARCÍA MARCELO**

actuando como Secretaria la doctora María Luz Vásquez, emite la siguiente sentencia; con el voto singular del Magistrado Señor Aguirre Roca,

ASUNTO:

Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por treinta y tres Congresistas contra la Ley 26637, que modifica la administración del programa municipal del vaso de leche.

ANTECEDENTES:

Treinta y tres Congresistas de la República, debidamente acreditados, interponen demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 26637, que modifica la administración del programa municipal del vaso de leche.

Amparan su pretensión en lo dispuesto por los artículos 2º, incisos 2 y 13, 78º, 191º, 200º y 203º, inciso 4, de la Constitución; en lo dispuesto por los artículos 20º, 21º, y 22º de la Ley 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional; así como en lo previsto por las Leyes 26618, 26619 y en el Reglamento del Congreso de la República.

Sostienen los demandantes que la Ley 26637 es inconstitucional por vulnerar los artículos 2º, incisos 2º y 13º, 78º y 191º de la Carta Magna, que reconocen los derechos de igualdad y de asociación, así como la facultad de iniciativa legislativa del Poder Ejecutivo en

materia presupuestal y la autonomía administrativa de las municipalidades, respectivamente. Los fundamentos en que apoyan su pretensión son los siguientes:

a) Refieren, en primer lugar, que el segundo párrafo del artículo 4º de la Ley 26637, al facultar a las municipalidades provinciales, en los distritos capital de la provincia, y las municipalidades distritales en su jurisdicción, a que "organicen y determin(e)n" los clubes de madres o comités del vaso de leche que se encargarán de la atención del referido programa, vulnera la libertad de asociación, pues las municipalidades no pueden inmiscuirse en los asuntos privados, organizándolos, ya que su constitución se debe a una decisión autónoma de las madres de familia.

b) Sostienen, igualmente, que el segundo párrafo del artículo 4º de la ley cuestionada, vulnera el derecho a la igualdad, previsto en el inciso 2º del artículo 2º de la Constitución, pues su redacción abre las puertas a la posibilidad que los comités de vaso de leche que no reúnan los requisitos exigidos por el grupo político a cargo de la municipalidad distrital correspondiente, o los no organizados en los comités o clubes de madres, sean discriminados en el reparto de leche. Aluden que dicha situación no ocurría con los alcances de la Ley 24059, pues allí no se estableció el requisito de la inscripción previa en algún comité o club de madres, ni tampoco la necesidad de cumplir ciertos requerimientos ante las municipalidades.

c) Asimismo, señalan que la Ley 26637 viola la autonomía administrativa de las municipalidades, consagrada en el artículo 191º de la Constitución y desarrollada por el artículo 2º de la Ley 23853, Orgánica de Municipalidades, ya que de conformidad con ella se permite a los gobiernos locales que, de acuerdo a sus particularidades geográficas, demográficas, económicas y culturales, determinen la forma y el modo en que se organizan para administrar sus recursos y brindar los servicios que requieren sus vecinos. Dicha ley, en el primer párrafo del artículo 4º, al prever que "en cada Consejo Distrital se organizará un Comité de Administración del Programa del Vaso de Leche, aprobado por Decreto de Alcaldía", no está desarrollando una norma general de funcionamiento para el sector público, sino invadiendo la autonomía administrativa de las municipalidades en asuntos de su competencia, señalándosele la manera conforme a la cual se deberá de organizar para brindar dicho servicio.

Adicionalmente a ello, y dada la naturaleza propia de la ley, dichos gobiernos locales se verán obligados a efectuar gastos de infraestructura y administración, por lo que entienden que la partida presupuestal asignada al programa del vaso de leche se verá disminuida, y en consecuencia serían atendidos menos beneficiarios.

d) Recuerdan, de otro lado, que la Ley 26637, al modificar el artículo 33 de la Ley del Presupuesto del sector público vigente, y aprobar una reestructuración del programa del vaso de leche, que transfiera asignaciones que estaban destinadas a las unidades ejecutoras constituidas por las municipalidades provinciales de Lima y Callao, para

que el Ministerio de Economía y Finanzas las subdivide y gire fondos a las municipalidades distritales de las referidas provincias, convertidas en nuevas unidades ejecutoras presupuestales, tiene vicios formales de inconstitucionalidad, pues, conforme lo dispone el artículo 78° de la Constitución, la iniciativa en la formación y en la modificación de las normas presupuestarias las tiene el Poder Ejecutivo, y no los representantes del Congreso de la República. Vulnera, además, el artículo 79° de la Constitución, pues allí se prevé que los congresistas no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo los que se refieren a su presupuesto.

Pues bien, aducen que la Ley 26637 que se cuestiona, tuvo su origen en el Proyecto de Ley N° 1405/95-CR, por iniciativa de las congresistas Martha Chávez Cossio de Ocampo y Carmen Lozada de Gamboa, y no en un proyecto remitido por el Poder Ejecutivo. Del mismo modo, recuerdan, no se ha respetado lo previsto en el segundo párrafo del artículo 43° de la Ley 26199, de Marco del Proceso Presupuestal, que contempla la obligación de que las transferencias de asignaciones sean autorizadas por las Jefaturas del Programa de la Unidad Ejecutora de actividades y proyectos, que en el caso de autos deberían haber sido realizadas por los jefes de los programas del vaso de leche de las municipalidades provinciales de Lima y el Callao.

e) De otro lado, aluden que durante el proceso de formación de la Ley 26637, la Comisión de Presupuesto y Cuenta General del Congreso violó la ley marco del proceso presupuestal, signada con el número 26199, ya que en transgresión de los artículos 11 y 19 de ella, la aprobación y sanción de la ley cuestionada rompió la unidad de la ley de presupuesto y el principio de periodicidad anual al darle una vigencia indeterminada, cuando la ley del presupuesto debía de concluir el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y seis; y porque no se cumplió con recabar la opinión del director general de presupuesto público respecto del proyecto de ley, cuando tales asuntos se encuentran entre sus competencias.

f) Finalmente, refieren que en el proceso de formación de la ley cuestionada se incumplió con el artículo 75 del Reglamento del Congreso, que exige el acompañamiento de los proyectos de ley, de una exposición de motivos donde se detalle los fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone en la legislación nacional, el análisis de costo-beneficio de la futura norma-legal y la fórmula legal respectiva. Tal transgresión se habría producido como consecuencia de no haberse acompañado al proyecto 1405/95-CR presentado por las congresistas Martha Chávez y Lozada de Gamboa, los fundamentos técnicos, el análisis de costo-beneficio y el impacto que provocaría dicha norma.

Absolviendo el trámite de contestación de la demanda, el Congreso de la República, debidamente presentada por la Congresista Martha Chávez Cossio, la niega y contradice en todos los fundamentos de hecho y derecho, en los siguientes términos:

a) Porque la sanción de la Ley 26637, completó el proceso de distritalización a nivel nacional de la administración del programa del vaso de leche, pues en la tercera de las disposiciones finales y transitorias de la ley de presupuesto del sector público del año mil novecientos noventa y cuatro, se había previsto que a partir de aquel año serían los municipios distritales los que tendrían la responsabilidad de administrar tales recursos. Con la aprobación de la Ley 26637, que no ha significado incrementar mayores gastos, sino desdoblarse un programa, se ha perfeccionado el proceso de distritalización, y al mismo tiempo, cumplido con lo previsto en el artículo 188 de la Constitución, que establece que la descentralización es un proceso permanente que tiene por objetivo el desarrollo integral del país.

b) La Ley 26637, en ninguna de sus disposiciones, impide, prohíbe o limita la existencia de los clubes de madres o comités del vaso de leche, y por tanto no afecta el derecho de asociación previsto en el inciso 13° del artículo 2° de la Constitución. Refieren que el segundo párrafo del artículo 4° de la ley cuestionada, en realidad pretende distinguir entre la gestión administrativa, que debe quedar bajo la autoridad y responsabilidad del Alcalde y del Concejo, y la organización social encargada de la atención del programa, previendo a tal efecto una serie de reglas, requisitos y exigencias con el objeto de asegurar una utilización eficiente y honesta de los recursos que el programa demande. Aún si el sentido del referido artículo 4° de la ley fuese el que esgrimen los accionantes, ello no significa que se impida o limite que personas (naturales o jurídicas), puedan igualmente crearlas, y que dichas organizaciones continúen funcionando sin problema alguno; ni tampoco que se limite el acceso de la población a obtener las prestaciones provenientes del programa, ya que continuarían recibiendo a través de las entidades organizadas.

c) En el mismo sentido, alega que no se viola el derecho de igualdad, pues la Ley 26637 elimina el tratamiento diferenciado que existe respecto a la administración y gestión de los recursos del vaso de leche entre los municipios distritales de todo el país, excepto los de las provincias de Lima y Callao, que tenían un régimen transitorio, impidiéndose y mediatizándose la fiscalización ciudadana.

d) Observa que tampoco existe violación a la autonomía administrativa de las municipalidades previsto en el artículo 191° de la Constitución, pues precisamente la Ley 26637 al haber dado a las municipalidades distritales la administración del programa, lo que en realidad ha hecho es perfeccionar el pleno cumplimiento de las previsiones constitucionales.

e) Refiere que tampoco se han violado los artículos 78° y 79° de la Constitución, pues con la aprobación de la Ley 26637 no se ha generado o aumentado gasto alguno que repercuta en el Presupuesto de la República, ya que lo único que se ha hecho es que el programa presupuestal del vaso de leche de estas provincias se haya desdoblado en tantos sub-programas como distritos

tengan; no constituyendo, por tanto, una ley que fomente créditos suplementarios, habilitaciones o transferencias de partidas entre distintos pliegos presupuestales, pues constituye una subdivisión dentro de un mismo pliego presupuestal.

f) Finalmente, resalta que en nuestro ordenamiento jurídico no existe norma alguna que obligue al Congreso de la República que para el ejercicio de sus atribuciones legislativas, tenga que recabar previamente la opinión de algún otro ente, salvo en aquellos supuestos a los que se alude en el segundo y tercer párrafo del artículo 79° de la Constitución, pero que no son aplicables al caso de autos pues allí se alude a normas de tipo tributario. En el mismo sentido, recuerda que el proyecto de ley prevé una parte considerativa donde se aprecia no sólo la atención a un problema existente sino también a la fundamentación técnica económica y el análisis de costo-beneficio pertinente.

Habiéndose visto la causa el día veintiuno de noviembre de mil novecientos noventa y seis, los autos son sometidos al Pleno Jurisdiccional para su deliberación.

FUNDAMENTOS:

Considerando:

1. Naturaleza de los asuntos del petitorio

Que, del petitorio de la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta, se desprende que con ella se persigue obtener de este Colegiado un pronunciamiento sobre la validez constitucional de la Ley 26637, la que se alega ser inconstitucional, de un lado, por la forma, pues dicha norma legal habría transgredido el procedimiento de iniciativa y aprobación al que se encuentra sujeto la ley del presupuesto, ya que habría modificado ésta; y, de otro, por el fondo, en lo que respecta a la violación de los derechos de igualdad y de asociación, y a la garantía institucional de la autonomía administrativa de las municipalidades.

2. Análisis de las cuestiones de forma

a) La Ley del Presupuesto, en cuanto acto legislativo mediante el cual se prevé la planificación de la actividad económica y financiera del Estado, detallándose los gastos que el Poder Ejecutivo podrá realizar en el año presupuestal, y los ingresos necesarios para cubrirlos, de conformidad con los artículos 77° y 78° de la Constitución, la aprueba el Congreso tras la remisión del proyecto a éste por el Presidente de la República, encontrándose vedada la facultad de iniciativa de los representantes ante el Congreso para crear o aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto, según dispone el artículo 79° de la Carta Magna. En el mismo sentido, el artículo 80° de la Constitución prescribe que los créditos suplementarios, las habilitaciones y transferencias de partidas presupuestales se tramitan ante el Congreso, respetándose las mismas previsiones establecidas para la aprobación de la Ley del Presupuesto.

b) El Congreso de la República aprobó y sancionó la Ley 26637, por la cual, en sus artículos 1°, 2° y 3°, realiza

una modificación de la administración del programa municipal del vaso de leche, que de conformidad con el segundo párrafo del artículo 33° de la Ley 26553, se encontraba a cargo de las municipalidades provinciales de Lima y el Callao. Desde el primero de octubre del mismo año, pasó a ser administrado conjuntamente por las municipalidades distritales, previéndose a tal efecto que el Ministerio de Economía y Finanzas apruebe los fondos que se transferirán a dichos gobiernos locales, aplicando los índices que se utilizan para las demás municipalidades del país, los que en ningún caso podrán ser menores a los aprobados en la Ley del Presupuesto vigente.

c) Que, la modificación en la administración del programa del vaso de leche prevista por la Ley 26637, no modifica la Ley del Presupuesto de mil novecientos noventa y seis, porque no ha significado que se produzca una transferencia de partidas en los niveles de estructura del presupuesto, a los que se refieren los artículos 5°, 29° y 40° de la Ley 26199, norma marco del proceso presupuestario para el sector público, para cuyo caso, conforme se estipula en el tercer párrafo del artículo 80° de la Constitución, se exige seguir el mismo procedimiento para la aprobación de la Ley del Presupuesto; pues, respetándose las asignaciones económicas previstas por dicha Ley del Presupuesto al programa municipal del vaso de leche, lo que la ley cuestionada ha hecho, es incluir en el ámbito de la titularidad del ejercicio de las unidades ejecutoras del programa a las municipalidades distritales, las que ahora, conjuntamente con las municipalidades provinciales de Lima y el Callao, se encargarán de administrar la prestación de dicho servicio.

d) En ese sentido, este Colegiado estima que no se ha producido una reestructuración del programa del vaso de leche el cual se haya transferido asignaciones que administraran las municipalidades provinciales de Lima y el Callao al Ministerio de Economía, para que sea este órgano de la Administración Pública quien gire los fondos necesarios para la prestación del servicio a las municipalidades distritales, sin que estos gobiernos locales se conviertan en "nuevas" unidades ejecutoras presupuestales del programa. Pues, aún antes de promulgarse la Ley 26637, y encontrarse vigente el segundo párrafo del artículo 33° de la Ley 26553, era el Ministerio de Economía y Finanzas el que "autorizaba los calendarios de compromisos y los giros de los recursos asignados al programa del vaso de leche", tanto en el nivel de concejos distritales y provinciales de toda la República, como en el caso de las municipalidades provinciales de Lima y el Callao, cuyos índices de distribución se encontraban sujetos a un régimen de excepción.

Tampoco las municipalidades distritales, por virtud de la Ley 26637, se han convertido en "nuevas" unidades ejecutoras del programa tantas veces mencionado, en desmedro o sustitución de las municipalidades provinciales de Lima y el Callao, pues, además de lo que ya se ha anotado, de ninguno de los artículos de la ley cuestionada se desprende la intención del legislador de sustituir, negar o desplazar a estos gobiernos locales de la administración del programa del vaso de leche, en los

ámbitos propios de su jurisdicción; ya que, conforme fluye específicamente de su artículo 2º, la administración y ejecución del programa, previa aprobación y transferencia de fondos, las realizarán las municipalidades provinciales aludidas, conjuntamente con las de carácter distrital, para cuyo efecto el Ministerio de Economía deberá aplicar los índices que para el caso se utiliza en las demás municipalidades del país.

e) Que, en tal virtud, la iniciativa legislativa que ejercieron las congresistas Martha Chávez Cossio y Carmen Lozada de Gamboa, al amparo del primer párrafo del artículo 107º de la Constitución que les reconoce tal facultad, y que se materializará con el proyecto de ley signado con el número 1405/95-CR, al no haber contemplado la creación ni el aumento de gastos públicos en la Ley del Presupuesto, cuya iniciativa únicamente corresponde al Poder Ejecutivo, conforme lo prevén los artículos 78º y 79º de la Constitución, y los artículos 27º y 28º de la Ley 26199; ni tampoco haber previsto créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas, cuya iniciativa también es una facultad del Poder Ejecutivo que se encuentra sujeta al mismo procedimiento previsto para la aprobación de la Ley del Presupuesto, según dispone el artículo 80º de la Carta Magna; no ha vulnerado ninguno de los preceptos de la Constitución aludidos, por lo que no se ha incurrido en alguno de los vicios previstos en el inciso 2º del artículo 21º de la Ley Orgánica de este Tribunal.

f) Que, asimismo, tampoco se ha vulnerado el principio de periodicidad anual al que se encuentra sometida la misma Ley del Presupuesto, y que se desprende del primer párrafo del artículo 77º de la Constitución y del artículo 11º de la Ley 26199, pues conforme con aquellas el período de vigencia de la Ley del Presupuesto es anual y coincide con el año calendario, por lo que la Ley 26637 extiende su vigencia al mismo período en que rige la Ley 26553.

g) Finalmente, ha de observarse que las alegaciones en torno a la transgresión de las formas previstas en la Ley 26199, referidas a la omisión de haberse recabado la solicitud de la opinión del director general del presupuesto público y la de otros funcionarios, así como la vulneración del artículo 75 del Reglamento del Congreso, que especifica el cumplimiento de determinados requisitos a los efectos de ejercitarse la facultad de iniciativa legislativa por los Congresistas, al no encontrarse comprendidas dentro del ámbito de aquellas normas que determinan la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado, no forman parte del "bloque de constitucionalidad", según lo previsto en el artículo 22º de la Ley Orgánica de este Colegiado, por lo que la evaluación de su alegada vulneración, es una cuestión que no se encuentra dentro de las competencias asignadas por el artículo 202º a este Supremo intérprete de la Constitución.

3. Análisis de las cuestiones de fondo:

3. 1.Derecho de Asociación

a) El inciso 13º del artículo 2º de la Constitución reconoce, concretamente, por un lado, el derecho de

asociación, como atributo de todas las personas, naturales o jurídicas, a asociarse libremente, sin autorización previa y con arreglo a la ley, con el objeto de participar en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, conforme se especifica en el inciso 17º del mismo artículo de la Carta. Y, de otro lado, configura la garantía institucional de la Asociación, como forma de organización jurídica, constituida como consecuencia del ejercicio del derecho de asociación, limitado en los fines que se propone, los que no serán de lucro. Se trata pues, de una organización protegida por la Constitución, que, a diferencia de los órganos constitucionales, cuya regulación se hace en el propio texto constitucional, y su desarrollo se deja al ámbito de la ley orgánica, en ésta la configuración constitucional concreta de ella se ha dejado al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el respeto del núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza

b) Pues bien, el petitorio de la demanda interpuesta se encuentra dirigido a impugnar el segundo párrafo del artículo 4º de la Ley 26637, por un lado, porque se estima vulnera el contenido esencial de la asociación en cuanto institución protegida, y de otro, el derecho de asociación de las personas que libremente quisieran constituir clubes de madres o comités del vaso de leche. Tal cuestionamiento, proviene del hecho, como subrayan los accionantes, que por mandato de dicho precepto se facultaría a organizar y determinar a las municipalidades provinciales y distritales los clubes de madres o comités del vaso de leche.

c) En primer lugar, es de señalarse que, cuando el segundo párrafo del artículo 4º atribuye a las municipalidades provinciales o distritales la facultad de "organizar y determinar" los clubes de madres o comités del vaso de leche que se encargarán de la atención al programa, no está confiriéndole la atribución de sustituirse a la iniciativa individual en la constitución de dichos clubes de madres o comités del vaso de leche (organizaciones de base, como las denomina la Ley 25307) que importaría un mandato legal constitucionalmente inválido. Por el contrario, cuando dicho precepto alude a que los mencionados gobiernos locales "organizan" y "determinan" los clubes de madres o comités del vaso de leche, se está refiriendo a las atribuciones que se les ha confiado para establecer o reformar ciertas reglas, términos y condiciones a las que necesariamente se deberán de sujetar tales organizaciones, no con el objeto de reformar su estructura institucional, lo cual significaría una injerencia intolerable, arbitraria y desproporcionada de un ente extraño a la propia organización, y por tanto inconstitucional; sino a las condiciones mismas de acceso a la prestación del programa, cuya administración se les ha confiado.

d) Tal conclusión también se desprende de la concordancia armónica de los artículos 1º, 2º, 3º y 4º de la Ley 25307 que, en general, dispone que las organizaciones de base, entre las que se encuentran los clubes de madre y los comités del vaso de leche, tienen per se existencia legal y personería jurídica propia, encontrándose obligadas, a

efectos de que se les reconozca como tales, a inscribirse en los registros públicos regionales y provinciales, según sea el caso. Más aún, de conformidad con el referido artículo 2º de esta ley, la inscripción en los registros públicos correspondientes es un acto meramente declarativo y no constitutivo de su existencia legal y de su personería jurídica; lo que indudablemente demuestra que la utilización de los verbos organizar y determinar que utiliza el segundo párrafo del artículo 4º de la Ley 26637 no tiene por objeto facultar a las municipalidades provinciales o distritales a abolir, modificar, reestructurar o disolver la estructura de tales organizaciones de base, y vulnerar así, la garantía institucional de la Asociación o el propio derecho de asociarse.

3.2. Derecho de igualdad

a) Se alega, igualmente, que cuando el segundo párrafo del artículo 4º de la Ley 26637 dispone que las municipalidades provinciales y distritales "determinan" los clubes de madres o comités del vaso de leche que se encargarán de la atención del programa, se abre la posibilidad de que tales organizaciones de base que no reúnan los requisitos o condiciones que habrán de desarrollar dichos gobiernos locales, o los beneficiarios que no se encuentren organizados, serían discriminados en el acceso a la prestación del contenido del programa del vaso de leche, por lo que se vulneraría el inciso 2º del artículo 2º de la Constitución, que reconoce el derecho y el principio constitucional de la igualdad.

b) Pues bien, en primer lugar, se tiene que rescatar que cuando el párrafo del precepto impugnado persigue que las unidades ejecutoras presupuestales del programa del vaso de leche, esto es, las municipalidades provinciales y distritales, fijen el cumplimiento de determinados requisitos o condiciones a efectos de que puedan acceder a la prestación de dicho servicio, lo hace con la finalidad, legal y constitucionalmente válida, que de esa manera se produzca un control legítimo sobre la forma y el modo en que se emplean las asignaciones económicas que el Estado autoriza, pues tales unidades ejecutoras del programa del vaso de leche, al final del año presupuestal, de conformidad con el artículo 82º de la Constitución, deberán ser supervisadas por la Contraloría General de la República.

c) En segundo lugar, precisar que, conforme se prevé en el artículo 1º de la Ley 24059, el programa municipal del vaso de leche no tiene por objeto asistir a los comités del vaso de leche o los clubes de madres, que son personas jurídicas, sino a la población materno - infantil, y, en general, a las personas que requieran de dicho servicio; constituyendo dichas organizaciones de base no los directamente beneficiados, sino antes que agrupan, ayudan y canalizan que el programa llegue en forma eficaz a los sectores más pobres. En consecuencia, no se discrimina en la asistencia del programa a quienes integran los clubes de madres o comités de leche, pues, conforme se tiene dicho, la previsión de dicho programa por el Estado está configurado para atender las necesidades urgentes de las personas naturales a quienes

la ley estima como beneficiarios, independientemente de su pertenencia (o no) a una u otra organización de base.

3.3. Autonomía administrativa de las municipalidades

a) Que, del mismo modo, se alega que el artículo 4º de la Ley 26637, al disponer que "En cada Concejo Distrital se conformará un Comité de Administración del Programa del Vaso de Leche, aprobado mediante Resolución de Alcaldía, con acuerdo del Concejo Municipal", habría vulnerado el artículo 191º de la Constitución, que garantiza la autonomía administrativa de las municipalidades.

b) El artículo 191º de la Constitución reconoce la garantía institucional de la autonomía municipal, en tres aspectos concretos: política, económica y administrativa. Se trata pues, de una garantía que el constituyente ha querido preservar para las municipalidades, confiriéndole protección constitucional contra su supresión y vaciamiento de sustancia, al limitar la intervención de los órganos legislativo y ejecutivo en la regulación de los asuntos públicos que son de su competencia. Como toda garantía institucional, la autonomía municipal es susceptible de ser objeto, en virtud de una ley, de desarrollo, regulación y limitaciones en su contenido, siempre que ellos se realicen dentro de los límites del orden competencial que la Constitución prevé y en respeto del contenido esencial de la institución, que no puede ser alterado.

c) Pues bien, a juicio de este Colegiado, el artículo 4º de la Ley 26637 no vulnera la autonomía administrativa de las municipalidades, pues el no impone ni establece un determinado sistema de organización administrativa conforme al cual han de prestar el servicio del programa del vaso de leche, sino que se limita únicamente a enunciar la conformación de un Comité de Administración del citado programa, en términos tan amplios, de manera tal que les permita, a cada uno de ellos, conjunta o indistintamente, concretizar entre otros aspectos, aquellos que se refieren a su composición y las atribuciones de éstos, con el único afán de mejorar los mecanismos de control y fiscalización por el órgano rector del sistema nacional de control, conforme se prevé en el tercer párrafo del artículo 33º de la Ley 26553.

En ese sentido también se inscribe el hecho de que el Comité de Administración del vaso de leche, que prevé el artículo 4º de la Ley 26637, tenga que ser aprobado por acuerdo del Concejo Municipal, mediante resolución de alcaldía, es decir, con la libre autodeterminación de los órganos de gobierno de las municipalidades, y no con la intervención, instrucción o tutela de alguna institución extra-municipal.

d) Al no tener la garantía institucional de la autonomía administrativa de las municipalidades el carácter de absoluto, sino encontrarse sometido a limitaciones, en cuanto órganos del Estado de carácter vecinal, el órgano legislativo se encuentra en la libertad de dar forma, acuñar, estructurar y concretizar los términos en los que debe entenderse tal autonomía, sin que ello importe,

naturalmente, que el Estado les imponga instrucciones y les preste tutela, en la facultad de las municipalidades de autodeterminación responsable, esto es, en la libertad de decisión para hacer frente a las tareas que son de su competencia; como, en efecto, en el caso de autos se ha respetado.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que la Constitución y su Ley Orgánica le confieren,

FALLA:

Declarando infundada, en todos sus extremos, la demanda interpuesta por treinta y tres congresistas contra la Ley 26637, y dispuso la publicación de esta sentencia en el diario oficial "El Peruano".

S.S.

**NUGENT
ACOSTA SANCHEZ
DIAZ VALVERDE
REY TERRY
REVOREDO MARSANO
GARCIA MARCELO**

**VOTO SINGULAR DEL SR. MAGISTRADO MANUEL
AGUIRRE ROCA**

Por los sólidos fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, complementados en los correspondientes informes orales, presentados a la vista de la causa a mi juicio no desvirtuados por los importantes argumentos, muy dignos de consideración, de la parte demandada; y, especialmente:

Considerando: Que el servicio del Vaso de Leche que la ley impugnada pretende modificar radicalmente, ha venido siendo organizado, promovido, dirigido y supervisado -durante largos años- por los Concejos Provinciales de Lima y del Callao; que las modificaciones que la Ley N° 26637 pretende introducir, no cuentan con el apoyo de dichas comunas, las cuales, antes por

el contrario, las consideran lesivas a los derechos de autonomía que la Constitución les otorga en sus artículos 191, 192 y concordantes, así como en las disposiciones complementarias de la Ley Orgánica de Municipalidades; Que no es razonable que, de un momento a otro, en forma improvisada, y de modo inconsulto y unilateral, mediante la ley impugnada, por consideraciones carentes de mayor sustento técnico, se pretenda arrebatar la organización, dirección, promoción y supervisión de un servicio tan importante, que viene funcionando eficazmente, y en contra de su voluntad, a los correspondientes concejos; Que, además, el trastorno que los cambios, tan súbitos como profundos, que la Ley 26637 pretende introducir, no sólo tienen que afectar la prestación del servicio mismo, sino que, por repercusión, afectan, también, a los órganos creados -y en funcionamiento desde hace largos años- para su mejor atención, como son los clubes de madres y las coordinadoras o comités; Que, por otro lado, al otorgarse a los municipios distritales los derechos de "organizar y determinar los clubes de madres o comités del vaso de leche ...", surge el grave peligro de que, en ejercicio de los mismos, se afectan y lesionen los derechos de asociación y contratación consagrados en el artículo 2º, incisos 13º, 14º y ss. de la Carta Magna; Que los trastornos inevitables que tales cambios han de originar -habida cuenta de la ostensible inexistencia de un adecuado régimen transitorio-, no pueden sino afectar los derechos fundamentales de los destinatarios finales del servicio, esto es, en último análisis, de la persona humana, cuya defensa constituye el fin principal del Estado, de conformidad con el artículo 1º de la Constitución, y la protección de cuya salud está consagrada, así mismo, en el artículo 7º del mismo cuerpo legal;

Mi voto es porque se declare fundada la demanda, e inconstitucional, en consecuencia, Ley N° 26637, que modifica el Programa Municipal del Vaso de Leche en las provincias de Lima y Callao.

S.S.

AGUIRRE ROCA

Exp. N° 0013-1996-I/TC [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por 35 Congresistas de la República. Se confirma la constitucionalidad de las Leyes N.ºs 26479 y 26492, Leyes de amnistía].

Fecha de Resolución: 28 de abril de 1997

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 09 de mayo de 1997

Resumen: Se interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º y 6º de la Ley N° 26479, denominada "Amnistía general a personal militar y civil para diversos casos", y contra la Ley N° 26492 denominada "Interpretación y alcances de la ley de amnistía", alegándose que, si bien es verdad ya habían cesado los efectos de los actos amnistiados, con las referidas leyes se habían violado los derechos a la reparación del daño, a la verdad, a la integridad física, y a la función tuitiva del Estado, que son derechos fundamentales del Estado, establecidos en nuestra Constitución y en Convenios celebrados por el Perú con otros Estados.

El Tribunal Constitucional decidió declarar improcedente la demanda sosteniendo que la tercera disposición transitoria de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 26435 (hoy derogada), establece que "el plazo previsto por esta ley para interponer la acción de inconstitucionalidad comienza a contarse desde el día en que quede constituido el Tribunal, cuando las leyes, u otras normas con igual rango fueran anteriores a aquella fecha y no hubieran agotado sus efectos"; por tanto, habiéndose agotado todos los efectos derivados de los actos delictuales que fueron objeto de la amnistía, antes del 24 de junio de 1996, fecha en que se instaló el Tribunal, no tendría facultades para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las cuestionadas leyes.

Temas Claves: Congreso de la República - delitos comunes y militares - delito de terrorismo - ley de amnistía.

S-329

... Que si bien dictar amnistías es una facultad exclusiva del Congreso, con base en la Constitución, ésta tiene que aplicarse en consonancia y coherencia con el resto del ordenamiento constitucional, es decir, la prerrogativa de dar una amnistía no es ni puede ser absoluta; ...

EXP. N° 013-96-I/TC

Lima

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los veintiocho días del mes de abril de mil novecientos noventa y siete, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados:

NUGENT, PRESIDENTE;

ACOSTA SÁNCHEZ, VICEPRESIDENTE;

AGUIRRE ROCA,

DÍAZ VALVERDE,

REY TERRY,

REVOREDO MARSANO,

GARCÍA MARCELO,

emite la siguiente sentencia con el voto singular del señor doctor Manuel Aguirre Roca, en la Causa N° 013-96-I/TC, vista en la sede institucional de la ciudad de Lima, el día trece de marzo de mil novecientos noventa y siete, con la presencia de los siete miembros de este Tribunal. Actuando como Secretario Relator el doctor José Luis Echaiz Espinoza.

ASUNTO:

Demanda de inconstitucionalidad, interpuesta por treinta y cinco Congresistas, contra los artículos 1º y 6º de la Ley N° 26479, denominada "Amnistía general a personal militar y civil para diversos casos", y contra la Ley N° 26492, denominada "Interpretación y alcances de la ley de amnistía".

ANTECEDENTES:

1. Admitida a trámite con fecha diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, por cuanto 37 Congresistas demandantes acreditaron su legitimación activa; el Congreso de la República, en sesión de Mesa Directiva celebrada el día seis de enero del año en curso, designó como su apoderado ante este Tribunal, al señor Congresista

Enrique Chirinos Soto; se da por absuelto el traslado de la demanda en rebeldía de la parte emplazada, ya que no contestó la demanda en el plazo que tenía para hacerlo.

2. La demanda de inconstitucionalidad respecto de la Ley N° 26479, se fundamenta, principalmente, en lo siguiente:

a) El carácter inconstitucional de los artículos 1° y 6°, que son normas que mantienen su valor y son actualmente productoras de efectos y consecuencias jurídicas que atentan contra los derechos reconocidos por la Constitución, contra el Estado de Derecho, contra los deberes que el Estado Peruano tiene con sus súbditos y contra el mantenimiento de la Paz.

b) Las citadas normas implican el encubrimiento y la permisión de que agentes que delinquieron puedan seguir haciéndolo, o por lo menos queden impunes. En efecto, la amnistía permitió que se libere de toda responsabilidad a los actores de graves actos delictivos y que las personas que fueron perjudicadas con ellos no obtengan la debida reparación en su persona y patrimonio de autores de crímenes atroces nunca esclarecidos debidamente.

c) La amnistía también ha evitado conocer la verdad de crímenes atroces, no obstante que el "Derecho a Conocer la Verdad" ha sido declarado por los organismos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Se ha evitado no sólo conocer a los responsables directos de las violaciones de Derechos Humanos, sino también las responsabilidades mediatas y políticas que permitieron que ocurrieran estos hechos y que se los encubriera.

d) Esta amnistía genera la consecuencia jurídica de impedir a las víctimas y a sus deudos lograr una reparación adecuada al daño causado, que constituye una obligación constitucional y contenida en los convenios sobre Derechos Humanos que ha suscrito el País.

e) Otro efecto actual y vigente de estas normas es el impedimento que se crea a la función tutiva del Estado, es decir a la obligación de cautelar los derechos de sus súbditos y de protegerlos frente a agresiones, castigando a los culpables. La capacidad de invocar la Tutela Jurisdiccional, ha quedado enervada para los ciudadanos que quieren obtener sanción para los que agraviaron sus derechos.

f) Si bien en el artículo 102, inciso 6° de la Constitución se determina que "ejercer el derecho de amnistía" es atribución exclusiva del Congreso; debe reconocerse, también, que cualquier atribución de los poderes del Estado o de las instituciones públicas no son absolutas o ilimitadas, por cuanto la discrecionalidad que puede pretender el Estado tiene como límite la vigencia de sus obligaciones convencionales establecidas por los Tratados de Derechos Humanos, por los principios constitucionales y, principalmente, por los derechos inalienables de las personas.

g) La amnistía fue impuesta en forma sorpresiva en el Congreso Constituyente Democrático (CCD), sin ningún debate y en "Sesiones Complementarias" no contempladas en su Reglamento.

h) La amnistía es una institución que otorga el olvido a las personas procesadas y condenadas por delitos políticos, la aplicación de ésta a personas que han cometido delitos comunes, constituye una absoluta desnaturalización, y negación del contenido histórico y doctrinario de la institución.

i) El establecimiento, por medio de la ley, del derecho de amnistía a personas cuya responsabilidad ha sido demostrada en actos delictivos contra la vida, la integridad física, y contra el patrimonio de las personas, contraría la Constitución por cuanto esta norma fundamental protege estos bienes jurídicos que han sido lesionados y transgredidos justamente por los beneficiados por aquel derecho.

j) El Estado no puede otorgar este beneficio a personas que han cometido delitos comunes graves, porque en este caso no es el Estado el agraviado, sino las personas particulares, la sociedad, y en este caso el Estado no puede sustituirlas para ordenar el olvido de la ofensa o del agravio, ni mucho menos disponer la renuncia al derecho de indemnización por el daño.

3. La demanda de inconstitucionalidad respecto de la Ley N° 26492, se fundamenta, principalmente, en lo siguiente:

a) El artículo 1° de la Ley N° 26492, distorsiona el sentido y los límites de la interpretación constitucional señalados en el artículo 102, inciso 1°, de la Constitución, por cuanto declara que la Ley de Amnistía no constituye interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional ni vulnera el deber del Estado de respetar y garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, lo que implica imponer a priori la certeza de su constitucionalidad, soslayando la función del control de la constitucionalidad que recae en el Poder Judicial y en el Tribunal Constitucional.

b) El artículo 2° de la Ley N° 26492, inconstitucionalmente declara que la amnistía no es revisable en sede jurisdiccional, lo que contraría el artículo 142 de la Constitución que sólo ha previsto dos supuestos de "irrevisabilidad" en sede judicial: de las resoluciones emanadas del Jurado Nacional de Elecciones, en materia electoral, y de las del Consejo Nacional de la Magistratura, en materia de evaluación y ratificación de los jueces. De esta manera, la norma pretende impedir que el Poder Judicial enmiende la acción inconstitucional del Congreso y anular el derecho a la efectiva tutela jurisdiccional (derecho a la justicia).

c) El artículo 3° de la Ley N° 26492, impone obligatoriamente a los jueces el acatamiento de la Ley de Amnistía, lo que constituye una grave interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, y constriñe la necesaria independencia y autonomía de la magistratura.

Este artículo amplía el margen de la concesión de la amnistía, por cuanto dispone también comprender como beneficiados de este derecho a todo el personal militar, policial o civil comprometido con las violaciones de derechos humanos, sin importar que este se encuentre

o no denunciado, investigado, procesado, encausado o condenado.

Habiéndose realizado la vista de la causa, escuchado el informe de la parte demandante, y con la presencia de los siete Magistrados, realizado el debate de los argumentos, que corren en autos, ha llegado el momento de sentenciar.

FUNDAMENTOS:

Teniendo en consideración:

Primero: La amnistía es un derecho que el Congreso ejerce en nombre de la sociedad a fin de aplicar el olvido a ciertos tipos de delito, los cuales se tienen como hechos no punibles, y se considera como nunca perpetrados;

Segundo: La respetabilidad de esta institución ha radicado en la precisión conceptual que el Derecho le ha otorgado a través de la historia, la lógica y el lenguaje, así, el Diccionario de Legislación Peruana de 1879, contenía la indicación que la amnistía implica "el olvido general de los delitos cometidos contra el Estado", y el de la Real Academia Española de la Lengua, la define "como el olvido de los delitos políticos, otorgado por la ley ordinariamente a cuantos reos tengan posibilidades análogas entre sí"; significados semánticos que la historia y práctica constitucional republicana en el Perú ha seguido, así la Constitución de 1867 prescribía como atribución del Congreso la concesión de amnistía en los supuestos de juicios políticos, y la Constitución de 1933 facultaba excepcionalmente al Poder Ejecutivo a conceder el derecho de gracia respecto a los condenados por delitos político-sociales;

Tercero: Asimismo, la lógica jurídica presente en la definición de una institución normada, no puede ser distinta, ni negar el sentido lógico formal, que la contiene, tampoco puede negar el contenido histórico y doctrinario presente en su definición, por tanto, la amnistía a la que se refiere la Constitución peruana, no es una institución ajena, diferente y contraria a lo que la historia, la lengua y el Derecho definen como tal, y no puede ejercerse ilimitadamente y dándole a la ley que la otorga contenidos ajenos a la institución en sí;

Cuarto: Que si bien dictar amnistías es una facultad exclusiva del Congreso, con base en la Constitución, ésta tiene que aplicarse en consonancia y coherencia con el resto del ordenamiento constitucional, es decir, la prerrogativa de dar una amnistía no es ni puede ser absoluta;

Quinto: De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 36º de la Ley 26435 Orgánica del Tribunal Constitucional, que es una de las que han servido de base a la demanda, las sentencias declaratorias de Inconstitucionalidad, en todo o en parte, dejan sin efecto la norma impugnada desde el día siguiente a su publicación;

Sexto: Fundamentalmente los demandantes en vista de que ya han terminado la mayor parte de los efectos de los actos amnistiados, basan su acción en la circunstancia, de que según afirman, con las leyes 26479 y 26492 se han

violado los derechos a la reparación del daño, a la verdad, a la integridad física, y a la función tuitiva del Estado, que son derechos fundamentales del Estado, establecidos en nuestra Constitución o por Convenios celebrados en el Perú con otros Estados y que son plenamente válidos;

Sétimo: Que en lo referente a los efectos de los hechos que han sido objeto de la amnistía, dispuesta por las leyes 26479 y 26492, la tercera disposición transitoria de la Ley 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional, que es una de las leyes en que se ha basado la demanda, establece que el plazo para interponer la acción de inconstitucionalidad comienza a contarse desde el día en que quede constituido el Tribunal, cuando las leyes en otras normas con igual rango, fueran anteriores a aquella fecha y no hubieran agotado sus efectos;

Octavo: Que, por otro lado, el artículo 40º de la mencionada Ley 26435 establece que las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no permiten revivir procesos fenecidos, en los que se haya hecho aplicación de las normas declaradas inconstitucionales.

Noveno: En lo referente al derecho a saber la verdad de los hechos delictivos objeto de la amnistía, no es posible realizar actos de cumplimiento en virtud de que los artículos 4 y 6 de la Ley 26479 y artículos 1 y 3 de la Ley 26492 han prescrito que deben anularse los antecedentes policiales, judiciales o penales, que pudieran registrarse contra los amnistiados por la ley y que los hechos o delitos comprendidos en la amnistía así como los sobreseimientos definitivos y las absoluciones, no son susceptibles de investigación o pesquisa quedando todos los casos judiciales, en trámite o en ejecución, archivados definitivamente; o sea que los efectos que puedan conducir a la determinación de la verdad de los acontecimientos ya han quedado agotados.

Décimo: En el derecho de la integridad física de las personas no puede considerarse que queden efectos pendientes, por lo mismo que se ha expuesto en el considerando anterior en lo que se refiere al artículo 1 y 6 de la Ley 26471, y 3 de la Ley 26492 que concede amnistía general al personal militar, judicial o civil cualquiera que fuere su situación militar, policial o funcional correspondiente y que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares, en los fueros común o privativo militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia, de la lucha contra el terrorismo quedando todos los casos judiciales en trámite o en ejecución archivados definitivamente. Con las acciones derivadas de la aplicación de esos dispositivos, han quedado completamente agotados todos los efectos derivados de esos actos delictivos, agregando el artículo 3 de la Ley 26492, que la amnistía concedida es de obligatoria aplicación por los órganos jurisdiccionales;

Décimo Primero: la función tuitiva del Estado, es una atribución que éste tiene en consideración a sus funciones frente a la nacionalidad y que se ejercen por los diferentes poderes e instituciones públicas, dentro de su autonomía

y de su campo de acción. En el caso que motiva esta acción, esta función se proyectó en la obligación que tiene el Estado en reparar los daños sufridos, en forma subsidiaria, como se indica en el siguiente considerando.

Décimo Segundo: En lo que se refiere al derecho de la reparación civil el artículo 58° del Código de Justicia Militar establece que la amnistía y el indulto dejan subsistentes las acciones de reparación civil, en consecuencia, los que se sintieron agraviados por los hechos delictivos objetos de la amnistía, pudieron hacer valer su derecho a la debida reparación civil contra los autores de esos delitos o contra el Estado, por estar obligado como consecuencia de su responsabilidad subsidiaria, porque ha sido el Congreso el que ha aprobado la amnistía, que es objeto de esta acción. Si eventualmente quedaran algunos agraviados que no han obtenido esa reparación pueden hacerla valer ante las autoridades competentes.

Décimo Tercero: Que habiendo quedado agotados todos los efectos derivados de los actos delictuales objeto de la amnistía prescrita por las leyes 26479 y 26492, el Tribunal no tiene facultades para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de esas leyes.

Por estos fundamentos y en ejercicio de las atribuciones que le confieren la Constitución y su Ley Orgánica.

El Tribunal Constitucional,

FALLA:

Declarando improcedente la demanda de inconstitucionalidad de las leyes 26479 y 26492, porque sus efectos quedaron agotados antes del veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y seis, fecha en que se instaló el Tribunal, dejando a salvo el derecho que se menciona en el fundamento número doce; debiendo publicarse esta sentencia en el diario oficial "El Peruano".

S.S.

**NUGENT
ACOSTA SANCHEZ
AGUIRRE ROCA
DIAZ VALVERDE
REY TERRY
REVOREDO MARSANO
GARCIA MARCELO**

Voto Singular del magistrado Manuel Aguirre Roca, en la causa N° 013-96-I/TC, sobre las Leyes de Amnistía, N°s. 26479 y 26492

No suscribo el fallo de autos, porque estimo contradictorio -y lo digo con el debido respeto por la opinión ajena- que se sostenga, en la parte que corre bajo el rubro de Fundamentos del mismo, desde el párrafo Primero hasta el Quinto -incluyendo ambos extremos-, que la amnistía cuestionada no concuerda con la normatividad constitucional, y que, sin embargo, en el fallo no se consigne tal conclusión, máxime si se tiene presente que ello es, precisamente, lo que se pide en

la demanda. También considero contradictorio que en el precitado fallo, de conformidad con su Fundamento Sétimo, y reclamándose de la Tercera Disposición Transitoria de la Ley N° 26435 (regla que no permite la interposición de demandas de inconstitucionalidad contra leyes que hubiesen agotado todos sus efectos), se declare, textualmente, "improcedente la demanda de inconstitucionalidad de las leyes 26479 y 26492, porque sus efectos quedaron agotados antes del veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y seis, fecha en que se instaló el Tribunal, dejando a salvo el derecho que se menciona en el fundamento doce ... "; pues, a mi juicio, es claro que, al reconocerse -en dicho fundamento doce- que sí quedaron -y aún quedan- a salvo los derechos a la reparación civil, se reconoce, ipso facto e ipso jure, que todos los efectos de la amnistía no quedaron agotados antes de la instalación de este Tribunal -ni lo están todavía-, y que, por tanto, tal como se sostiene en la demanda, sí procede que la sentencia de este Colegiado se pronuncie, meridiana y concretamente, sobre si son, o no, inconstitucionales los artículos impugnados de las correspondientes leyes. En otras palabras, al admitirse que quedan efectos no agotados, no puede decirse sin entrar en ostensible contradicción- que la demanda es improcedente "porque los efectos ya se agotaron".

Aparte de las razones precedentes, estimo que la Ley 26492, interpretativa de la N° 26479, sí es, en sus tres artículos -y tal como se demuestra en la demanda- abiertamente inconstitucional, pues en ellos se pretende desconocer y anular las facultades -que son no sólo atribuciones sino también graves deberes- del llamado "control constitucional difuso" que la actual Carta Magna, en sus artículos 51° y 138°, segundo párrafo -concordantes con el artículo 87° y complementarios de la Constitución de 1979, aplicable al caso- otorga a "todos los jueces", y de los que, evidentemente, los jueces no pueden ser privados sino por vía de una reforma constitucional.

Respecto de los artículos 1° y 6° de la Ley N° 26479, que es la que declara la amnistía, y como quiera que todos sus efectos no quedaron agotados con el perdón otorgado a los condenados, ni con el corte y el archivamiento de los juicios en trámite cuando entró ella en vigencia, puesto que, según lo reconoce el propio fallo que motiva este voto singular, subsistieron -y aun subsisten- los derechos a la reparación civil o indemnización, así como -agrego ahora, por mí mismo- los relacionados con el conocimiento de la verdad y con la tutela jurídica correspondiente -tal como se demuestra en la demanda-, procede también que este Tribunal se pronuncie sobre si tal ley es o no, en sus artículos 1° y 6°, inconstitucional. Y a este respecto, me remito, nuevamente, a los párrafos Primero al Quinto, de la parte titulada Fundamentos del fallo que no comparto, así como a los no menos sólidos y convincentes que sustentan la demanda, y que no han sido desvirtuados por el Congreso de la República, Poder del Estado que, debidamente notificado con el correspondiente "traslado", y pese a haber designado a su apoderado en la causa, no sólo no contestó la demanda sino que tampoco hizo uso de la palabra en ocasión de la

vista pública de la misma. Cabe señalar, adicionalmente -como muestra otro botón- que entre los efectos no agotados figura, sin duda alguna, el de denunciar a los autores o sospechosos no comprendidos entre los autores condenados y ya perdonados, y/o ya sobreseídos, pues sin una investigación judicial previa, no podrá saberse si ellos están o no comprendidos en las leyes de amnistía, y si los jueces deciden, o no, aplicar, respecto de tales denunciados, el control constitucional difuso.

Discrepo radicalmente, por otro lado, de los criterios y las conclusiones que aparecen en los párrafos Octavo, Noveno y Décimo de los Fundamentos del fallo, puesto que en ellos se produce una curiosa inversión argumental, ya que, en efecto, en lugar de analizarse situaciones concretas, para determinar, objetivamente, si -en el mundo real- se han agotado, o no, los efectos de las leyes impugnadas, respecto de los derechos a saber la verdad y a la integridad física (incluyendo, obviamente, el derecho a la vida), sólo se expresa -sorprendentemente- que las leyes impugnadas prohíben la búsqueda de la verdad y el ejercicio de los derechos derivados de la protección constitucional a la integridad física y a la vida (lo que tampoco es exacto). En suma, se admite que se trata de derechos cuyo ejercicio no ha sido agotado, pero se insiste en que, por mérito de las leyes impugnadas, sólo podrá ejercerse, en el futuro, el derecho a la reparación civil. Se olvida, pues, que los "efectos agotados" no dependen del tenor o texto de las leyes, sino de la aplicación que de ellas se haga o haya hecho. Así, el perdón ya otorgado a los condenados, a quienes se puso en libertad, y el corte de los juicios y sobreseimiento de los expedientes, son "efectos agotados", pero lo son porque realmente se han producido, y no, evidentemente, porque las leyes cuestionadas lo digan. En cambio, y por las mismas razones, no están agotados los efectos relacionados con los derechos aun no ejercitados, como, por ejemplo, el de formular denuncias, según se explica en el párrafo

precedente, ni los relacionados con la averiguación de la verdad, ni menos los derivados de los derechos a la vida y a la integridad física, aún no ejercitados, y que el mismo fallo que motiva este voto singular reconoce, cuando reconoce el derecho a la reparación civil, pues tal derecho emana del derecho a la vida y a la integridad física. Es claro, pues, que los Fundamentos Octavo, Noveno y Décimo comentados, confunden el plano jurídico con el plano real o histórico. Así, si bien es cierto que con el perdón ya otorgado -no con el futuro que pudiera otorgarse- se ha agotado el correspondiente efecto, que es el de borrar el delito; también lo es que, al contrario, las leyes impugnadas no han borrado las muertes -pues a nadie han resucitado- ni restaurado la integridad física de las víctimas, de modo dichas leyes no pueden haber agotado los efectos vinculados con tales derechos.

En suma, no habiéndose agotado los efectos de las leyes impugnadas, este Tribunal es competente para pronunciarse sobre las peticiones y pretensiones de la demanda, y, estando probada la inconstitucionalidad de los artículos 1º y 6º de la Ley N° 26479, así como la de los únicos tres de la Ley 26492, mi voto es porque se declare fundada la demanda e inconstitucionales tales dispositivos, a fin de que, respecto de los efectos no agotados, puedan ejercerse los correspondientes derechos, entre los que se encuentran, según se ha señalado, los derechos a formular denuncias, al conocimiento de la verdad, y a los derivados de los derechos a la vida y a la integridad física, tales como los correspondientes, precisamente, a la reparación civil -que el propio fallo que no suscribo reconoce- sin que nada de ello pueda afectar o limitar los perdones ya otorgados, los sobreseimientos judiciales ya dispuestos, y la anulación de los antecedentes judiciales pues, respecto de ellos, los efectos de las normas impugnadas, si han sido agotados.

MANUEL AGUIRRE ROCA

Exp. N° 0014-1996-I/TC [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por 30 Congresistas de la República. Se confirma la constitucionalidad de la Ley N.º 26530, Ley referida a los métodos de planificación familiar].

Fecha de Resolución: 28 de abril de 1997

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 31 de mayo de 1997

Resumen: El 31 de mayo de 1997 se publica la sentencia recaída en el Expediente N° 0014-1996-AI/TC, en el cual se demanda la inconstitucionalidad de la Ley N° 26530, que modifica el artículo VI del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 346, Ley de Política Nacional de Población, estableciéndose que “la Política Nacional de Población excluye el aborto como método de planificación familiar (...)”.

Siendo que el texto original del artículo VI del T.P. del D. Legislativo N° 346 era el siguiente: “La Política Nacional de Población excluye el aborto y a la esterilización como métodos de planificación familiar”, los demandantes alegaron que con la referida modificación se incluía a la esterilización quirúrgica entre los métodos de planificación familiar autorizados, violándose con ello derechos fundamentales de la persona consagrados en la Constitución.

Al respecto el Tribunal Constitucional consideró que la norma cuestionada no legaliza, expresamente, la esterilización quirúrgica como método de planificación familiar y que el concepto de planificación familiar, debe ser entendido dentro del marco de referencia de la propia ley que la regula, es decir, como un programa familiar libremente acordado por la pareja que tiene por objeto “la libre determinación del número de sus hijos” (artículo IV, inc 2º) y “asegurar la decisión libre, informada y responsable de las personas y las parejas sobre el número y espaciamiento de los nacimientos” (artículo 2º). Que, por tanto, las esterilizaciones quirúrgicas no pueden estar comprendidas dentro del elenco de métodos de planificación familiar, dado que se trata de procedimientos que privan, en muchos casos de modo irreversible, la capacidad de procrear, y, por tanto, la de programar y/o esparcir los nacimientos, como lo establece el D. Legislativo N° 346.

En tal sentido, el Tribunal declara improcedente la demanda por pretenderse con ella la derogación de un precepto legal que, a su juicio, no existe, dado que el artículo VI no autoriza el uso de la esterilización quirúrgica irreversible como método de planificación familiar.

Temas Claves: Derecho a la integridad física - derecho a la libertad individual - esterilización quirúrgica irreversible - métodos de planificación familiar.

S-330

Que, si bien es cierto que la intención del legislador aporta luces para interpretar leyes oscuras o ambiguas, también lo es que, una vez promulgada, la ley se independiza de las intenciones, tantas veces imprecisas y hasta equívocas, de sus autores, y cobra vida autónoma; que la ley impugnada en estos autos, aunque, de un lado, modifica otra que prohibía, como método de planificación familiar, el aborto y la esterilización, y lo hace suprimiendo la prohibición de la esterilización; de otro, al modificar el texto de la norma precedente, no incluye, expresamente, como método de planificación familiar permitido, la esterilización; ...

Exp. N° 014-96-I/TC

Lima

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los veintiocho días del mes de abril de mil novecientos noventa y siete, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores:

**NUGENT, PRESIDENTE,
ACOSTA SÁNCHEZ, VICEPRESIDENTE,
AGUIRRE ROCA,
DÍAZ VALVERDE,
REY TERRY,
REVOREDO MARSANO,
GARCÍA MARCELO;**

actuando como Secretario Relator(e), el doctor José Luis Echaíz Espinoza, pronuncia la siguiente sentencia, por mayoría, con los fundamentos de voto del magistrado José García Marcelo, y el voto singular de la magistrada Delia Revoredo de Mur:

ASUNTO:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por treinta (30) señores congresistas contra la Ley N° 26530.

ANTECEDENTES:

Con fecha seis de diciembre de mil novecientos noventa y seis, los demandantes interponen acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 26530.

Sostienen, en su demanda, que la única finalidad de la ley impugnada es modificar el artículo VI del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 346 (Ley de Política Nacional de la Población), y que, con esta modificación, se incluye a la esterilización quirúrgica entre los métodos de planificación familiar autorizados, violándose derechos fundamentales del hombre, consagrados en la Carta Magna, como lo son: a) el recogido en el artículo 2º, inciso 1) de la Constitución, ya que -expresan- "... la esterilización está considerada por la más autorizada doctrina jurídica como una lesión a la integridad física, pues supone una intervención quirúrgica que elimina una función primordial del ser humano, como es la de procrear ..."; agregando que "... provoca incapacidad fisiológica permanente, y, en muchos casos, irreversible,

lo que no concuerda con la naturaleza temporal de los métodos anticonceptivos..."; y b) el que protege la libertad individual, aduciendo que ésta, "... en cuanto al poder de decisión de que está dotando el ser humano, puede determinar la planificación de la familia y no tener hijos durante un tiempo -para lo cual usa métodos anticonceptivos- pero puede, también, optar en algún otro momento del decurso existencial, procrearlos..."; y añadiendo que "... en esto consiste la libertad a la cual se refiere nuestra Carta Constitucional y los convenios y Pactos Internacionales citados, que son ley en nuestro país". Complementan su pensamiento diciendo que "... la esterilización significa abdicar de la libertad ... en lo que respecta a la procreación ...", y también "... desconoce el derecho a perpetuarse de la especie humana".

En su calidad de apoderado del demandado, se apersona el congresista Ricardo Marcenaro Frers, y, al absolver el traslado, subraya, entre otras cosas, lo siguiente:

1.- Que, con el fin de incorporar a nuestra legislación los procedimientos quirúrgicos, el Presidente de la República propuso modificar el artículo VI del Título preliminar del Decreto Legislativo N° 346.

2.- Que la Comisión de Salud, Población y Familia del Congreso, estudió el proyecto con la opinión calificada del Colegio Médico del Perú; y que, concluido el estudio, se presentaron dos dictámenes, uno a favor, firmado por la mayoría, y otro en contra, firmado por uno sólo de sus integrantes.

3.- Que, puesto a consideración del Pleno, se aprobó el texto, lográndose el consenso, sobre todo por la incorporación de un párrafo "in fine", destinado a garantizar que la adopción de métodos de planificación familiar se base en el libre ejercicio de la voluntad, sin que medien estímulos ni recompensas.

4.- En cuanto a los fundamentos, sostuvo que el hombre es un ser libre en esencia y que puede conformarse con su capacidad o rebelarse frente a ella, así como elegir un proyecto de vida dentro del bien común, ya sea por causas de orden sanitario (enfermedades congénitas) o de orden personal (planificación familiar).

5.- Entre sus principales argumentos, destacó, también, el de que el uso de procedimientos quirúrgicos responde a exigencias y circunstancias de la vida real, así como a la necesidad de "... ampliar los efectos de la Política Nacional de Población, para lograr más elevados índices de desarrollo poblacional ...".

Producidos los informes orales con fecha trece de marzo de mil novecientos noventa y siete, la causa quedó al voto.

FUNDAMENTOS:

Considerando: Que, si bien es cierto que la intención del legislador aporta luces para interpretar leyes oscuras o ambiguas, también lo es que, una vez promulgada, la ley se independiza de las intenciones, tantas veces imprecisas y hasta equívocas, de sus autores, y cobra vida autónoma; que la ley impugnada en estos autos,

aunque, de un lado, modifica otra que prohibía, como método de planificación familiar, el aborto y la esterilización, y lo hace suprimiendo la prohibición de la esterilización; de otro, al modificar el texto de la norma precedente, no incluye, expresamente, como método de planificación familiar permitido, la esterilización; Que, en este sentido, independientemente de cuáles hayan sido las intenciones del legislador, la norma atacada no legaliza, expresamente, la esterilización quirúrgica -que es la impugnada y debatida en estos autos- como método de planificación familiar; Que, por otro lado, si ha de entenderse el concepto de planificación familiar en el marco de referencia de la propia ley que la regula, vale decir, de la Ley de Política Nacional de Población (Decreto Legislativo N° 346) -cuyo actual artículo VI constituye la materia de la presente controversia-, habrá que entenderlo como un programa familiar; libremente acordado por la pareja, que tiene por objeto, "... la libre determinación del número de sus hijos" (artículo IV, inciso 2°), y "... asegurar la decisión libre, informada y responsable de las personas y las parejas sobre el número y espaciamiento de los nacimientos ..." (artículo 2° del Título I de la misma); Que, entendido así el concepto de planificación familiar, los métodos que, como el de la esterilización quirúrgica, impiden la programación y el espaciamiento de los nacimientos, puesto que los hacen imposibles, no pueden considerarse como comprendidos en el elenco de los de "planificación familiar", dado que se trata de procedimientos que privan -en muchos casos de modo irreversible- de la capacidad de procrear, y, por tanto, de la de programar y/o espaciar los nacimientos; Que, vistas así las cosas, lo que la modificación introducida por la Ley N° 26530 ha hecho, al eliminar, del primitivo artículo VI del Decreto Legislativo N° 346, la prohibición del método de la esterilización, es enfatizar la prohibición radical del aborto, dejando a criterio de la pareja el derecho de decidir, con entera libertad, respecto de la utilización de los demás métodos anticonceptivos que, en cada circunstancia, puedan ser considerados en el catálogo de los de planificación familiar, es decir, como medios destinados a programar el número de nacimientos y la forma de espaciarlos; Que, dado el estado actual de los conocimientos y de la tecnología médica- la esterilización quirúrgica -por lo general irreversible- no parece ser un método, habida cuenta del sentido y tenor de la legislación nacional, arriba glosados, de planificación familiar; Que, en consecuencia, y entendido de este modo el sentido del actual artículo VI del Decreto Legislativo N° 346, la demanda parece improcedente, pues pretendería la derogación, por inconstitucional, de un dispositivo legal que, en último y análisis, no existe, dado que el vigente artículo VI impugnado -según la interpretación expuesta líneas arriba-, no autoriza el uso, como método de planificación familiar, de la esterilización quirúrgica, procedimiento que, en cambio, puede resultar aceptable en otras circunstancias, como, por ejemplo, las de orden médico o terapéutico, en cuyo caso las responsabilidades correspondientes -así como las atenuantes y la eximentes de antijuridicidad- quedarían sujetas a los preceptos generales y especiales, de nuestro ordenamiento jurídico.

FALLA:

Declarando -dentro de la interpretación precedente que no considera. la "esterilización quirúrgica irreversible", como método de planificación familiar, ni, por tanto, autorizado por la ley impugnada-, improcedente la demanda, por pretenderse en ella la derogación de un precepto legal que, a juicio de este Tribunal, no existe.

S.S.

**NUGENT
ACOSTA SANCHEZ
AGUIRRE ROCA
DÍAZ VALVERDE
REY TERRY**

**VOTO DEL SEÑOR GARCIA MARCELO
DISCORDANTE, PARCIALMENTE, CON
LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA Y
CONCORDANTE CON LA PARTE RESOLUTIVA DE
SU FALLO**

Nuestro voto, en la Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley 26530, que modifica el artículo VI del Título Preliminar del Decreto Legislativo 346°, Ley de Política Nacional de Población, si bien concuerda en lo sustancial con la parte resolutive de la sentencia, disiente, parcialmente, de los fundamentos esgrimidos por nuestros Colegas, pues, a nuestro juicio, si bien la pretensión de los actores debe (como en efecto se hace) declararse improcedente; sin embargo, los fundamentos jurídicos que la sustentan, y que aparecen allí formulados, de un lado, parten de un supuesto, que no solamente desconoce los supuestos dogmáticos angulares conforme a los cuales se ha edificado todo el Derecho Público, y muy especialmente el Derecho Constitucional, sino que, adicionalmente, traslucen un peligroso precedente en materia de protección de los derechos que la Constitución le ha confiado, en última instancia, ejercer a este Colegiado. Y, de otro lado, como consecuencia de lo anterior, porque creemos que existen razones de mayor envergadura, que aquí intentaremos esbozar, las que permiten arribar a una opción (que compartimos y hacemos nuestra) como la expresada en el Fallo de la sentencia, para rechazar una interpretación del precepto impugnado, en el sentido de que por su virtud se pueda haber legalizado la esterilización como método de planificación familiar. Estas razones, de cuyas consecuencias hasta aquí hemos abordado, son las siguientes:

1. En primer lugar, hemos de ratificar nuestra radical discrepancia en torno a los dos primeros fundamentos de la sentencia expedida por nuestros Colegas en mayoría, por mérito de los cuales se entiende que, porque el precepto impugnado de inconstitucional "no incluye, expresamente la esterilización como método de planificación familiar, entonces, simplemente no se habría legalizado la esterilización quirúrgica, y ello muy a pesar de cuáles hayan sido las intenciones del legislador.

Pues bien, nosotros pensamos precisamente lo contrario. Al haber el Legislador ordinario suprimido la prohibición expresa de la figura de la esterilización como un método proscrito en materia de planificación familiar, lo que en realidad ha hecho, es tornarla en una conducta permisiva, y, por tanto, habilitada como método al que las personas puedan acudir, so pretexto de planificar libremente el número de hijos que desean tener.

2. Y ello es así, porque, como aludíamos al principio, en materia de derechos y libertades constitucionales, no rige el principio de que las personas sólo se encuentran autorizadas a realizar aquellas conductas que "expresamente" la ley autoriza, principio que, dicho sea de paso, sí opera por el contrario en el ámbito de las atribuciones o competencias asignadas a los órganos estatales; sino, precisamente, a la inversa: El que nadie está obligado de no hacer lo que la ley no prohíbe, como se trasluce del sabio parágrafo a) del inciso 24° del artículo 2 de nuestra Constitución.

3. El que el artículo VI del Título Preliminar de la Ley de Política Nacional, modificado por la Ley 26530, haya suprimido la prohibición expresa de comprenderse como proscrita la esterilización de los métodos de planificación familiar, cualquiera hubiera sido la real o presunta intención del legislador, lo que finalmente ha ocasionado es que ella, a la luz de dicho precepto, efectivamente se encuentre autorizada, muy independientemente de que se encuentre o no expresamente formulada.

Partir del supuesto contrario, como parece traslucir de la sentencia en mayoría, esto es, que las personas se encuentran sólo autorizadas a realizar todo aquello que se encuentra permitido por la ley, es voltear los supuestos lógicos y legitimadores del Estado Democrático de Derecho, que tiene en el respeto de la dignidad de la persona humana el primero y más radical de sus principios jurídicos; promoviendo, sin proponérselo seguramente, una técnica jurídica por la cual los derechos sólo han de valer en el ámbito de lo que las leyes indiquen, y no al contrario, que es propio de ese Estado Democrático que nuestros antepasados nos legaron, en el que las leyes sólo valen en la medida que respeten los derechos fundamentales.

4. Ahora bien, el que la Ley 26530, prima facie, permita (al no encontrarse prohibida) utilizar la esterilización como método de control de la natalidad, debería llevar a este Colegiado a evaluar si aquella permisión tácita se compeadece o no con el derecho a la integridad corporal, que el inciso 1° del artículo 2 de la Constitución reconoce como derecho fundamental de toda persona. Dicho en otras palabras, a evaluar si a la luz de la finalidad que se persigue con aquella opción interpretativa de la norma, la técnica de esterilización aparece como la medida más idónea y proporcional para la consecución de los fines que se propone alcanzar.

5. En ese sentido, siempre a nuestro juicio, las finalidades que con la permisión de la esterilización se pretende conseguir, a saber, pueden ser: a) El permitir que las parejas, en forma voluntaria y libre, decidan optar por

tener el número de hijos que quisieran tener. b) El mejorar las condiciones materiales de vida, personal y familiar, en el afán de alcanzar el mayor bienestar, de quienes aparezcan como potenciales individuos susceptibles de someterse a la esterilización, y, c) La intención del Estado de establecer una política nacional de población destinada no sólo a promover las condiciones materiales de bienestar de los individuos, sino, además, el de frenar o amenguar el incremento de la densidad poblacional.

6. Como no parece encontrar adecuación constitucional esta última finalidad esgrimida, pues, que el Estado peruano tenga interés por establecer en forma genérica una política nacional de población, si bien es una aspiración o el planeamiento de una meta cuya legitimidad constitucional no parece encontrarse en entredicho con la Constitución, sin embargo, no sucede lo mismo si dentro de tal opción genérica, éste ha de promover técnicas y métodos reñidos con el sistema de valores que la Constitución ha materializado con el reconocimiento de los derechos fundamentales. Excepción hecha de la técnica de la esterilización, a la que un poco más adelante hemos de prestar toda nuestra atención, la promoción de una política destinada a frenar o reducir el incremento de la densidad poblacional in genere, supondría no sólo el avasallamiento de esos derechos fundamentales, sino que inclusive, supondría una opción interpretativa que abriría las puertas para la perversión del propio ordenamiento constitucional, como la historia (aunque no es fuente formal del derecho) se ha encargado de demostrar.

7. Como aquella finalidad no puede ser una opción que se adecue a nuestra Constitución axiológica, resta entonces por advertir si para alcanzar las otras dos opciones a las que se ha hecho referencia, la técnica de la esterilización que se promueve aparece como un medio proporcional en la consecución de esos fines.

Y ya en este orden de consideraciones, no tenemos ningún reparo en advertir que la promoción de la esterilización por el Estado peruano no se presenta como un medio proporcionalmente adecuado para la consecución de aquellos fines: En primer lugar porque al provocar la esterilización quirúrgica una incapacidad fisiológica permanente e irreversible en la potencia reproductora del ser humano, ese fin que se persigue obtener, que es la libertad para determinar el número de hijos que se quiere tener, aparecería, paradójicamente, trastocada y en entredicho con ella misma, pues sólo se brindaría a las personas la libertad de someterse a una práctica esterilizadora por esta única vez, sin posibilidad de que, en un cambio de opción, el individuo también libremente decida incrementar su prole.

La libertad de elección de una técnica como la esterilización, gozando de cobertura en el ámbito de la libertad individual, como es lógico suponer, también supone la libertad de determinar una opción diametralmente contraria a la originalmente decidida, y como consecuencia de ello, el que, cuando menos, el individuo pueda encontrarse en el estado anterior a la materialización de aquella elección tomada. Como no se puede alcanzar tal finalidad, el me-

dio que se busca promover aparece a la luz de nuestro ordenamiento constitucional, como excesivamente desproporcionado, y en tal virtud, como una opción interpretativa inconstitucional.

8. Asimismo, creemos que tampoco la promoción de la esterilización se adecúa a aquella otra finalidad que podría traslucirse, y de la que hemos hecho referencia: nos estamos refiriendo a la finalidad de mejorar las condiciones materiales de vida personal y familiar del individuo, ya que aquella búsqueda del bienestar se promovería a costa de la eliminación de una función primordial del ser humano, de manera radical e irreversible, alterándose de ese modo el contenido esencial del derecho a la integridad personal, que en su dimensión física sólo tolera que se genere una disminución permanente e irreversible de una función de un órgano del cuerpo humano, si con ello se busca evitar un riesgo inminente y grave para ese valor superior y primario, que es la vida humana.

9. En definitiva, no estamos frente a la promoción de una técnica que, a la luz de la Constitución, aparezca como proporcionalmente adecuada a los fines que, con su permisión, se persigue obtener. Más aún, si con un poco más de esfuerzo y audacia, por medio de la radicalización de la educación en este aspecto, el Estado se encuentra en la capacidad de poder alcanzar los mismos resultados, sin necesidad de apelar a la promoción de técnicas que, pudiendo lograr los mismos efectos, sin embargo, aparecen como notoriamente transgresores de derechos de primera y capital importancia.

10. Ahora bien, y sin perjuicio de compartir los otros argumentos esbozados por nuestros Colegas en tomo a la propia esterilización, ello no llega sin embargo a que este Colegiado se pronuncie por la inconstitucionalidad de la norma, como también se recuerda allí mismo. No obstante ello, nos parece que existe una razón adicional que siendo complementaria es, además, concurrente con la ya formulada en la parte considerativa de la sentencia. Y ésa es que, si dicho precepto, prima facie, promueve la esterilización en base al principio de que se puede hacer todo lo que no está prohibido (y no al revés), este Colegiado no debe nunca perder de vista que la declaración de inconstitucionalidad de una ley, es siempre la última ratio a la que debe acudir. Más aún si, como acontece en el caso de autos, y siguiendo una práctica que por lo demás es generalizada de todos los tribunales constitucionales, este Colegiado encuentra espacio para desechar por inconstitucionales probables versiones interpretativas de una norma, sin que ello repercuta en la ley o precepto legal mismo.

11. Dicho de otra forma, si este Colegiado puede encontrar en una norma al menos una opción interpretativa del precepto legal que no riña con la Constitución, este se encuentra en la facultad, como efectivamente este mismo Tribunal ha hecho en anteriores ocasiones, de no acudir a adoptar una postura tan radical y de extraordinarias consecuencias jurídicas y políticas en la vida social, como constituye, en efecto, la expulsión de una norma legal por inconstitucional del ordenamiento jurídico.

Y creemos firmemente que ello es perfectamente posible y aplicable al caso de autos, porque si en línea de principio la ley impugnada habilitaría la esterilización como método de control de natalidad (?), también es verdad que por la autoridad de la que gozan las sentencias de este Colegiado, en su parte resolutive se puede perfectamente desdeñar opciones interpretativas inconstitucionales, sin que ello implique la arrogación pretoriana de este Supremo Intérprete de la Constitución de facultades legislativas con las que no - cuenta, ni se encuentra, en lo más remoto, autorizado a ejercer.

SS.

GARCIA MARCELO

**VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA DELIA
REVOREDO DE MUR, EN LA CAUSA N° 014-96-I/TC**

Considerando:

Que la ley impugnada modificó la Ley de Planificación Familiar en su artículo VI, que prohibía la esterilización como método de planificación familiar, suprimiéndose en el nuevo texto tal prohibición; Que el hecho de no incluir en su texto literal la autorización expresa de la esterilización, no debe interpretarse como que la prohíbe, pues es principio jurídico que lo no está prohibido está tácitamente permitido; Que, además, el intérprete de una norma jurídica no debe privilegiar uno sólo de los métodos interpretativos -en este caso el del texto literal- y descartar a los demás, entre éstos, a la ratio legis o intención del legislador y a la finalidad de la norma; Que en el caso de la norma impugnada, la intención del legislador aparece clara: suprimir la prohibición de la esterilización como método de planificación familiar; es decir, permitir la, para evitar que vengan al mundo niños sin oportunidades básicas de sobrevivir, de crecer y desarrollarse con la dignidad inherente a todo ser humano; y en protección a las familias pobres y a la excesiva población peruana frente a los pocos recursos disponibles para atenderla; Que si bien la Ley de Política Nacional de Población en sus artículos IV, inciso 2) y 2 del Título I de la misma, indica que la "planificación" familiar consiste en la libre determinación del número de hijos y el espaciamiento de los nacimientos resulta obvio que esta planificación también incluye la posibilidad de optar por no tener ningún hijo o por no tener más hijos que los que ya tienen, y que no se refiere, únicamente, al caso de tener varios hijos espaciados debidamente como opinan mis colegas. La primera decisión que plantea la planificación familiar es procrear o no procrear; y luego, la de seguir teniendo o dejar de tener más hijos. No podemos negar que también "planifica", la pareja que decide que le basta con 8 hijos y que no desea uno más. Dentro de esta óptica, la esterilización es un método de planificación familiar, por el cual se viabiliza la opción de impedir la procreación de hijos. En síntesis, opino, que la ley impugnada, al suprimir la prohibición de la ley anterior respecto a la esterilización, incluye a la esterilización quirúrgica entre los métodos de planificación familiar autorizados.

Que, en vista de la interpretación precedente, debe analizarse si la ley impugnada contraría o no la Constitución; Que es deber del Estado proteger a la familia y crear el ambiente necesario para su cabal desarrollo y para el desarrollo de la sociedad, en todos sus niveles socio-económicos; Es una realidad innegable que en vastas zonas de nuestro país, existen numerosas familias que viven en condiciones de extrema pobreza: las necesidades de los hijos exceden en mucho la capacidad económica de los progenitores, lo que no sólo incide en carencia de alimentos, vivienda, educación y desarrollo personal de la prole, derechos consagrados en nuestra Constitución, sino en el deterioro de valores éticos y en comportamientos antisociales que influyen negativamente en toda la sociedad peruana; Que, desde esta perspectiva, resulta difícil al Estado procurar a cada uno de los individuos adultos que conforman esa población indigente, métodos anticonceptivos suficientes -distintos a la esterilización- para prevenir, en todos los

casos, embarazos no deseados; que aún cuando el Estado pudiera facilitar a cada persona el acceso oportuno, gratuito y permanente a otros métodos anticonceptivos, el bajo nivel de educación que tienen grandes sectores de la población peruana, no garantizaría un control efectivo -aún querido por ellos- de los embarazos; Que, en respeto al libre ejercicio de la voluntad personal y sin que medien estímulos o recompensas materiales, tal como lo condiciona la norma impugnada y, principalmente, por los fundamentos del sacerdote jesuita Juan Julio Wicht, que aparecen en su ponencia "Aspectos Éticos de la Esterilización en el Perú Actual" del 23 de Mayo de 1988, que obra a fojas 42 a 55 de estos autos, y en especial por los argumentos referidos a la persona individual, a la mujer peruana, a las familias y a la sociedad de nuestro país vertidos a fojas 49 a 53, y en defensa de la paternidad responsable, con el propósito de lograr un Perú más justo y humano, mi voto es por declarar infundada la demanda.

DELIA REVOREDO MARSANO

Exp. N° 0018-1996-I/TC [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por la Defensoría del Pueblo. Se declara la inconstitucionalidad de la sevicia y conducta deshonrosa como causales de divorcio].

Fecha de Resolución: 29 de abril de 1997

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 13 de mayo de 1997

Resumen: En el presente fallo, el Tribunal Constitucional (TC) resolvió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra el artículo 337° del Código Civil, que establecía que "la sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges", por violar el derecho a la igualdad.

Al respecto, el Tribunal señaló que, si bien la finalidad de la conservación del matrimonio que contiene el artículo 337° del Código Civil es legítima, no debe preferirse ni sacrificarse para la consecución de ésta, otras finalidades también legítimas y constitucionales, referidas a la defensa y al desarrollo de la persona humana como tal, pues, a juicio del Tribunal, los derechos humanos citados tienen mayor contenido valorativo y constituyen finalidades más altas y primordiales que la conservación del matrimonio. Por tanto, declaró inconstitucional el hecho que la sevicia y la conducta deshonrosa que hace insoportable la vida en común, sean apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges.

Asimismo, respecto de la causal de injuria grave, el TC opinó que la "gravedad" como condición para que la injuria se convierta en causal de separación de cuerpos o de divorcio, sí debe ser apreciada por el juez en cada caso concreto; pues, a diferencia de la violencia o sevicia, todo hecho supuestamente injurioso puede no serlo, o serlo con distintos grados de intensidad, según la educación, costumbres o conductas de la persona y de la pareja. Por tanto, el juez deberá investigar si el hecho presuntamente injurioso hirió gravemente el honor interno del demandante, de manera tal que ocasione la separación de cuerpos o el divorcio.

Temas Claves: Derecho a la dignidad personal - derecho a la igualdad - derecho a la integridad física, psíquica y moral - derecho a una vida tranquila y en paz - derecho al honor y a la buena reputación - divorcio - injuria grave - separación de cuerpos - sevicia - vínculo matrimonial - violencia contra la mujer - violencia física y psicológica.

S-331

..., el derecho personal a la integridad física, síquica y moral, el derecho al honor, a la dignidad personal y a la buena reputación, el derecho a una vida tranquila y en paz y el derecho a la igualdad entre los seres humanos, son valores más altos, constitucionalmente, que la finalidad legítima de preservar el vínculo matrimonial.

Exp. N° 018-96-I/TC

Lima

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 29 días del mes de abril de mil novecientos noventa y siete, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados:

NUGENT, PRESIDENTE,
ACOSTA SÁNCHEZ, VICEPRESIDENTE,
AGUIRRE ROCA,
DÍAZ VALVERDE,
REY TERRY,
REVOREDO MARSANO,
GARCÍA MARCELO;

actuando como Secretario Relator (e), el doctor José Luis Echaíz Espinoza, pronuncia la siguiente sentencia; con el voto discordante del Magistrado José García Marcelo.

ASUNTO:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo, don Jorge Vicente Santisteban de Noriega, contra el artículo 337° del Código Civil, promulgado mediante el Decreto Legislativo N° 295.

ANTECEDENTES:

Admitida a trámite con fecha 03 de enero de 1997; se ordenó el traslado legal correspondiente al Congreso de la República, que en Sesión de Mesa Directiva, de fecha 30 de enero de 1997 nombró como apoderado del Congreso al señor Congresista, don Jorge Muñoz Zichez, ante este Tribunal.

1. LA DEMANDA

La demanda de inconstitucionalidad se interpone contra el artículo 337º, del Código Civil, que dispone: "La sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges".

Respecto al texto transcrito el accionante expresa, principalmente, lo siguiente:

a) El artículo 337º del Código Civil de 1984, viola el derecho fundamental a la igualdad ante la ley.

Este derecho está reconocido en el artículo 2, inciso 2), de la Constitución de 1993, así como también está previsto en el artículo 26º del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 24º de la Convención de Derechos Humanos.

Aplicando el test de razonabilidad al artículo 337º, se concluye que éste es discriminatorio, por las siguientes razones: a) El citado artículo coloca a las personas de escasa educación o de pocos recursos económicos en una situación de desventaja en relación con aquellas personas que sí poseen estudios o una buena posición económica; b) Si bien la finalidad de preservar el vínculo matrimonial es legítima, la regulación restrictiva del divorcio en el Código Civil vigente es una muestra de que existen otros medios que pueden conducir al fin, sin sacrificar el principio constitucional de igualdad; c) El derecho a la vida, a la integridad física, psíquica y moral así como el derecho al honor y a la buena reputación son más importantes que la preservación del vínculo matrimonial; d) No se explica por qué la conducta de ambos cónyuges debe apreciarse sólo en las tres causales aludidas en el artículo 337º y no en las otras, a no ser que se pretenda mantener diferenciaciones históricamente muy arraigadas, y que han situado a vastos sectores de la población en una posición desventajosa y abiertamente contraria al principio de igualdad.

b) El artículo 337º del Código Civil de 1984, viola el derecho fundamental a la vida, a la integridad moral, psíquica y física.

La violencia contra la mujer, en cualquiera de sus formas, constituye una violación de los derechos humanos, especialmente del derecho a la vida y a la integridad física, psíquica y moral, recogido en el artículo 2º, inciso 1) de la Constitución Política del Perú.

El derecho a la vida se encuentra reconocido también en el artículo 6º del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 4º de la Convención Americana

de los Derechos Humanos, norma que reconoce también, en su artículo 5º, el derecho a la integridad personal.

La norma impugnada que señala que la violencia física y psicológica se valora teniendo en cuenta la educación, costumbres y conducta de los cónyuges, determina que la protección de los derechos humanos depende del grado de instrucción y del estrato social al que pertenezca su titular.

c) El artículo 337º del Código Civil de 1984, viola el derecho fundamental al honor y a la buena reputación.

La jurisprudencia ha definido la injuria grave como toda ofensa inexcusable e inmotivada al honor y a la dignidad de un cónyuge, producida en forma intencional y reiterada por el cónyuge ofensor, haciendo insostenible la vida en común.

La doctrina ha definido el honor como el sentimiento de autoestima, la apreciación positiva que la persona tiene de sí misma y de su actuación. La reputación es la cara opuesta, porque es la buena idea que los demás se hacen de una persona. El honor y reputación son derechos complementarios de la persona y esenciales para que pueda convivir en sociedad.

No se entiende por qué la valoración de la injuria grave dependa de la condición social de los cónyuges. Ante idénticos insultos una persona de escasa educación puede sentirse tan ultrajada como un profesional adinerado. El derecho constitucional al honor y a la buena reputación debe protegerse al margen de la instrucción de la persona y del estrato social al que pertenezca.

La Constitución de 1993 reconoce el derecho fundamental al honor y la buena reputación en su artículo 2º, inciso 7). Este derecho se encuentra también reconocido en el artículo 17º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

d) El artículo 337º del Código Civil de 1984, viola los derechos fundamentales a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

La aplicación del artículo 337º del Código Civil trae como consecuencia que aquellas personas cuyas demandas de separación de cuerpos o de divorcio sean desestimadas en atención a su educación y costumbre, continúen soportando hechos de violencia, agravios y deshonor, que vulneran el derecho reconocido en el artículo 2º, inciso 22, de la Constitución Política del Perú.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA

Absolviendo el trámite de contestación de la demanda, el Congreso, a través de su apoderado, el señor Congresista Jorge Muñoz Sichez, la niega y contradice en todas sus partes, principalmente, por los siguientes fundamentos:

a) El artículo 337º del Código Civil no viola el derecho a la igualdad ante la ley.

El primer deber de protección que tiene el Estado recae en la familia, por eso es que en el artículo 337º del Código Civil le otorga facultad al juez para poder analizar las situaciones en las que se han producido la sevicia, injuria grave o conducta deshonrosa a fin de determinar si constituyen causal de separación de cuerpos, siempre teniendo en cuenta la conservación de la familia.

El reconocimiento del matrimonio y la familia como institutos naturales de la sociedad los coloca como precedentes en un orden de prioridad. Estas instituciones existen antes de la ley. La ley sólo las reconoce, lo que equivale a decir que la sociedad tiene base en ellos por lo que están investidos de protección y conservación.

El artículo 337º del Código Civil no viola el derecho a la igualdad ante la ley. Basa su fundamento en lo señalado por el constitucionalista José Coloma Marquina, el cual manifiesta que el Tribunal constitucional español ha dividido en dos áreas la protección al principio de igualdad, desigualdad en la ley y desigualdad en la aplicación de la ley. Continúa diciendo que, "El Tribunal Constitucional analiza la supuesta desigualdad cuando ésta nace de la Ley, determinando primero, si existe una causa objetiva y razonable que fundamenta la no igualdad; y segundo, si dicha desigualdad está desprovista de una justificación también objetiva y razonable, debiendo haber una relación de proporcionalidad entre medios y fin...".

Es distinto el caso de la desigualdad en la aplicación de la ley: citando al constitucionalista José Coloma, el demandante sostiene que se viola el principio en la aplicación de la ley, cuando un mismo precepto se aplica a casos iguales con notoria desigualdad por motivos arbitrarios, desigualdad que es sinónima para el Tribunal Constitucional español, de conducta arbitraria. A diferencia del test que se aplica en casos de desigualdad en la ley, donde la razonabilidad se mide en función de la propia norma, en la desigualdad por aplicación de la ley, ésta se mide respecto a la aplicación de la norma al caso concreto; así serán razonables las subnormas deducidas de la norma aplicable de acuerdo a cómo fueron utilizadas. En el control de igualdad en este caso, lo fundamental para el órgano de protección de la igualdad, sino plasman una adecuada tutela judicial.

b) El artículo 337º del Código Civil no viola el derecho a la vida y a la integridad moral, psíquica y física.

Según los demandados, que citan a José Rubén Taramona, la sevicia puede definirse como el trato cruel que da uno de los cónyuges al otro, actos vejatorios realizados a fin de producir un sufrimiento que logre exceder el respeto entre marido y mujer. La sevicia "Se expresa por maltratos físicos, siendo apreciada por los daños materiales que produce. Lo que busca el cónyuge agresor es el sufrimiento del otro cónyuge logrando exceder el mutuo respeto entre marido y mujer".

Considera la parte demandada que el artículo 337º no contribuye a la violación de estos derechos, pues el juez debe calificar la voluntad del infractor y la calidad

del receptor debido a que el grado del agravio depende sustancialmente de la forma en que sean apreciados y percibidos los hechos por la víctima en ese momento.

Lo que puede ser sevicia para unos, calificada como una causal de separación de cuerpos puede ser tolerable para otros, por lo que no daría lugar al fundamento de la demanda.

Está condicionado al arbitrio judicial, a la interpretación del juez teniendo en cuenta las condiciones socio económicas y culturales del cónyuge que invoca la acción, evaluando si las causas del maltrato fueron graves o no, si se trata de un hecho aislado o de un verdadero hábito; si los hechos ocurrieron en público o en privado, o si el uso de la fuerza ocurrió en defensa de un derecho o arbitrariamente.

c) El artículo 337º del Código Civil no viola el derecho al honor y la buena reputación.

Cada persona tiene un conjunto de características propias que constituyen su identidad, por lo tanto, si para unas personas las causales previstas en el artículo 337º del Código Civil pueden ser una grave ofensa, para otros no puede serlo en razón de su comportamiento habitual, costumbres o educación, u otros factores.

Por otra parte, los demandados señalan que "la injuria grave está relacionada a las ofensas que se realizan al honor y dignidad del cónyuge, producidas en forma reiterada e intencional por el agresor haciendo insoportable la vida en común. Esta puede darse en forma escrita, verbal, actitudes que denotan un ultraje y que representen un vejámen hacia la personalidad y dignidad". Como atenuación parcial, sostienen, que hay que tener en cuenta que los Tribunales aceptan como principio jurídico el aforismo clásico "Scienti et consentienti non fit injuria" (Al que conoce y consiente, no se le causa injuria o perjuicio).

d) Respecto a la violación al derecho a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

La conducta deshonrosa consiste en la realización de hechos carentes de honestidad que atentan contra la estimación y respeto que deben existir entre los cónyuges a fin de lograr la armonía conyugal. La parte demandada no expone mayores argumentos de contestación, respecto a este punto.

Finalmente, considera que la norma contenida en el artículo 337º del Código Civil, no es inconstitucional en tanto que ella sólo faculta al juez "a tener en cuenta" ciertos criterios en función de la naturaleza de las causales invocadas, pues éstas se constituyen luego en juicio valorativo.

Habiendo examinado los argumentos expuestos en la demanda y en la contestación de la misma, así como los manifestados a la vista de la causa, y los propios de los señores magistrados; encontrándose los miembros del Tribunal en aptitud de emitir su voto, y habiéndose

efectuado la votación en el Pleno convocado, para tal efecto por el Presidente del Tribunal;

FUNDAMENTOS:

Considerando:

1. Que se ha planteado la presente acción con el objeto de que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad del artículo 337° del Código Civil, que establece que "La sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges"; que la mencionada disposición se relaciona sistemáticamente con las causales de separación de cuerpos previstas en los incisos 2, 4 y 6 del artículo 333° del mismo cuerpo legal y con las causales de divorcio vincular, conforme al artículo 349° del Código Civil.

2. Que, en consecuencia, este Tribunal debe decidir si la apreciación por el juez, en cada caso concreto, de la educación, costumbre y conducta de los cónyuges es o no discriminatoria, como alega el demandante y para ello debe analizar si la desigualdad de educación, costumbre y conducta entre las parejas casadas, es circunstancia justificatoria del trato desigual que debe hacer el juez, en la aplicación del artículo 337° del Código Civil, como alega el demandado; que el principio de igualdad que la Constitución consagra en su artículo 2 inciso 2) exige, en primer lugar, que la diferenciación en el tratamiento jurídico persiga una finalidad legítima; que es legítima la finalidad del artículo 337° del Código Civil pues consiste en la conservación del vínculo matrimonial, y que es deber del Estado, plasmado en el artículo 4° de la Constitución, proteger a la familia, promover el matrimonio y reconocer a ambos como institutos fundamentales de la sociedad; que, sin embargo, también es legítima y constitucional la finalidad, dentro y fuera del matrimonio, de la defensa y del respeto a la dignidad de la persona humana, como lo establece el artículo 1° de la Constitución vigente, así como la protección del Estado a la vida, integridad moral, física y psíquica de la persona humana y de su libre desarrollo y bienestar, como lo dispone el artículo 2° inciso 1) de la Constitución; que también es legítimo y constitucional el derecho de toda persona al honor y a la buena reputación, como se desprende del artículo 2° inciso 7) de la Constitución; que el derecho a la paz, a la tranquilidad, a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, también constituye una finalidad legítima y constitucional plasmada en el artículo 2° inciso 22) de la Constitución y, por ello, resulta legítimo y constitucional el precepto del artículo 2° inciso 24), h de la Constitución cuando ordena que nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tratos inhumanos o humillantes.

Que, en consecuencia, nos encontramos ante dos valores reconocidos como constitucionales y legítimos: la defensa y conservación del vínculo matrimonial, finalidad del artículo 337° del Código Civil, y la defensa de algunos de los derechos fundamentales de la persona individual, esté o no casada.

Que, el principio de igualdad plasmado en la Constitución no sólo exige, para el tratamiento desigual en la aplicación de la ley a las personas, que la finalidad legislativa sea legítima, sino que los que reciban el trato desigual sean en verdad desiguales; que los derechos personales a la dignidad, a la integridad física, psíquica y moral, al libre desarrollo y bienestar, al honor y buena reputación, a la vida en paz, al goce de un ambiente adecuado, al desarrollo de la vida y a no ser víctima de violencia ni sometido a tratos humillantes, son derechos constitucionales aplicables a todo ser humano, sin que interese su grado de educación, sus costumbres, su conducta o su identidad cultural. En lo que respecta a estos derechos fundamentales, todas las personas son iguales, y no debe admitirse, en algunas personas y en otras no, la violación de estos derechos.

Que si bien la finalidad de la conservación del matrimonio que contiene el artículo 337° del Código Civil es legítima, no debe preferirse ni sacrificarse a la consecución de ésta, otras finalidades también legítimas y constitucionales, referidas a la defensa y desarrollo de la persona humana como tal, pues, a juicio de este Tribunal, los derechos humanos citados tienen mayor contenido valorativo y constituyen finalidades más altas y primordiales que la conservación del matrimonio.

El Tribunal no considera legítima la preservación de un matrimonio cuando para lograrla, uno de los cónyuges deba sufrir la violación de sus derechos fundamentales, derechos que son inherentes a su calidad de ser humano.

Que, el término "sevicia" utilizado en el artículo 337° del Código Civil y también por los demandados en la contestación a la demanda, debe entenderse sustituido por el de "violencia física y psicológica" y no sólo referido, como parece entender la parte demandada, a los actos de crueldad física; que la violencia física y psicológica a la que se refiere el artículo impugnado del Código Civil, es una violencia alegada como fundamento por la presunta víctima para solicitar la separación de cuerpos o el divorcio, por lo que no cabe presumir que ha consentido con ella, o que la ha perdonado, sino más bien, que no está dispuesto a tolerarla ni por costumbre, ni por miedo a la separación o al divorcio, ni por su grado de educación o cultura; que la existencia de violencia debe ser comprobada por el juez respecto a su debida existencia de modo objetivo; que, planteada la demanda de separación de cuerpos o de divorcio por el cónyuge agredido, y comprobada la existencia de violencia por acto o por conducta del otro cónyuge queda configurada y tipificada la circunstancia a que se refieren los artículos 333° y 349° del Código Civil como causal de separación de cuerpos y de divorcio vincular, pues la violencia no deja de ser tal por el hecho de que quien la realiza o el que la sufre, o ambos, tengan determinado nivel de educación o cultura, o vivan en un ambiente donde se acostumbre aceptarla, pues en todos los casos vulnera la integridad física y psíquica de la víctima, así como su dignidad y derecho a vivir en paz; que, en consecuencia, siempre que hayan indicios de violencia física o psicológica por uno

de los cónyuges debe bastar la exigencia de la presunta víctima a la separación de cuerpos o al divorcio para que sea admitida como presunta causal y pueda iniciarse el proceso; que, dentro del proceso, una vez comprobada fácticamente la violencia, queda probada también la vulneración a los principios constitucionales precitados, y no cabe, por ende, supeditar su carácter de causal, a la educación o conductas de los cónyuges.

Que, en cuanto a la costumbre, si bien es cierto que en algunos lugares del territorio peruano, o entre algunas parejas, socialmente se acepta la violencia del marido sobre la mujer, ello no justifica que el Estado recoja esa costumbre por el simple hecho de ser tal, y la plasme legislativamente, porque es deber del Estado y de este Tribunal orientar a la sociedad peruana hacia un status cada vez más civilizado y justo. Costumbres que vulneran derechos fundamentales como el de la integridad física y psicológica, el de la igualdad de los seres humanos, el de la dignidad personal y el derecho a gozar de una vida en paz, deben ser erradicadas de la sociedad por el Estado. La violencia entre marido y mujer, sin importar dónde ocurra, o qué arraigada esté, es siempre violatoria de tales derechos constitucionales que protegen a los seres humanos, todos ellos con dignidad, tengan o no cultura, tengan o no educación, tengan o no el peso de una costumbre primitiva y degradante.

Que, respecto a la injuria grave, como causal de separación de cuerpos y de divorcio, la "gravedad" es condición para que la injuria constituya causal; que la gravedad de la injuria depende del sentimiento subjetivo, particular e interno que ocasiona en la víctima, y que la intensidad de ese sentimiento depende a su vez, del sentido de honor que ella tenga de sí misma.

Que el honor interno de cada persona, es decir la apreciación que de sus propios valores y virtudes tiene, debe diferenciarse del honor externo, que es la percepción que tienen los demás respecto a los valores y virtudes de esa persona. La injuria, a diferencia de la calumnia y la difamación, incide sólo sobre el honor interno, que es muy subjetivo, pues depende de la escala de valores particular del individuo y de la comparación que sobre su propia conducta y su escala de valores, el mismo individuo realiza, sin que interese, a estos efectos, la apreciación externa de terceros.

Que, con estas premisas el Tribunal opina que la gravedad de la injuria para convertir a ésta en causal de separación de cuerpos o de divorcio, sí debe ser apreciada por el juez en cada caso concreto pues, a diferencia de la violencia o sevicia, todo hecho supuestamente injurioso puede no serlo, o serlo con distintos grados de intensidad, según la educación, costumbres o conductas de la persona y de la pareja. El juez deberá investigar si el hecho presuntamente injurioso hirió gravemente el honor interno del demandante y que, en consecuencia, no estaba acostumbrado a tal hecho o si, al contrario, estaba acostumbrado a perdonarlo, o a consentirlo, de manera que no constituye, para ese individuo en particular, una injuria grave, capaz de ocasionar la separación de cuerpos

o el divorcio. No quiere esto decir que el juzgador deba clasificar a la sociedad por estratos de mayor o menor cultura, costumbres o educación, pues en un mismo estrato económico, social y cultural es posible encontrar parejas y dentro de éstas, personas, con distinta apreciación y sentimiento de lo que constituye una injuria grave: la indagación del juez debe referirse al honor interno de la víctima y a la relación con su pareja, sin que sea gravitante el estrato social o cultural al que pertenezca.

Que la conducta deshonrosa como causal de separación de cuerpos y de divorcio exigida por el artículo 337, debe necesariamente concordarse con el inciso 6 del artículo 333 y con el artículo 349 del Código Civil, es decir que no constituye causal cualquier conducta deshonrosa, sino únicamente la que "haga insoportable la vida en común". En esta causal debe apreciarse por el juzgador no sólo el honor interno sino el honor externo de la víctima, es decir, la opinión que tengan los terceros sobre su anterior, o presente, o futura aceptación de la conducta deshonrosa de su cónyuge; que el requisito adicional de que "haga insoportable la vida en común" para constituir causal, la hace incidir sobre valores y derechos fundamentales de la persona, reconocidos en la Constitución, cuya defensa no debe quedar al arbitrio del juez. Una vez probados los dos extremos del inciso 6 del artículo 333° del Código Civil, es decir que existe conducta deshonrosa por parte de uno de los cónyuges y que dicha conducta hace razonablemente insoportable la vida en común, queda configurada la violación objetiva al derecho constitucional que toda persona tiene al honor, a la buena reputación y a la vida en paz, derechos que deben ser reconocidos, independientemente del grado de instrucción de la persona o del estrato social o cultural al que pertenezca.

Que, en lo que concierne a la costumbre, si bien el término "conducta" sugiere una "serie" de hechos que pueden suponer una costumbre entre los cónyuges, y por ende, una situación aceptada tácitamente por el agraviado, tal presunta aceptación no "constitucionaliza" la violación a la dignidad y al honor de la víctima. El requisito adicional a la conducta deshonrosa, de "hacer insoportable la vida en común" supone de modo razonablemente objetivo que, llegado determinado momento, la víctima en la relación conyugal ya no está dispuesta ni puede soportar más la conducta deshonrosa de su cónyuge, a costa de sí mismo y de sus derechos personales básicos: la interposición de la demanda debe considerarse, entonces, como presunción de derecho, de que ese momento ha llegado y la conducta deshonrosa una vez comprobada fácticamente en el proceso, pasa a constituir causal de separación de cuerpos o de divorcio.

Que, en base al artículo 2° inciso 2 de la Constitución Política, que prohíbe distinguir entre las personas por motivos de origen, condición económica o de cualquiera otra índole; a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, ratificada por el Perú el 22 de Marzo de 1996, en especial a su artículo 6° que proclama "el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación",

derecho que este Tribunal también reconoce a todo varón; al artículo 2 inciso 7) de la Constitución Política que reconoce el derecho fundamental al honor y a la buena reputación, que concuerda con el artículo 11° de la Convención Americana de Derechos Humanos y al artículo 20° inciso 22 de la misma Constitución Política, que consagra el derecho a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida y, vistas las sugerencias del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas dentro del marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, este Tribunal considera que los medios escogidos por el legislador, es decir, la apreciación por el juez en base a la educación, costumbre y conducta de los cónyuges, respecto a la violencia física y psicológica y a la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, no son adecuados, ni necesarios, ni proporcionales, para la consecución de la finalidad de preservar el vínculo matrimonial, pues vulneran principios y finalidades constitucionales más importantes. Dicho de otro modo, el derecho personal a la integridad física, síquica y moral, el derecho al honor, a la dignidad personal y a la buena reputación, el derecho a una vida tranquila y en paz y el derecho a la igualdad entre los seres humanos, son valores más altos, constitucionalmente, que la finalidad legítima de preservar el vínculo matrimonial.

Por estas consideraciones el Tribunal Constitucional

FALLA:

Declarando fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo, don Jorge Vicente Santisteban de Noriega, contra el artículo 337° del Código Civil, en la medida que la sevicia y la conducta deshonrosa que hace insoportable la vida en común, sean apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges, disposición que queda derogada; e infundada la demanda en lo referente a la injuria grave, disposición que queda vigente. El artículo 337° del Código Civil, en consecuencia, se entenderá referido en adelante exclusivamente a la causal de injuria grave.

Regístrese y publíquese en el diario oficial, en el plazo de ley.

**NUGENT
ACOSTA SANCHEZ
AGUIRRE ROCA
DIAZ VALVERDE
REY TERRY
REVOREDO MARSANO
GARCIA MARCELO**

**VOTO DEL SEÑOR GARCIA MARCELO
CONCORDANTE CON LOS FUNDAMENTOS DE LA
SENTENCIA Y DISCORDANTE, PARCIALMENTE,
CON LA PARTE RESOLUTIVA DE SU FALLO**

El Magistrado que suscribe no obstante concordar con la mayoría de los fundamentos contenidos en la sentencia y

disentir solo parcialmente, de la parte resolutive contenida en su fallo, estima que debe declararse Fundada en todos sus extremos la Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo contra el artículo 337° del Código Civil y en consecuencia Inconstitucional el referido precepto.

FUNDAMENTOS:

Que si bien es cierto que la "injuria grave" como causal de divorcio se encuentra directamente relacionada con la hipótesis de transgresión al derecho al honor, principalmente en su dimensión o esfera interna antes que en su dimensión o esfera externa, ello no supone en modo alguno que los hechos reputados como gravemente injuriosos incidan exclusiva y excluyentemente respecto del sentimiento subjetivo de la persona afectada pues todo insulto calificado, resulta tan reprochable como nocivo para la relación conyugal o de pareja, que no es por principio un asunto sólo individual sino también social, tal y como se desprende del artículo 1° de la Constitución que reconoce como el fin supremo de la sociedad y el Estado la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, y más aún, el artículo 4° de la misma Norma Fundamental que señala como deber de la comunidad y el Estado, promover al matrimonio, que no supone por supuesto y como es evidente, una relación sustentada en el maltrato moral de las personas.

Que en concordancia con lo manifestado, resulta inaceptable la invocación de la ponderación judicial tomando en cuenta circunstancias de educación, costumbre y conducta de los cónyuges, cuando se trata de merituar la causal de "injuria grave", pues ello equivaldría a decir que menos dignidad u honor, le corresponden a una persona de inferior educación o posición socio-económica que a una persona venturosamente nacida en el seno de un hogar con mejores condiciones, cuando el insulto agravado no deja de ser en cualquier circunstancia una ofensa indiscutible por donde se le mire.

Que por otra parte y correlativamente a la transgresión del derecho constitucional al honor y dignidad personales, la exigibilidad de la antes citada ponderación judicial afecta con la misma intensidad tanto el derecho a la integridad moral de las personas como el derecho a la igualdad ante la ley, reconocidos ambos en los incisos 1 y 2 del artículo 2° de la Constitución del Estado, circunstancia al parecer no merituada debidamente en los fundamentos de la sentencia.

Que por último, no existen a mi juicio elementos notoria o razonablemente distintivos entre las causales de sevicia y conducta deshonrosa por un lado y la de injuria grave, por otro, siendo por el contrario las situaciones prácticamente iguales, lo que hace aplicable el principio según el cual "donde existe la misma razón, existe el mismo derecho", siendo en consecuencia igual de inconstitucionales, las tres hipótesis recogidas por el impugnado artículo 337° del Código Civil.

GARCIA MARCELO

Exp. N° 0022-1996-I/TC [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Ingenieros del Perú. Se declara la inconstitucionalidad de los artículos 1° y 2° así como la Primera Disposición Final de la Ley N.º 26597, Ley que establece la forma en que se sustanciarán los procesos de expropiación para fines de reforma agraria y de afectación de terrenos rústicos; asimismo, la inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria Única de la Ley N.º 26756].

Fecha de Resolución: 15 de marzo de 2001

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 13 de mayo de 2001

Resumen: Mediante sentencia recaída en el Expediente N° 0022-1996-I/TC, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta por el Colegio de Ingenieros del Perú y, en consecuencia, inconstitucional los artículos 1°, 2° y la Primera Disposición Final de la Ley N° 26597, así como la Disposición Transitoria Única de la Ley N° 26756 por vulnerar el principio de intangibilidad de la cosa juzgada en materia constitucional.

Los demandantes señalaron que el Texto Único Concordado del Decreto Ley N° 17716, Ley de Reforma Agraria, según el cual los propietarios afectados recibieron bonos de la reforma agraria en lugar de dinero por sus predios expropiados, fue derogado por el D. Legislativo N° 653° de fecha 30 de julio de 1991, disponiéndose que el valor de las tierras expropiadas fueran pagadas por su valor de mercado y en efectivo. Sin embargo, el artículo 1° de la Ley N° 26597, publicada el 24 de abril de 1996, establece que los procesos de afectación y expropiación para fines de Reforma Agraria, se sustancien con las disposiciones de la Ley N° 26207, norma que, al derogar la Cuarta Disposición Transitoria del Decreto Legislativo N° 653, no permite el pago del "justiprecio" por su valor de mercado y en efectivo, lo que, por un lado, atenta contra el derecho de propiedad, reconocido en el artículo 70° de la Constitución, y, por el otro, contra el derecho fundamental al debido proceso, en sus manifestaciones de cosa juzgada y procedimiento preestablecido en la ley, reconocidas en el los incisos 2) y 3) del Artículo 139° de la Constitución.

El Tribunal Constitucional estableció que los artículos 1° y 2° de la Ley N° 26597 resultan inconstitucionales por contravenir las garantías del derecho de propiedad, el procedimiento preestablecido por la ley, y el principio valorista inherente a la propiedad, dado que, la ley impugnada, al remitir a la Ley N° 26207, deja de lado los criterios de valorización y cancelación actualizada de las tierras expropiadas, que responden a un sentido de elemental justicia, acorde con el artículo 70° de la Constitución; sustituyéndolos por el criterio de expropiación sin justiprecio o con pago meramente nominal, tal como lo estableció el TUC y al cual remitió el artículo 2° de la Ley N° 26207 y, de modo expreso, la también impugnada Disposición Final Primera de la Ley N° 26597. Asimismo, al disponerse que los procesos de expropiación para fines de Reforma Agraria se sustancien según las disposiciones de la Ley N° 26207, se está desconociendo el derecho al procedimiento preestablecido por la ley, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución de 1993.

Temas Claves: Jurisdicción predeterminada por la ley - principio de intangibilidad de la cosa juzgada en materia constitucional - privación del derecho de propiedad por causa de seguridad nacional o necesidad pública - procesos de expropiación para fines de reforma agraria - sistema del "justiprecio".

Exp. N° 022-96-I/TC
Colegio de Ingenieros del Perú.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los quince días de marzo del año dos mil uno, el Tribunal Constitucional, reunido en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los Magistrados Aguirre Roca, Presidente; Rey Terry, Vicepresidente; Nugent; Díaz Valverde; Acosta Sánchez; Revoredo Marsano y García Marcelo, pronuncia la siguiente sentencia:

ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Ingenieros del Perú, contra los artículos 1°, 2° y Primera Disposición Final de la Ley N° 26597, y 1° de la Ley N° 26599.

ANTECEDENTES

Con fecha veinte de diciembre de mil novecientos noventa y seis, el Colegio de Ingenieros del Perú, representado por su Decano don Rafael Riofrío del Solar, interpuso acción de inconstitucionalidad, por el fondo, contra los artículos 1°, 2° y Primera Disposición Final de la Ley N° 26597, y 1° de la Ley N° 26599. El texto de los citados dispositivos es el siguiente:

“Los procesos de afectación a que se refiere la Tercera Disposición Transitoria del Decreto Legislativo N° 653, así como los procesos de expropiación para fines de reforma agraria que aún se encuentren en trámite, se sustanciarán de conformidad con las disposiciones de la Ley N° 26207. Entiéndase que se encuentran en trámite aquellos procesos en los que el procurador no se haya desistido, estando expresamente autorizado en cada caso” (Artículo 1° de la Ley N° 26597).

“Conforme a lo establecido en el Artículo 29° de la Constitución Política del Perú de 1933, tal como quedó modificada por la Ley N° 15242, los bonos de la deuda agraria fueron entregados en vía de cancelación del valor de la expropiación. En consecuencia, independientemente de la oportunidad en que deban realizarse dichos Bonos, el pago de los mismos debe efectuarse por su valor nominal más los intereses establecidos por cada emisión y tipo de bono, conforme a las disposiciones legales que les dieron origen, no siendo de aplicación el reajuste previsto en la segunda parte del Artículo 1236° del Código Civil, según la modificación establecida por el Decreto Legislativo N° 768” (Artículo 2° de la Ley N° 26597).

“Al único efecto del cumplimiento de lo dispuesto en la presente ley recobran su vigencia aquellas normas que hubieren sido derogadas” (Primera Disposición Final de la Ley N° 26597).

“Bienes Inembargables.- Son Inembargables: Los bienes del Estado. Las Resoluciones Judiciales o administrativas consentidas o ejecutoriadas que dispongan el pago de obligaciones a cargo del Estado, solo serán atendidas con las partidas previamente presupuestadas del Sector

al que correspondan” (Artículo 1° de la Ley N° 26599, modificatorio del Artículo 648° del TUO del Código Procesal Civil).

La demandante expuso: a) Que durante el proceso de reforma agraria ejecutado en aplicación del Artículo del Decreto Ley N° 17716, se realizaron expropiaciones que en realidad, fueron confiscaciones, pues los propietarios afectados, en vez de dinero, recibieron Bonos de Reforma Agraria cuyo valor era muy inferior al de los predios expropiados; b) Que el valor de los bonos fue señalado arbitrariamente; c) Que se califica arbitrariamente la propiedad, dando preferencia a los predios urbanos, en desmedro de las tierras rústicas; d) Que, por el proceso inflacionario, el valor de los bonos se ha desfasado con relación al valor real de las tierras expropiadas, no constituyendo por tanto un verdadero “justisprecio”; e) Que el Decreto Legislativo N° 653, de fecha treinta de julio de mil novecientos noventa y uno, que derogó todas las leyes recogidas en el Texto Unico Concordado del Decreto Ley N° 17716, Ley de Reforma Agraria (TUC), dispuso que el valor de las tierras expropiadas fuera pagado por su valor de mercado y en efectivo; f) Que, sin embargo, el Artículo 1° de la Ley N° 26597, publicada el veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y seis, y que es materia de la presente acción, establece que los procesos de afectación y expropiación para fines de Reforma Agraria, se sustanciarán con las disposiciones de la Ley N° 26207, norma que, al derogar la Cuarta Disposición Transitoria del Decreto Legislativo N° 653, no permite el pago del “justisprecio” por su valor de mercado y en efectivo, lo que, por un lado, atenta contra el derecho de propiedad, reconocido en el Artículo 70° de la Constitución, y, por el otro, contra el derecho fundamental al debido proceso, en sus manifestaciones de cosa juzgada y procedimiento preestablecido en la ley, reconocidas en el los incisos 2) y 3) del Artículo 139° de la Constitución; g) Que el Artículo 2° de la Ley N° 26597, al disponer, que a determinadas personas no se les aplique el principio valorista que recoge el Artículo 1236° del Código Civil, esto es, el que obliga a apreciar la deuda según los índices económicos vigentes en el día de pago, vulnera igualmente la Constitución, tanto en su Artículo 2°, inciso 2) que reconoce el derecho a la igualdad ante la ley, como en su Artículo 70°, que ordena la “indemnización justispreciada”; h) Que, en lo que se refiere a la Primera Disposición Final de la Ley N° 26597, resulta igualmente evidente su inconstitucionalidad, pues al establecer que, para efectos del cumplimiento de lo dispuesto en ella, recobrarán su vigencia aquellas normas que hubiesen sido derogadas, pretende revivir normas obsoletas, creando un sistema de desigualdad en lo que respecta al trato expropiatorio y al “justisprecio”; i) Que, por otro lado, y en lo que atañe a la segunda disposición impugnada, la demandante considera que el inciso 1) del Artículo 648° del Código Procesal Civil, incorporado por la Ley N° 26599, contradice el derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el inciso 2) del Artículo 2° de la Constitución, que debe ser concordado con el Artículo 59° del Código Procesal Civil, que prohíbe los privilegios, agregando que dicha norma hace imposible la ejecución

de sentencias contra el Estado, transgrediendo el inciso 13) del Artículo 139° de la Constitución y la prohibición de expedir leyes especiales, salvo por la naturaleza de las cosas, así como la proscripción del abuso del derecho contenidas, ambas, en el Artículo 103° de la misma norma fundamental.

El Congreso de la República contesta negando y contradiciendo la demanda, aduciendo a) Que los bonos de la deuda agraria tienen efecto cancelatorio y se rigen por el principio nominalista, en virtud del cual el acreedor debe recibir la suma de moneda textualmente señalada en el bono, independientemente de las variaciones de su poder adquisitivo, las cuales redundan en ventaja o desventaja suya; b) Que el Estado, al cancelar y abonar el valor de la tierra expropiada mediante los bonos, cumplió con la obligación de restitución; c) Que, en cuanto a la modificatoria del Artículo 648° del Código Procesal Civil, se esgrime el concepto de un status superior, inherente al Estado, que le permite administrar sus bienes en beneficio de la colectividad; y d) Que la inembargabilidad dispuesta por la Ley N° 26599, no impide al Estado cumplir con sus deudas y obligaciones, las mismas que serán honradas con arreglo a la Ley del Presupuesto.

Con fecha veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete, la demandante presenta un escrito de fundamentación adicional, en cuyo apartado 6 hace conocer que el extremo de su petitorio referido a la inconstitucionalidad del Artículo 1° de la Ley N° 26599, si bien debe ser declarado improcedente por haberse expedido, por el Tribunal Constitucional, sentencia sobre la misma materia, en la que se declara inconstitucional el precepto impugnado, con fecha siete de marzo de mil novecientos noventa y siete, el Congreso de la República ha dictado la Ley N° 26756, mediante la cual se pretende dar nueva vida a tal precepto, con desconocimiento de la precitada sentencia de este Tribunal, por lo que esta última norma, en aplicación del Artículo 38° de la Ley Orgánica, N° 26435, deberá ser declarada inconstitucional.

Producida la vista de la causa el once de enero del corriente año, habida cuenta de la reincorporación de tres de los Magistrados del Tribunal, de conformidad con la Resolución Legislativa N° 007-2000-CR, del diecisiete de noviembre del dos mil, y escuchados los informes orales, y examinados cuidadosamente los argumentos correspondientes, la demanda se encuentra en estado de resolver.

FUNDAMENTOS

1. Que el Artículo 1° de la Ley N° 26597 resulta inconstitucional, cuando menos, por dos razones: a) Porque al remitir a la Ley N° 26207, es evidente que hace suyos los alcances del Artículo 3° de dicha norma, la que, a su vez, derogó tanto la Cuarta Disposición Transitoria como el Artículo 15° del Decreto Legislativo N° 653, lo que significa que los criterios de valorización y cancelación actualizada de las tierras expropiadas, que responden a un sentido de elemental justicia, acorde con el Artículo 70° de la Constitución ("*...A nadie puede privársele de su*

propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justispreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio...") han sido dejados de lado y sustituidos por el criterio de expropiación sin justisprecio o con pago meramente nominal, tal como lo estableció, en su día, el TUC y al cual remitió el Artículo 2° de la Ley N° 26207, y, actualmente y de modo expreso, la también impugnada Disposición Final Primera de la Ley N° 26597; y b) Porque al disponer que los procesos de expropiación para fines de Reforma Agraria se sustancien según las disposiciones de la Ley N° 26207, desconoce el derecho al procedimiento preestablecido por la ley, reconocido en el inciso 3) del Artículo 139° de la Constitución de 1993 ("*...Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos...*") habida cuenta de que si el Decreto Legislativo N° 653 había previsto, en su Cuarta Disposición Transitoria, concordante con su Artículo 15°, que "*La valorización y cancelación de las expropiaciones en trámite se regirá... por las disposiciones de la Ley General de Expropiación, Decreto Legislativo N° 313...*" y que "*El valor de las tierras expropiadas será pagado a su valor de mercado y en efectivo*", y, por otro lado, había derogado, en su Primera Disposición Final, el TUC, es evidente que, sin anular los procesos expropiatorios en trámite, dicho Decreto Legislativo N° 653, les asignó unas consecuencias determinadas (pago en valor de mercado y en efectivo), que ahora, con el dispositivo materia de impugnación (que, como se ha visto, remite a la Ley N° 26207 en todos sus contenidos) resultan desconocidos.

2. Que el Artículo 2° de la Ley N° 26597 tiene el propósito, por un lado, de convalidar el sistema del "justisprecio" representado en bonos, y, por otro, el de otorgar al "justisprecio" un tratamiento inalterable y ajeno a las circunstancias de tiempo. A este respecto y si bien el propósito de utilizar bonos como medio de pago, no era inconstitucional cuando se estipuló, pues la Constitución de 1933, entonces vigente, lo autorizaba; el régimen cancelatorio al que se sometió dicho procedimiento, sí fue y sigue siendo inconstitucional, por las razones de fondo expuestas en la demanda y en cuya virtud se convirtió en un régimen confiscatorio.

3. Que la Primera Disposición Final de la Ley N° 26597, al revivir normas inconstitucionales (esto es, el TUC), según resulta del análisis corriente líneas arriba, es igualmente inconstitucional.

4. Que, en lo que respecta a la parte de la demanda que cuestiona la constitucionalidad del Artículo 1° de la Ley N° 26599, cuyo texto modifica el Artículo 648° del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, carece de objeto pronunciarse, habida cuenta de haberse expedido, por este mismo Tribunal Constitucional (Expediente N° 006-96-I/TC) sentencia, con fecha treinta de enero de mil novecientos noventa y siete, dejando sin efecto tal dispositivo, lo que implica una situación procesal de sustracción de materia.

5. Que respecto de la petición ampliatoria formulada por la entidad demandante por escrito del veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete y mediante la cual solicita que, por conexión, se declare inconstitucional la Ley N° 26756, del siete de marzo de mil novecientos noventa y siete, debe tenerse presente que dicha ley, en la medida en que, según acertadamente lo señala el demandante, no respeta la vigencia constitucional y los alcances de la sentencia de éste Tribunal Constitucional, de fecha treinta de enero de mil novecientos noventa y siete, que declaro inconstitucional el artículo 1° de la Ley N° 26599, es igualmente inconstitucional. Por lo demás, en estas circunstancias, éste Tribunal se encuentra obligado, en virtud del artículo 38° de su propia Ley Orgánica N° 26435, a pronunciarse en tal sentido.

6. Que por otro lado y aunque resulte obvio decirlo, las sentencias del Tribunal Constitucional asumen carácter plenamente vinculante respecto de los demás poderes públicos, conforme lo precisa el Artículo 35° de la citada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Este sólo hecho supone que aunque pudieran existir otras normas jurídicas no declaradas inconstitucionales por este Colegiado, ello no significa que los efectos de esta sentencia pudieran perder vigencia frente a normas en alguna forma conexas con el asunto de fondo discutido en el presente proceso. Emitida esta sentencia y declaradas inconstitucionales las normas objeto de impugnación, quedan carentes de sustento jurídico todas aquellas que pudieran resultar incompatibles con la misma, siendo obligación de los demás poderes públicos, y especialmente de la Magistratura ordinaria, acatar los efectos de esta sentencia de acuerdo a la Primera Disposición General de la misma Ley Orgánica N° 26435 cuyo texto dispone *“Los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”*.

7. Que por consiguiente y con la excepción hecha para el caso del artículo 1° de la Ley N° 26599, habida cuenta de la sustracción de materia, queda acreditada la

inconstitucionalidad manifiesta de los dispositivos materia de impugnación: Del Artículo 1° de la Ley N° 26597, por contravenir las garantías del derecho de propiedad y el procedimiento preestablecido por la ley; del Artículo 2° de la Ley N° 26597, por transgredir el principio valorista inherente a la propiedad; de la Disposición Final de la Ley N° 26597, por vulnerar, reiterativamente, el derecho de propiedad y el procedimiento preestablecido; y, finalmente, y por razones de conexión y concordancia, de la Disposición Transitoria Unica de la Ley N° 26756, por vulnerar el principio de intangibilidad de la cosa juzgada en materia constitucional. En tal sentido, resultan de aplicación los Artículos 34°, 35°, 36°, 37°, 38°, 40° y Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal N° 26435 en concordancia con los Artículos 2° inciso 16), 70°, 103°, 139° incisos 3) y 13), 201°, 202° y 204° de la Constitución Política del Estado.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional en uso de las atribuciones conferidas por la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica

FALLA

Declarando FUNDADA, en parte, la demanda y, en consecuencia, inconstitucionales por razones de fondo, los Artículos 1° y 2° y la Primera Disposición Final de la Ley N° 26597, así como la Disposición Transitoria Unica de la Ley N° 26756. Declara que carece de objeto pronunciarse respecto del Artículo 1° de la Ley N° 26599, por haberse producido sustracción de materia. Ordena, asimismo, la incorporación del fundamento jurídico 6) a la parte resolutive de la presente sentencia. Dispone la notificación a las partes del presente proceso y su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

SS.

**AGUIRRE ROCA
REY TERRY
NUGENT
DIAZ VALVERDE
ACOSTA SANCHEZ
REVOREDO MARSANO
GARCIA MARCELO**

Exp. N° 0005-2001-AI/TC [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por la Defensoría del Pueblo. Se declara la inconstitucionalidad de los artículos 1°; 2°, literal a), numeral 6); 6°, incisos b), c) y d); 7°, incisos a), b), c), e), f), g), i), primer y tercer párrafo, e inciso j) y del artículo 8° del Decreto Legislativo N° 895, Ley contra el terrorismo agravado; del artículo 2° de la Ley N° 27235, Ley modificatoria del Decreto Legislativo N° 895; y, de los incisos a), b), c), f) y g) del artículo 1° del Decreto Legislativo N° 897, Ley de Procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de los delitos agravados que tipifica el Decreto Legislativo N° 896].

Fecha de Resolución: 15 de noviembre de 2001

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 17 de noviembre de 2001

Resumen: Como consecuencia de la delegación de facultades otorgadas al Poder Ejecutivo, mediante Ley N° 26950 del 18 de mayo de 1998, para legislar en "materia de seguridad nacional", se expidieron los Decretos Legislativos N°s 895 y 897, dirigidos a combatir la delincuencia común, los mismos que fueron materia de cuestionamiento en el presente proceso constitucional.

Dado que el bien jurídico que se quiso proteger con la delegación de facultades, fue, según lo expresa la Ley N° 26950, la seguridad nacional, el Tribunal Constitucional consideró necesario, en primer término, esclarecer el significado y los alcances de dicho concepto, a fin de averiguar si los decretos legislativos impugnados se circunscribían al área delegada. Así, precisó que el concepto de seguridad nacional, el cual implica un grave peligro para la integridad territorial, para el Estado de Derecho y el orden constitucional establecido, no debe confundirse con el de seguridad ciudadana, que normalmente tiene por finalidad preservar la paz, la tranquilidad y la seguridad de los ciudadanos, sin mediar el factor político y/o el trasfondo ideológico en su vulneración. Indicó que sólo, por excepción o emergencia, puede equipararse al concepto de seguridad ciudadana cuando ésta es perturbada gravemente. De este modo, quien delinque contra la seguridad ciudadana, no se propone derrocar o amenazar al régimen político constitucionalmente establecido, a fin de imponer uno distinto o una distinta ideología.

Posteriormente el TC advirtió que los dispositivos impugnados dirigidos a combatir la delincuencia común organizada en bandas armadas responden, más bien, al objetivo de preservar el orden interno o la *seguridad ciudadana*, que al de proteger el bien jurídico de la seguridad nacional. No coincidiendo, entonces, la materia delegada (*seguridad nacional*) con el objetivo que busca la delegación (combatir la delincuencia común en su expresión de bandas armadas), deviniendo, por tanto, dichos decretos en inconstitucionales. Señaló que la delincuencia común, aún organizada en bandas armadas, carece de la motivación político-ideológica que es elemento constitutivo del delito de terrorismo que atenta contra la seguridad nacional.

En cuanto al fondo, el Tribunal estimó que, dada la naturaleza, las repercusiones de los decretos impugnados, el interés nacional y el régimen transitorio de la normatividad jurídica, le corresponde examinar y dejar constancia de su opinión sobre algunos extremos de la demanda.

Así, expresó que, de conformidad con el artículo 45° de la Constitución y el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 895, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27235, se vulnera el

principio constitucional de *interdicción de la arbitrariedad*, al calificar como terrorista a quien integre o sea cómplice de una banda armada. En criterio del Tribunal, el elemento que ha de caracterizar a este tipo de ilícito es la finalidad política y/o ideológica de la agrupación organizada. En consecuencia, si ésta no tiene como objetivo esa finalidad política, el ilícito no constituye "terrorismo", sino un ilícito común distinto. Asimismo, señaló que el bien jurídico tutelado en el delito de terrorismo es el régimen político democrático definido por la Constitución, vale decir, la seguridad nacional. En consecuencia, los ilícitos penales cometidos por agrupaciones organizadas que no afecten este bien jurídico, porque no tienen la finalidad de sustituir o variar el régimen político-democrático establecido por la Constitución y carecen del elemento subjetivo tipificante, no constituyen delito de terrorismo.

Precisó que las bandas armadas a las que se refiere el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 895 pueden ser utilizadas por el terrorismo, pero no toda banda armada que robe, secuestre o extorsione, persigue objetivos políticos basándose en una ideología. No es suficiente organizarse en bandas y utilizar armas de guerra para ubicarse en la tipificación del terrorismo.

Consideró que no es constitucionalmente admisible que, a fin de aplicar a las bandas armadas las normas procesales, sustantivas y ejecutivas penales, rigurosas y severas que la Constitución reserva al terrorismo, al tráfico ilícito de drogas y al espionaje –y que prohíbe para los demás delitos– se pretenda "etiquetar" como terrorismo a conductas delictivas que no lo son.

Por otro lado, respecto de las atribuciones otorgadas a la Policía Nacional del Perú, mediante D. Legislativo N° 897, tales como: la incomunicación del detenido a solicitud de la PNP; la asignación de abogado de oficio por la Policía Nacional del Perú si el detenido no lo designa; la investigación del delito por la PNP con la intervención del Ministerio Público; la obligación del Ministerio Público de incluir en la denuncia penal la petición de ampliación de la investigación, a solicitud de la PNP; la obligación del juez de aceptar dicha petición y la designación de abogado de oficio a la persona detenida por parte de la Policía Nacional del Perú, el colegiado determinó que las mismas eran inconstitucionales, al trasladar a la PNP atribuciones que competen al Ministerio Público conforme al artículo 159°, inciso 4) de la Constitución. En tal sentido, recalcó que el Ministerio Público es el encargado de la conducción del proceso en la fase prejurisdiccional y que la Policía Nacional del Perú desarrolla una función meramente ejecutiva y, por ende, subordinada funcionalmente, en lo que a la investigación del delito se refiere.

Finalmente, también declaró inconstitucional, por ser contraria a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y al debido proceso exigido por la Constitución, el disponer en una norma procesal penal que el imputado, en todo caso –es decir, sin sopesar las circunstancias de cada expediente– tendrá mandato de detención desde el inicio de la instrucción. Así como la prohibición de conceder al imputado cualquier tipo de libertad durante la instrucción y el sometimiento de personas civiles a la jurisdicción militar cuando se trata de los delitos de traición a la patria y terrorismo (Ley N° 27235, artículo 2), al haberse establecido en la presente sentencia, que las conductas tipificadas por el Decreto Legislativo N° 895 *no constituyen terrorismo*, sino simplemente ilícitos comunes cometidos por agrupaciones organizadas.

Temas Claves: Defensa nacional - delito de terrorismo - jurisdicción militar - justicia común - orden público interno - seguridad ciudadana - seguridad nacional - terrorismo especial.

EXP. N.º 005-2001-AI/TC
LIMA

DEC. LEG N.º 895 Y OTRAS DISPOSICIONES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los quince días del mes de noviembre de dos mil uno, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Aguirre Roca, Presidente; Rey Terry, Vicepresidente; Nugent, Díaz Valverde, Acosta Sánchez y Revoredo Marsano, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo contra los artículos 1º, 6º, incisos b), c) y d), 7º, incisos a), b), c), e), f), g), i) primer y tercer párrafo y artículo 8º, inciso j) del Decreto Legislativo N.º 895; así como, contra la Segunda Disposición Final de dicho decreto, modificado por el artículo 2º de la Ley N.º 27235; también, contra el artículo 1º, incisos a), b), c), d), e), f) y g), artículo 2º, inciso a), c), d), e), f), artículo 3º, inciso c), d) y e), artículo 4º, 5º y 8º del Decreto Legislativo N.º 897; y finalmente, contra los artículos 193º y 194º de la Ley N.º 27337 (Código del Niño y el Adolescente).

ANTECEDENTES

Manifiesta el demandante que la propia norma delegatoria de facultades, Ley N.º 26950, sobre cuya base se expidieron los decretos legislativos impugnados, ya presentaba problemas, al calificar como de "seguridad nacional" a la materia delegada, cuando se refería, en verdad, a delitos que no amenazaban la seguridad nacional.

Sostiene que el artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 895 vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad, implícito, a su criterio, en el artículo 45º de la Constitución Política del Estado, debido a que su concepto de "terrorismo especial" no concuerda con el concepto constitucional de *terrorismo*, pues la conducta tipificada en el mencionado dispositivo carece del elemento ideológico que caracteriza la finalidad política del *terrorismo*, tal como se infiere de la Constitución.

Afirma también que el literal b) del artículo 6º, del Decreto Legislativo N.º 895 es incompatible con el derecho a la libertad personal, presente en el artículo 2º, inciso 24), literal "f", de la Constitución, dado que la mencionada denominación de "terrorismo" permite extender el supuesto excepcional de detención por quince días recortando así, indebidamente, el derecho de libertad.

Agrega que el artículo 1º y el numeral 6) del literal "a", del artículo 2º, del Decreto Legislativo N.º 895, son contrarios al mandato de taxatividad como expresión del principio de legalidad penal, presente en el literal "d", inciso 24), artículo 2º de la Constitución, ya que el primero de los mencionados dispositivos, a continuación de los delitos de robo, secuestro y extorsión, agrega "u otro delito contra

la vida, (...)" Asimismo, el segundo de los dispositivos mencionados tipifica como forma de delito de "terrorismo especial", el hecho de proporcionar información sobre personas, patrimonios, edificios públicos, privados *y cualquier otro*, con la única exigencia de que conduzcan a la elaboración de planes delictivos. Sostiene que este tipo de enunciados amplía los márgenes de imprecisión y, por ende, de discrecionalidad policial, fiscal y judicial en la interpretación de los tipos penales, cosa contraria al principio de taxatividad. Este cuestionamiento se hace extensivo a los artículos 193º y 194º de la Ley N.º 27337, Código de los Niños y Adolescentes, toda vez que el concepto de "pandilla perniciosa" resulta inédito y se caracteriza por su ambigüedad y vaguedad.

Además, la Defensoría solicita a este Tribunal la declaración de inconstitucionalidad de los incisos b) y d) del artículo 6º del Decreto Legislativo N.º 895. Afirma que estas disposiciones resultan contrarias al literal "f", inciso 24) del artículo 2º de la Constitución, por cuanto posibilitan la detención de una persona en la etapa prejurisdiccional de los delitos tipificados por el citado decreto, sin hacer mención alguna a que dicha detención deba realizarse en el supuesto de flagrancia o existencia de resolución judicial. Asimismo, aduce que es inconstitucional el inciso a), del artículo 7º del citado decreto, que regula la formalización de la denuncia penal por parte del Ministerio Público y el inicio de la instrucción por parte del juez, porque supone la posibilidad de que los imputados se encuentren detenidos antes del inicio de la instrucción. Este cuestionamiento se haría también extensivo a los incisos b), c) y d), del artículo 6º, del citado Decreto Legislativo N.º 897.

Se pretende también la declaración de inconstitucionalidad de los incisos c) y d) del artículo 6º, del Decreto Legislativo N.º 895, así como, de los incisos a), f) y g) del artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 897. Alega que estas disposiciones son contrarias a lo establecido en el inciso 4) del artículo 159º de la Constitución, según el cual corresponde al Ministerio Público la conducción de la investigación de los delitos, estando la Policía Nacional obligada a cumplir sus órdenes; sin embargo, según el inciso c) del artículo 6º, del Decreto Legislativo N.º 895, es la Policía Nacional la que solicita al juez la detención de una persona y no el Ministerio Público, la misma que, inclusive, tendría poder para solicitar al juez restricciones de derechos tan importantes como el de comunicación, que implican una capacidad técnico-jurídica de la que carecen. Similar vicio de inconstitucionalidad presentaría el inciso a) del artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 897, según el cual es la Policía Nacional la que investiga los delitos agravados tipificados por el Decreto Legislativo N.º 896, con la simple intervención del Ministerio Público y no bajo su dirección funcional. En análoga situación, se encontraría el inciso f) del artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 897, conforme al cual, cuando la Policía Nacional lo solicite, el Ministerio Público tendría que incluir en su denuncia una petición al juez para que éste otorgue a la Policía la ampliación del plazo de investigación policial, agravando más aún tal situación, cuando la misma norma señala que el juez, en

el auto apertorio de instrucción, está obligado a conceder dicha ampliación, tiempo durante el cual los procesados permanecerán bajo la competencia de la Policía Nacional, detenidos en sus instalaciones. Esta norma vulneraría, además, los principios constitucionales de autonomía e independencia reconocidos en el inciso 1) del artículo 146º de la Constitución, ya que los jueces están sometidos sólo a la Constitución y la ley, mas no a las decisiones de la Policía Nacional, y afectaría, también, el principio de competencia judicial, pues a pesar de existir proceso penal abierto, los procesados se encontrarían bajo la competencia de la Policía Nacional. Análogo vicio presentarían el inciso d) del artículo 6º, del Decreto Legislativo N.º 895 y el inciso g) del artículo 1º, del Decreto Legislativo N.º 897, debido a que establecen que es la Policía Nacional y no el Ministerio Público, la que designa defensor al imputado que no ha nombrado abogado.

De acuerdo con los incisos a) y b) del artículo 7º, del Decreto Legislativo N.º 895 y al inciso e) del artículo 1º e inciso a) del artículo 2º, del Decreto Legislativo N.º 897, el imputado, en todo caso, tendrá mandato de detención en su contra desde el inicio de la instrucción. Según el demandante, esta norma afecta el principio de presunción de inocencia, dado que desnaturaliza el carácter cautelar de la prisión provisional y debilita las posibilidades de defensa. El inciso c) del artículo 7º, del Decreto Legislativo N.º 895, así como el inciso a) del artículo 2º, del Decreto Legislativo N.º 897, prohíben cualquier tipo de libertad durante la instrucción, vulnerando la presunción de inocencia y el derecho de defensa. Por otra parte, el inciso d) del artículo 7º, del Decreto Legislativo N.º 895 y el inciso b) del artículo 2º, del Decreto Legislativo N.º 897, establecen que las cuestiones previas, prejudiciales, excepciones y cualquier otra articulación, deberán resolverse en el principal al momento de la sentencia. Sostiene la Defensoría que estas normas conllevarían a restringir el derecho de defensa del imputado y a mantenerlo bajo prisión provisional durante el proceso. El primer párrafo del inciso i) del artículo 7º, del Decreto Legislativo N.º 895, así como el artículo 4º del Decreto Legislativo N.º 897, establecen que en la instrucción y el juicio oral no se podrá ofrecer como testigos a quienes intervinieron, en razón de sus funciones o cargos, en la elaboración del atestado policial. Por otro lado, el tercer párrafo del inciso i) del artículo 7º, del Decreto Legislativo N.º 895 y el artículo 5º del Decreto Legislativo N.º 897, establecen que no procede recusación contra los magistrados intervinientes ni contra los auxiliares de justicia. Se afirma que estas disposiciones afectan los mecanismos de defensa del imputado. El primer párrafo del inciso i) del artículo 7º del Decreto Legislativo N.º 895 y el artículo 4º del Decreto Legislativo N.º 897, establecen que el atestado policial tendrá valor probatorio. Con ello, se afecta no sólo el derecho de defensa, sino, además, los principios que rigen la producción de la prueba en el proceso penal, como los de intermediación, contradicción, publicidad e igualdad. Estas disposiciones debilitan sustancialmente la posición del imputado, colocándolo en posición de desventaja respecto al Ministerio Público y, desde esa perspectiva, resultan contrarias al principio de *igualdad de armas*.

El inciso e) del artículo 7º, del Decreto Legislativo N.º 895, establece que la instrucción concluye en un plazo de veinte días, prorrogables por diez días más. El inciso f) del artículo 7º, del Decreto Legislativo N.º 895, establece en cuarenta y ocho horas el plazo para que el fiscal emita dictamen, e igual plazo para que el juez emita el informe correspondiente; el inciso g), por su parte, establece el plazo de veinticuatro horas para fijar fecha y hora de la audiencia, y el inciso j) establece plazos excesivamente cortos para la tramitación del recurso de nulidad. Esta sumariedad del plazo de instrucción debilita la naturaleza cognoscitiva del proceso, lo que no respeta las exigencias del debido proceso y el principio de legalidad procesal penal (*nulla poena sine iudicio*). Los dispositivos mencionados regulan una estructura procesal inconstitucional que, además, de vulnerar el derecho y el principio antes citados, afectan el principio de igualdad de armas y el principio de presunción de inocencia. Análoga situación de inconstitucionalidad, presentan los incisos c), d), e) y f) del artículo 2º, del Decreto Legislativo N.º 897, que regulan los plazos y trámites para la instrucción de los delitos agravados por el Decreto Legislativo N.º 896; así como los incisos c), d) y e) del artículo 3º del Decreto Legislativo N.º 897, regulatorio del recurso de nulidad.

El demandante afirma, además, que la Segunda Disposición Final del Decreto Legislativo N.º 895, modificado por la Ley N.º 27235, es inconstitucional porque afecta el derecho al juez natural, al permitir que civiles sean juzgados por la justicia militar, por delitos comunes, pero inconstitucionalmente tipificados como de "terrorismo especial".

Finalmente, sostiene que el artículo 8º del Decreto Legislativo N.º 895 y el artículo 8º del Decreto Legislativo N.º 897, son inconstitucionales debido a que prohíben el acceso a beneficios penitenciarios, lo que contraviene el artículo 1º y el inciso 2) del artículo 139º de la Constitución, que establecen los principios de resocialización que rigen el régimen penitenciario.

El Procurador Público del Estado a cargo de los asuntos judiciales del Consejo de Ministros, contesta la demanda afirmando lo siguiente: que las disposiciones cuestionadas fueron expedidas basadas en *elius puniendi* del Estado; que dichas normas no vulneran el principio de legalidad ni el principio de taxatividad, porque fueron expedidas por autoridad legítimamente constituida, y porque el juzgamiento y la eventual condena de personas se efectuará basándose en dichas normas. Afirma que la detención preventiva por el término de quince días, que establece el Decreto Legislativo N.º 895, no contraviene la Constitución, dado que ésta establece ese plazo en casos de terrorismo. Alega que no se vulnera la disposición constitucional que reconoce al Ministerio Público la conducción jurídico funcional de la etapa prejurisdiccional, ni se vulnera el principio de presunción de inocencia, dado que las penas privativas de la libertad impuestas por el citado decreto legislativo son superiores a cuatro años, lo cual justifica la necesaria expedición del mandato de detención, conforme la norma impugnada -

incisos a) y b) del Decreto Legislativo N.º 895– lo establece. Manifiesta que el hecho de que los plazos procesales contemplados por la norma impugnada sean cortos, no afecta el derecho al debido proceso ni el principio de legalidad procesal, dado que, para la condena de una persona, habrá de mediar siempre un proceso judicial. Agrega que no se vulnera el derecho al juez natural, porque el juez competente era el fuero militar y tampoco el principio que rige el régimen penitenciario establecido por el inciso 22) del artículo 139 de la Constitución.

FUNDAMENTOS

1. SUSTRACCIÓN PARCIAL DE LA MATERIA

El artículo 5º de la Ley N.º 27472, del cinco de junio de mil novecientos noventa y ocho, modifica el artículo 1º, deroga los artículos 2º y 3º del Decreto Legislativo N.º 896 y las disposiciones del Decreto Legislativo N.º 897 que se opongan a dicha ley.

Las modificaciones al artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 896 están referidas a las penas correspondientes al asesinato, secuestro, violación sexual de menores de edad, robo, robo agravado y extorsión, reduciendo los plazos de prisión.

Los artículos 2º y 3º del mismo decreto legislativo, derogados por la Ley N.º 27472, se referían a la eficacia y vigencia de dicho decreto legislativo.

En cuanto a la derogación de las disposiciones del Decreto Legislativo N.º 897, que se oponen a la Ley N.º 27472, debe considerarse que aquél establecía un procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de los delitos a que se refiere el artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 896 ya mencionados, y prohibía el acceso a los beneficios penitenciarios del Código de Ejecución Penal. Como el artículo 2º de la Ley N.º 27472 establece que dichos delitos serán tramitados de conformidad con las normas del Código de Procedimientos Penales, y como el artículo 4º de la misma ley expresa que los beneficios penitenciarios para los delitos previstos en el Decreto Legislativo N.º 896 se regulan por el Código de Ejecución Penal, debe entenderse que las disposiciones del Decreto Legislativo N.º 897 sobre esas materias, han quedado derogadas, produciéndose, consecuentemente, la sustracción parcial de la materia impugnada en esta acción de inconstitucionalidad.

La nueva ley, por otra parte, no deroga los incisos a), b), c), f) y g) del artículo 1º, del Decreto Legislativo N.º 897. Los incisos señalados regulan aspectos relativos a la investigación policial y la intervención del Ministerio Público en la etapa pre-jurisdiccional, no regulada por la nueva ley. Por esta razón, el Tribunal Constitucional procede a pronunciarse sobre la inconstitucionalidad o no de los mismos, así como del resto de disposiciones impugnadas aún no derogadas.

La derogación de una norma no implica, necesariamente, exonerar al Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre su inconstitucionalidad, ya que los efectos en el tiempo de la norma derogada pueden variar ante una

declaración de inconstitucionalidad. Sin embargo, en este proceso, no es necesaria tal declaración de inconstitucionalidad, dado que la nueva ley tendrá que ser aplicada respecto de los efectos de la antigua, en virtud del principio de la retroactividad penal benigna.

2. LA DELEGACION DE FACULTADES POR EL CONGRESO AL PODER EJECUTIVO.

La Ley N.º 26950, del dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho otorgó al Poder Ejecutivo autorización para legislar en "materia de seguridad nacional".

La misma ley especificó la materia delegada en su artículo 2º e indicó que los decretos legislativos que se expidieran con arreglo a dicha ley autoritativa, tendrían por materia la Seguridad Nacional y se fundamentarían "en la necesidad de adoptar e implementar una estrategia para erradicar un peligroso factor de perturbación de esa seguridad, generado por la situación de violencia creciente que se viene produciendo por las acciones de la delincuencia común organizada en bandas, utilizando armas de guerra y explosivos y provocando un estado de zozobra e inseguridad permanente en la población".

Como consecuencia de lo anterior, se expidieron, entre otros, los Decretos Legislativos N.ºs 895 y 897, impugnados por el Defensor del Pueblo en este proceso constitucional y dirigidos a combatir la delincuencia común.

El bien jurídico que se quiso proteger con la delegación de facultades, es, según lo expresa la Ley N.º 26950, la Seguridad Nacional. Resulta necesario, entonces, esclarecer el significado y los alcances de dicho concepto ("Seguridad Nacional"), a fin de averiguar si los decretos legislativos impugnados se circunscriben al área delegada.

La enmarcación del contenido de la "Seguridad Nacional" es pertinente, a fin de no extender el trato excepcional de limitación de derechos fundamentales que su defensa supone –como valor prioritario para la sociedad– a actos que no atentan contra ella y, por tanto, no justifican el trato limitativo correspondiente.

Sin embargo, y previamente, debe notarse que el encargo del legislador no basta, por sí solo, para esclarecer el contenido constitucional del bien jurídico que se intenta proteger o el contenido de los actos que se busca sancionar, porque el propio encargo del poder Legislativo puede ser inconstitucional, si vulnera el artículo 104º de la Constitución que prohíbe delegar ciertas materias.

El Poder Legislativo ha considerado que constituye delito de terrorismo, contra "*la Seguridad Nacional*", la provocación de un estado de zozobra e inseguridad permanente en la sociedad, por acción de la delincuencia común organizada en bandas armadas, según consta en el articulado del Decreto Legislativo N.º 895, y en el texto de la Ley N.º 27235, que lo modifica.

La Constitución, sin embargo, caracteriza a la *Seguridad Nacional* como un bien jurídico íntimamente vinculado a

la *Defensa Nacional*, más que a la seguridad ciudadana o al llamado orden público interno.

Bajo el título de "De la Seguridad y de la Defensa Nacional", en efecto, el artículo 163° de la Constitución expresa: "El Estado garantiza la *seguridad de la Nación* mediante el sistema de Defensa Nacional". Los artículos siguientes declaran que el sistema de Defensa está dirigido por el Presidente de la República, y establecen la manera como están constituidas las Fuerzas Armadas, cuyas finalidades primordiales son garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República. Estas Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno sólo en casos de Régimen de Excepción; es decir, para casos o situaciones que afecten la vida de la Nación, o en estado o peligro de sitio, invasión o guerra.

El concepto de *Seguridad Nacional no debe confundirse con el de seguridad ciudadana*. Aquella implica un peligro grave para la integridad territorial, para el Estado de Derecho, para el orden constitucional establecido: es la violencia contra el Estado y afecta los cimientos del sistema democrático, como se expresó en la vigésima cuarta reunión de Ministros de Relaciones Exteriores de la Organización de Estados Americanos, este 20 de setiembre de 2001. Supone, pues, un elemento político o una ideología que se pretende imponer, y sólo puede equipararse a la *seguridad ciudadana* por excepción o emergencia, cuando ésta es perturbada gravemente. La *seguridad ciudadana* normalmente preserva la paz, la tranquilidad y la seguridad de los ciudadanos, sin mediar el factor político y/o el trasfondo ideológico en su vulneración. Quien delinque contra la *seguridad ciudadana*, no se propone derrocar o amenazar al régimen político constitucionalmente establecido, a fin de imponer uno distinto o una distinta ideología.

El *poder punitivo* del Estado tiene límites impuestos por la Constitución. No puede ser arbitrario ni excesivo. Debe ser congruente con los principios constitucionales y *razonablemente proporcionado no sólo al hecho delictivo, sino también al bien jurídico* protegido. Por eso, no sólo el delito debe estar claramente tipificado en la ley, de manera detallada y explícita, sino además, el bien jurídico protegido debe ser delimitado claramente, a fin de impedir que ciertos actos sean calificados o tipificados equívocamente por el juzgador, con las consecuencias de un proceso indebido y una pena injusta.

La necesidad comprensible, real y legítima, de combatir la delincuencia común organizada en bandas armadas responde, más bien, al objetivo de preservar el orden interno o la *seguridad ciudadana*, que a la finalidad de proteger el Estado de Derecho, el régimen constitucional o la integridad territorial; es decir, que al bien jurídico de la seguridad nacional. La delincuencia común, aún organizada en bandas armadas, carece de la motivación político-ideológica que es elemento constitutivo del delito de terrorismo que atenta contra la seguridad nacional.

No coinciden, entonces, la materia delegada de *Seguridad Nacional* con el objetivo que busca la delegación; es decir,

combatir la delincuencia común en su expresión de bandas armadas. Esta incongruencia en la propia delegación de facultades bastaría para declarar inconstitucionales los decretos legislativos que son objeto de la presente acción de inconstitucionalidad. En efecto, dicha incongruencia ocasiona la irracionalidad de la ley autoritativa y, por lo tanto, en último análisis, su inconstitucionalidad. Ahora bien, los decretos legislativos expedidos a partir de una ley autoritativa vigente, pero incompatible con la Constitución, no invalidan su constitucionalidad formal. La inconstitucionalidad de la ley autoritativa ocasiona una inconstitucionalidad originaria de los decretos legislativos expedidos a partir de aquélla. El Tribunal Constitucional considera que ello es razón suficiente para declarar la inconstitucionalidad de los decretos legislativos impugnados. En cuanto al fondo, el Tribunal concuerda con los argumentos de la demandante –salvo los referidos a las pandillas perniciosas– y estima, además, que, dada la naturaleza, las repercusiones de los decretos impugnados, el interés nacional y el régimen transitorio de la normatividad jurídica, le corresponde examinar y dejar constancia de su opinión sobre algunos extremos de la demanda.

De conformidad con el artículo 45° de la Constitución, el Tribunal estima que el artículo 1° del Decreto Legislativo N.° 895, modificado por el artículo 1° de la Ley N.° 27235, vulnera el principio constitucional de *interdicción de la arbitrariedad*, al calificar como terrorista a quien integre o sea cómplice de una banda armada. En criterio del Tribunal, el terrorismo –agravado o especial– tiene como sujeto activo a una agrupación organizada de personas armadas; como sujeto pasivo al Estado; el bien jurídico tutelado por la normatividad del terrorismo es el régimen político-ideológico establecido constitucionalmente; y la acción o conducta proscrita es la sustitución o variación violenta del régimen político, ideológico democrático y constitucionalmente establecido. Ahora bien, aun cuando el sujeto activo o agente de este tipo de ilícito penal está constituido por agrupaciones organizadas y armadas, ello no implica que todos los ilícitos penales cometidos por agrupaciones organizadas y armadas constituyan "terrorismo". En efecto, el elemento que ha de caracterizar este tipo de ilícito es la finalidad política y/o ideológica de la agrupación organizada. En consecuencia, si ésta no tiene como objetivo esa finalidad política, el ilícito no constituye "terrorismo", sino un ilícito común distinto. Esto mismo se desprende de la consideración necesaria que debe efectuarse respecto del bien jurídico tutelado a través del tipo penal del terrorismo. En la persecución del terrorismo, el bien jurídico tutelado es el régimen político democrático definido por la Constitución; vale decir, la Seguridad Nacional. En consecuencia, los ilícitos penales cometidos por agrupaciones organizadas que no afectan este bien jurídico, porque no tienen la finalidad de sustituir o variar el régimen político-democrático establecido por la Constitución y carecen del elemento subjetivo tipificante, no constituyen terrorismo.

Las bandas armadas a las que se refiere el artículo 1° del Decreto Legislativo N.° 895, pueden ser utilizadas

por el terrorismo, pero no toda banda armada que robe, secuestre o extorsione, persigue objetivos políticos basándose en una ideología. No es suficiente organizarse en bandas y utilizar armas de guerra para ubicarse en la tipificación del terrorismo.

Como el delito de terrorismo implica la violencia contra el Estado y afecta el sistema político de una nación, al pretender sustituir o debilitar al gobierno constitucional, causando terror en la población, es precisamente por amenazar el orden político estatuido, que la Constitución procesa aún y sancionaba antes al terrorismo, con severidad única –la pena de muerte- equiparable sólo al delito de traición a la Patria, pero no extensible a otros delitos de naturaleza común.

Por otro lado, es cierto que las bandas armadas pueden ocasionar igual o mayor inseguridad y miedo, sistemática e indiscriminadamente, que el terrorismo, lo cual justificaría un trato penal riguroso y equiparable al del terrorismo; pero sin el elemento político e ideológico, no puede ser calificada su actuación como terrorismo.

En otros términos, no es constitucionalmente admisible que, a fin de aplicar a las bandas armadas las normas procesales, sustantivas y ejecutivas penales, rigurosas y severas que la Constitución reserva al terrorismo, al tráfico ilícito de drogas y al espionaje –y que prohíbe para los demás delitos– se pretenda “etiquetar” como terrorismo a conductas delictivas que no lo son.

Si resultara imprescindible, ante las circunstancias, que la Policía Nacional detenga hasta por quince días –y no sólo hasta 24 horas, como ordena la Constitución– a los integrantes de bandas armadas o a los actores de otros delitos, el Estado de Derecho exige que se modifique la Constitución por las vías regulares establecidas en ella. Y si resulta necesario que se imponga judicialmente penas más graves a esos sujetos, deben modificarse las norma penales, por la vía correspondiente.

No es constitucional, entonces, utilizar el tipo penal del terrorismo como factor legitimador de la actuación del poder estatal destinados a combatir otro tipo de delitos y, en consecuencia, es inconstitucional el artículo 1° del Decreto Legislativo N.° 895.

El artículo 193° de la Ley N° 27337 define lo que debe entenderse por “pandilla perniciosa” y el artículo 194° de la misma ley establece la penalidad correspondiente. Debe considerarse que si bien el artículo 193° omite señalar lo que debe entenderse por “grupo” de adolescentes; esto es, que no hay una configuración cierta o caracterizadora de la conformación numérica de este ente; sin embargo, la interpretación sistemática de esta norma en el contexto del Código del Niño y el Adolescente –específicamente el artículo 196° que menciona como sujeto activo de esta infracción al líder o cabecilla del grupo– supone necesariamente una elemental organización y el concurso de una pluralidad de sujetos, así como, una acción delictiva concreta. Así –y no de otro modo- debe interpretarse el concepto de pandilla perniciosa.

El Tribunal considera que el otorgamiento de atribuciones tales como: la incomunicación del detenido a solicitud de la Policía Nacional, la asignación de abogado de oficio por la Policía Nacional si el detenido no lo designa, la investigación del delito por la Policía Nacional del Perú con la intervención del Ministerio Público, la obligación del Ministerio Público de incluir en la denuncia penal la petición de ampliación de la investigación, a solicitud de la Policía Nacional, la obligación del juez de aceptar dicha petición y la designación de abogado de oficio a la persona detenida por parte de la Policía Nacional, trasladan a la Policía Nacional atribuciones que competen al Ministerio Público conforme al artículo 159°, inciso 4) de la Constitución. En efecto, es el Ministerio Público el encargado de la conducción del proceso en la fase prejurisdiccional. La Policía Nacional desarrolla una función meramente ejecutiva y, por ende, subordinada funcionalmente, en lo que a la investigación del delito se refiere, al Ministerio Público. Así, el conjunto de las atribuciones antes descritas resultan inconstitucionales, por contravenir a la citada disposición de la Carta Política.

Por otra parte, el Tribunal considera la presunción de inocencia como elemento conformante del debido proceso. Disponer en una norma procesal penal que el imputado, en todo caso –es decir, sin sopesar las circunstancias de cada expediente– tendrá mandato de detención desde el inicio de la instrucción, contraría esa presunción y, por tanto, el debido proceso exigido por la Constitución.

En consecuencia, no son constitucionales los incisos a) y b) del artículo 7°, del Decreto Legislativo N.° 895.

Asimismo, la prohibición de conceder al imputado cualquier tipo de libertad durante la instrucción –sin excepción– contraría no sólo la presunción de inocencia, sino el derecho de defensa amparado por la Constitución. No son admisibles constitucionalmente, entonces, el inciso c) del artículo 7°, del Decreto Legislativo N.° 895.

Desnaturalizan el debido proceso y el derecho del demandante de acceder a ciertas libertades durante el proceso, el inciso d) del artículo 7°, del Decreto Legislativo N.° 895, al obligar al Juzgador a postergar, para el momento de expedición de la sentencia, la absolución de cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones y otras articulaciones que, por su naturaleza jurídica, deben resolverse antes.

La ley N.° 27235 que modifica el Decreto Legislativo N.° 895, en su Disposición Final, permite que continúen en el fuero militar los procesos en trámite y, eventualmente, procesos en reserva ante ese fuero. La citada disposición contraría en estos supuestos al artículo 173° de la Carta Política.

De conformidad con esta norma constitucional, las personas civiles se hallan sometidas a la jurisdicción militar cuando se trata de los delitos de traición a la patria y terrorismo. Sin embargo, conforme se analizó antes, las conductas tipificadas por el Decreto Legislativo N.° 895 *no constituyen terrorismo*, sino simplemente, ilícitos

comunes cometidos por agrupaciones organizadas. Por esta razón, la competencia para el conocimiento de estos delitos, conforme al citado artículo 173° de la Constitución, sólo corresponde a la justicia común. No obstante ello, la Segunda Disposición Final del Decreto Legislativo N.° 895, modificado por el artículo 2° de la Ley N.° 27235, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el veinte de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, establece lo siguiente: "Los procesos en trámite por los delitos de terrorismo especial que son de conocimiento del fuero militar, continuarán tramitándose por la misma vía". Esta disposición es inconstitucional, por afectar tanto el artículo 173° de la Constitución como el derecho al juez natural.

Nadie ignora que la tranquilidad ciudadana se ha visto recientemente perturbada, de manera grave, por el tipo de delincuencia que motiva esta sentencia, y que las autoridades competentes tienen no sólo el derecho, sino también la obligación de investigar y sancionar, con severidad, las respectivas agresiones a la paz pública, pero respetando los límites que impone la Constitución. En la hipótesis de que los actuales medios legales y constitucionales resultasen insuficientes, sería necesario introducir cambios en la normatividad constitucional y legal, con el objeto de proporcionar los medios necesarios para la represión de los delitos.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica

FALLA

Declarando **FUNDADA**, en parte, la acción de inconstitucionalidad interpuesta, y, en consecuencia, declara la inconstitucionalidad, por la forma, de los Decretos Legislativos N.°s 895 y 897, en sus disposiciones aún vigentes, y, además y complementariamente, la inconstitucionalidad, por el fondo, de los artículos 1°, 2°, literal a), numeral 6), 6°, incisos b), c) y d), 7°, incisos a), b), c), e), f), g), i), primer y tercer párrafo, e inciso j) y del artículo 8° del Decreto Legislativo N.° 895, del artículo 2° de la Ley N.° 27235, de los incisos a), b), c), f) y g) del artículo 1° del Decreto Legislativo N.° 897; e**INFUNDADA** en el extremo que impugna la constitucionalidad de los artículos 193° y 194° de la Ley N.° 27337 (Código del Niño y el Adolescente), los que deben ser interpretados en el sentido precisado en el Fundamento correspondiente de la presente sentencia; declara, asimismo, que carece de objeto pronunciarse sobre la constitucionalidad de las disposiciones derogadas del Decreto Legislativo N.° 897. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS

**AGUIRRE ROCA
REY TERRY
NUGENT
DÍAZ VALVERDE
ACOSTA SÁNCHEZ
REVOREDO MARSANO**

Exp. N° 0009-2001-AI/TC [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por más de cinco mil ciudadanos. Se declara la inconstitucionalidad de los artículos 38° inciso 1 y 39°, así como de la Primera y Segunda Disposición Transitoria de la Ley N° 27153, Ley que regula la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas].

Fecha de Resolución: 29 de enero de 2002

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 02 de febrero de 2002

Resumen: Se precisa que resulta vulneratorio al principio de no confiscatoriedad que el 'Impuesto a los casinos y tragamonedas' grave las utilidades derivadas de la actividad económica sin que se considere como pago a cuenta del Impuesto a la Renta (IR). En consecuencia, se declara inconstitucional el artículo 36° de la Ley N° 27173 y se dictan reglas que regirán el régimen tributario a los casinos y tragamonedas.

Al respecto, se transcribe textualmente la tesis o *ratio decidendi* de lo que estableció el TC: "[L]a declaración de inconstitucionalidad del régimen tributario aludido ocasionará un vacío legal (...) que el Congreso de la República suplirá (...) con una nueva normatividad tributaria, ajustada a la Constitución y a esta sentencia del Tribunal. En consecuencia, las situaciones jurídicas y los efectos producidos por el régimen tributario que este fallo declara inconstitucional, se sujetarán a las reglas siguientes: a. Las deudas acumuladas en relación con la alícuota del 20% del llamado impuesto a la explotación, se reducirán al monto que, según la ley que cubra el vacío legal creado, resulte exigible. b. Los montos pagados en aplicación de la mencionada alícuota que excedieren el monto que la nueva ley establezca, serán considerados como crédito tributario. c. De concurrir, respecto del mismo contribuyente, deudas y créditos, ellos se compensarán entre sí, y de quedar un saldo será considerado como deuda acumulada o como crédito tributario, según el caso" (F.J.16).

Temas Claves: Derecho a la igualdad - derecho a la libre iniciativa privada - derecho a la propiedad - derecho a la protección al consumidor - impuesto a los casinos y tragamonedas - libertad de empresa - principio de irretroactividad de la ley - principio de no confiscatoriedad - reserva de información tributaria - seguridad jurídica - vacío legal libertad de contratación.

EXP. N.º 009-2001-AI/TC
LIMA

CINCO MIL CUATROCIENTOS DIECISÉIS
CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los veintinueve días del mes de enero de dos mil dos, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Aguirre Roca, Presidente; Rey Terry, Vicepresidente; Nugent, Díaz Valverde; Acosta Sánchez y Revoredo Marsano, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos adjuntos del Magistrado Aguirre Roca

ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por cinco mil cuatrocientos dieciséis ciudadanos, con firmas debidamente comprobadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, contra los artículos 5°, 6°, 7°, 10°, literales "b" y "c", 11°, 12°, 13°, 14°, 15°, 17°, 18°, 19°, 20°, 21°, 22°, 23°, 25°, literal "d", 29°, 31°, literal "a", 32°, literales "a" y "b", 38°, 39°, 41.2°, Primera y Segunda Disposición Transitoria de la Ley N.º 27153, ley que regula la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas.

ANTECEDENTES

Los recurrentes impugnan la inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley N.º 27153 (en adelante, la LEY). A criterio de los demandantes, el artículo 5° no respeta algunas de las atribuciones que el artículo 191° de la Constitución, en concordancia con la Ley Orgánica

de Municipalidades, otorga a tales corporaciones y, en especial, a las relacionadas con los planos de zonificación.

Sostienen que el artículo 6° viola el derecho a la libre iniciativa privada, pues establece que sólo pueden instalarse salas para la explotación de juegos de casinos y máquinas tragamonedas en hoteles de cuatro o cinco estrellas o en restaurantes de cinco tenedores, lo que obliga, de ese modo, a los pequeños empresarios a incursionar en actividades diferentes. Añaden, entre otras razones, que los nuevos requisitos implican la instalación de obras de infraestructura que no se encuentran dentro de sus posibilidades económicas, por lo que juzgan que también se vulnera el derecho de igualdad ante la ley, así como el mandato constitucional relativo a que el Estado debe promover la superación de los sectores que sufren desigualdad.

Afirman que el artículo 7° viola los artículos 59°, 61° y 72° de la Constitución, al exigir condiciones onerosas de similar magnitud para iniciar o continuar con la explotación de los juegos de tragamonedas, sin considerar su capacidad económica.

Por otro lado, consideran que los literales "b" y "c" del artículo 10° de la LEY afectan las libertades de trabajo, empresa, comercio y de contratar, en tanto que exigen, en forma compulsiva, la contratación de un servicio de homologación con el objeto de obtener autorización para operar determinados modelos y programas de juego. A su vez, el literal "c" del mismo artículo viola el derecho de igualdad ante la ley y la libre competencia, fundamentalmente, porque sólo a las empresas cuya actividad está vinculada con la explotación de las máquinas tragamonedas, se les obliga a efectuar un servicio técnico de reconstrucción sobre sus bienes muebles, lo cual implica la incorporación de nueva tecnología, a pesar de que éstos pueden funcionar en buenas condiciones, favoreciendo a las empresas fabricantes de máquinas tragamonedas y a sus representantes oficiales en el Perú.

Respecto al artículo 11°, señalan que exige el requisito de homologación de modelos de máquinas tragamonedas y programas de juegos, lo que, a su juicio, constituye un abuso del derecho, ya que pudo exigirse que tal homologación se realice en el país de origen de los modelos y programas.

En relación con el artículo 12°, sostienen que es una norma innecesaria, por cuanto el registro de modalidad de juegos de casino, modelos y programas de máquinas tragamonedas se entiende tácitamente, siendo lo pertinente que se obligue a registrar las modalidades de juegos, modelos y programas prohibidos en el país.

Señalan, asimismo, que el artículo 13° contradice lo dispuesto por el artículo 4° de la misma LEY, pues establece que, pese a contarse con autorización, no se podrían iniciar operaciones, lo que vulnera el derecho al trabajo.

A su vez, juzgan que el artículo 14° vulnera el ejercicio de la libre empresa, puesto que exige la presentación de

documentos innecesarios, vulnerando el ejercicio de la libertad de empresa.

Respecto al artículo 15°, sostienen que viola el derecho de igualdad, pues establece un tratamiento discriminatorio entre aquellos que deseen continuar o incursionar en los juegos de casinos y máquinas tragamonedas y las empresas que tienen otro objeto social, a los cuales no se exige, como principio general, la verificación posterior, mientras que sí se admite la presunción de veracidad con la presentación de una declaración jurada. Vulnera, además, el ejercicio de la libre empresa, ya que, en tanto dure la denominada "investigación financiera y de antecedentes", se impide el desarrollo de las actividades económicas.

En relación con el artículo 17°, consideran que viola el derecho de igualdad, porque fomenta un tratamiento desigual en el otorgamiento del plazo de autorización.

Sostienen que el artículo 18° afecta el "derecho a la estabilidad jurídica", dado que condiciona la renovación de autorización al cumplimiento de requisitos y condiciones vigentes a la fecha de la solicitud de renovación, propiciando un efecto retroactivo de la legislación.

Asimismo, respecto al artículo 19°, sostienen que viola el literal "e" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, ya que exige que se constituya una garantía en respaldo de futuras sanciones que pudieran derivarse, violando el principio de presunción de inocencia. Sostienen que el artículo 20° de la LEY es inconstitucional en conexión con el anterior.

Respecto al artículo 21.2° consideran que viola las libertades de empresa y comercio y el derecho de progresar y poder explotar mayor número de máquinas tragamonedas, debido a que se favorece la posición dominante de ciertas empresas. A su juicio, ello también importa el establecimiento de un tratamiento discriminatorio, por razones económicas, contrario al inciso 2) artículo 2° de la Constitución. En relación con el artículo 21.3° señalan que el monto de la garantía, en el caso en que se exploten máquinas tragamonedas interconectadas que generen pozos acumulados, restringe la posibilidad de incursionar en dicha modalidad de juegos, favoreciendo el monopolio de pocas empresas que puedan asumir tales montos, propiciando así su posición dominante en el mercado. En conexión con los artículos 19°, 20° y 21°, juzgan que es inconstitucional el artículo 22° de la LEY.

Respecto al artículo 23°, sostienen que es incongruente con el artículo 4° de la misma LEY.

En relación con el artículo 25°, literal "d", sostienen que viola la reserva tributaria, pues la SUNAT es la única entidad del Estado que se encuentra autorizada por ley para exigir la presentación de documentación contable de uso interno, y no la Dirección Nacional de Turismo del MITINCI ni la CONACTRA.

Respecto al artículo 29° juzgan que vulnera el derecho de igualdad, porque establece, tácitamente, la prohibición

de que las empresas Individuales de Responsabilidad Limitada (E.I.R.L.) puedan obtener la autorización para explotar juegos de casino o máquinas tragamonedas.

Sostienen que el artículo 31º, literal "a", de la LEY impide realizar convenios de participación o de colaboración empresarial con terceros, vulnerando los artículos 62º y 2º, inciso 14), en tanto que obliga a los titulares de la autorización a explotar directamente la actividad establecida en la resolución de autorización.

A su vez, consideran que el artículo 32º, literal "a" de la LEY impide que los titulares de una autorización puedan realizar otras actividades conexas a toda sala de juego, afectando la libertad de empresa, comercio y trabajo. Consideran que el literal "b" del mismo artículo viola el derecho de igualdad ante la ley, pues impide que los socios y directivos de las empresas dedicadas a los juegos de casinos y máquinas tragamonedas puedan participar, directa o indirectamente, en los juegos. Entienden que se trata de una prohibición injustificada, debido a que las máquinas de tragamonedas no reconocen a la persona que esté jugando.

En relación con el artículo 38º, sostienen que viola el principio de igualdad, ya que ha previsto la base imponible del impuesto con relación a la explotación de los juegos de máquinas tragamonedas, creando, de esa manera, un impuesto especial no previsto para ninguna otra actividad económica.

Respecto al artículo 39º, sostienen que viola el artículo 74º de la Constitución, pues fija la alícuota del impuesto aproximadamente en veinte por ciento (20%) a aplicarse sobre la base imponible, constituida por la ganancia bruta, que, en realidad, no es más que el ingreso bruto, porque se calcula después de deducir el pago de los premios otorgados a los ingresos totales obtenidos, sin considerar los gastos operativos, como consumo de energía eléctrica, remuneraciones, alquiler de local, arrendamiento de máquinas, etcétera. Consideran que se trata de un dispositivo que propicia la desigualdad por razones económicas, respecto a la incidencia del impuesto sobre los gastos operativos, variables que se medirían según la inversión y el sector empresarial.

Con relación al artículo 41º, inciso 2), sostienen que establece, bajo sanción, la obligación de presentar mensualmente las declaraciones juradas de los ingresos brutos, menos los premios pagados mensualmente, por cada mesa de juego de casino o máquina tragamonedas que se explote, haciendo oneroso su control y propiciando que se tengan que adquirir sofisticados y onerosos sistemas de control electrónicos en cada máquina, lo cual sólo beneficiaría a su proveedor. Consideran, asimismo, que afecta el derecho de igualdad ante la ley, pues se exige que se adjunte el recibo de pago del impuesto, cuando el Código Tributario señala que, para cualquier impuesto, se puede presentar la declaración del tributo, sin necesidad del pago.

Respecto a la Primera Disposición Transitoria de la LEY, sostienen que viola los artículos 59º y 61º de la

Constitución, pues establece un plazo de adecuación reducido, que no toma en cuenta lo oneroso que ello resulta para los pequeños empresarios. Además, sanciona e imposibilita la presentación de la solicitud de autorización tras el vencimiento del plazo. Consideran que, con ello, se vulnera la garantía de que el Estado brinde oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad.

Sostienen que la Segunda Disposición Transitoria de la LEY es inconstitucional, pues dispone un plazo dentro del cual las empresas autorizadas, que iniciaron sus actividades durante la vigencia de la ley anterior, pueden continuar funcionando, vencido el cual tendrían que cerrar, perdiendo, de ese modo, las inversiones hechas para instalar las actividades exigidas cuando se les autorizó a funcionar.

CONTESTACION

El Apoderado del Congreso de la República contesta la demanda y solicita que se declare infundada, por las siguientes razones:

Respecto al artículo 5º, sostiene que no se afecta la autonomía municipal, pues la "autorización expresa" no excluye los demás permisos oficiales que resulten exigibles por las disposiciones legales, de manera que si se tuviese interés en dedicarse a la explotación de las máquinas tragamonedas, se deberá cumplir necesariamente con los requisitos exigidos por cada municipalidad.

Con relación al artículo 6º, señalan que no viola la libre iniciativa privada, puesto que la decisión de vincular el desarrollo de las salas de juego con el turismo, es una opción de política pública que busca privilegiar la promoción del turismo en el país. Sostiene que la LEY no obliga ni impide que cualquier particular participe en la explotación de juegos de azar, pues simplemente se limita a establecer condiciones y requisitos que deben cumplir todos aquellos que, en el ejercicio de su libre iniciativa privada, desean intervenir en esta actividad. Tampoco obliga a incursionar en la actividad hotelera o de restaurantes, porque, de acuerdo con la LEY, es posible que el titular de un hotel, restaurante, sala de bingo o discoteca donde se encuentra instalada la sala de juego, sea distinto del titular de la propia sala de juego.

Sobre el artículo 7º, afirman que tal disposición no propicia la discriminación ante la ley, pues se limita a establecer los requisitos mínimos que deben cumplir los establecimientos dedicados a la explotación de los juegos. Entienden que los requisitos exigidos no violan los artículos 59º, 61º y 72º de la Constitución, ya que se justifican en razones de seguridad y orden público.

A su vez, expresan que los literales "b" y "c" del artículo 10º de la LEY no son inconstitucionales, pues la libertad de contratación y el derecho de trabajar pueden ser limitados. Sostienen que la "reconstrucción" de máquinas y programas de juego, de acuerdo con lo establecido por el artículo 15º del Reglamento de la LEY, Decreto Supremo N.º 001-2000-ITINCI, puede consistir

en un simple mantenimiento de la máquina, cuando no contiene nueva tecnología. La exigencia de esta medida, por otra parte, se fundamenta en el hecho de que las máquinas tragamonedas son, por naturaleza, "bienes de uso controlado", control que tiene por objeto garantizar la integridad de la industria del juego.

Con relación a los artículos 11º y 12º, alegan que no constituye "abuso del derecho", pues fijan el procedimiento conforme al cual la autoridad administrativa contrasta el cumplimiento de determinadas especificaciones o características de un objeto. Sostienen que tiene efectos retroactivos, ya que sólo se aplican a partir de la fecha en que entró en vigencia la LEY.

En relación con los artículos 13º, 14º, 15º, 17º, 18º y 23º de la LEY, alegan que no se afectan la libertad de trabajo, el derecho de igualdad ante la ley ni tienen efectos retroactivos, pues la interpretación de las leyes debe realizarse en forma sistemática, orgánica y funcional, por lo que, a fin de iniciar operaciones, es preciso que se lleven a cabo dos actos administrativos expedidos por la Dirección Nacional de Turismo: la resolución de autorización y la resolución que determine el inicio de operaciones. Sostienen que la diferencia entre estas dos etapas radica en que los gastos de inversión para obtener la autorización son menores en relación a la del inicio de las operaciones, por consiguiente, debe entenderse al acto administrativo de otorgamiento de autorización expresa como un procedimiento de evaluación previo al inicio de las operaciones. Asimismo, considera que no se discrimina por el hecho de que no se haya establecido la procedencia de la presunción de veracidad, tratándose de las actividades de explotación de los juegos, pues tal limitación ha sido establecida por una ley expresa.

En relación con los artículos 19º, 20º, 21º y 22º de la LEY, consideran que no contraviene la presunción de inocencia, la libertad de empresa ni el derecho de igualdad de la ley, dado que: a) la exigencia de establecer una garantía no es una obligación nueva y fue prevista por el Decreto Supremo N.º 01-95-ITINCI. Y la necesidad de constituir esta garantía se fundamenta en el hecho de que fueron derogados los dispositivos que obligaban al titular de la sala de juego a constituir y mantener un fondo de caja en efectivo, a fin de garantizar el pago inmediato del valor de las obligaciones en favor de los usuarios. En ese sentido, sostienen que las medidas dispuestas tienen por finalidad no afectar la confianza y la credibilidad en estos negocios; b) la exigencia de constituirse bajo ciertas formas societarias se basa en razones de seguridad, moral, salud y orden público.

En relación con el artículo 25º, literal "d", de la LEY, sostienen que no afecta la reserva tributaria, pues es atribución de todos los órganos fiscalizadores contar con esta facultad. Además, se trata de una regulación prevista por ley. No obstante ello, recuerdan que, según lo dispuesto por el Decreto de Urgencia N.º 075-2001, hoy es la SUNAT la entidad encargada de la administración del impuesto a los juegos de casinos y máquinas tragamonedas

Respecto a los artículos 31º, literal "a" y 32º literales "a" y "b" de la LEY, sostienen que no son inconstitucionales, porque, de conformidad con el artículo 2º, inciso 24) literal "a" de la Constitución, todos están en la obligación de hacer lo que la ley manda e impedidos de hacer lo que ella prohíbe, aspecto que, en definitiva, ha previsto la LEY, al imponer obligaciones y prohibiciones mediante una norma de carácter general. Señalan que el artículo 31º, literal "a" no impide la realización de convenios de participación o de colaboración patrimonial, pues el propio reglamento de la LEY (artículo 18º, literal "g") establece, como requisito para solicitar la autorización expresa, la presentación de una relación que contenga los nombres de las personas naturales o jurídicas con las que el solicitante o sus socios han suscrito contratos de colaboración empresarial para estos efectos. A su vez, tampoco es inconstitucional el artículo 32º, literal "a" de la misma LEY, pues el artículo 40º de su Reglamento ha establecido que la realización de cualquier evento, incluso sorteos, rifas o promociones deberá informarse a la Dirección Nacional de Turismo, debiendo contar los establecimientos con la autorización correspondiente. Por otro lado, prohibir a los socios y directivos de una sala de juego que no participen, directa o indirectamente, en los juegos de máquinas tragamonedas, es una medida razonable y objetivamente justificable, que persigue garantizar la integridad y transparencia de esta industria, considerando que la información sobre los programas es de conocimiento de los dueños de las salas de juegos.

En relación con los artículos 38º y 39º de la LEY sostienen que el impuesto a los juegos se ha establecido de acuerdo con los principios constitucionales que norman el ejercicio del poder tributario del Estado y, en especial, debido a las siguientes razones: a) el derecho de propiedad no es absoluto ni irrestricto, sino que debe ejercerse dentro de los márgenes de la ley y cumpliendo una función social; b) la Constitución establece que, por mandato expreso de una ley, pueden establecerse condiciones al ejercicio de la iniciativa privada; c) se han respetado los tres principios tributarios a los que se refiere el artículo 74º de la Constitución; d) no es confiscatorio el impuesto, pues no sustrae una parte sustancial del patrimonio del contribuyente, y, en todo caso, ello debe acreditarse en cada caso concreto e) la base imponible del impuesto no afecta la propiedad, pues incide en el dinero entregado por el público; f) consideran que el impuesto se justifica; porque quienes se benefician con esta actividad deben contribuir con su control, a fin de mantener la integridad de la industria del juego y garantizar los intereses de los usuarios y del Estado en esta actividad. En ese sentido, pretende establecer los fondos necesarios para que el Estado pueda regular adecuadamente esta actividad que involucra muchas consecuencias negativas; g) por último, el pago de este impuesto "es deducible de la renta bruta de la empresa a efectos de pagar su Impuesto a la Renta", de manera que, cada vez que se paga el impuesto cuestionado, se "aminora la renta bruta sobre la que pagará el Impuesto a la Renta".

En relación con la Primera y Segunda Disposición Transitoria de la Ley N.º 21153, sostiene que regulan la transición y adecuación a un nuevo régimen normativo, otorgando un plazo prudencial.

FUNDAMENTOS

1. Se alega que el artículo 5º de la Ley N.º 27153 vulnera el artículo 191 de la Constitución Política del Estado, en concreto la autonomía administrativa de los gobiernos locales, pues su artículo 5.1 establece que la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas sólo se podrá realizar en "...establecimientos ubicados en los distritos autorizados mediante Resolución Suprema...", en tanto que el artículo 11.1 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece que es competencia de los gobiernos locales la regulación de los planos de zonificación.

El Tribunal Constitucional no comparte este criterio interpretativo, pues como se ha sostenido en la contestación de la demanda, tal disposición no tiene por propósito sustituir o alterar los planes de zonificación que cada gobierno local pueda establecer, sino únicamente identificar a los distritos en cuya jurisdicción se puede autorizar la explotación de los juegos de casinos, quedando a salvo, por tanto, la facultad de los gobiernos locales para establecer sus planes de zonificación de acuerdo a ley.

2. A su vez, se alega que el artículo 6º de la Ley N.º 27153 afecta los artículos 2º, inciso 2º, 58º y 59º de la Constitución, ya que tal disposición obligaría a los titulares de la autorización a incursionar en el sector hotelero o de restaurantes, vulnerándose de ese modo la libre iniciativa privada y el derecho de igualdad ante la ley.

No considera el Tribunal Constitucional que tal disposición afecte la libre iniciativa privada. Como lo ha sostenido el Congreso de la República en su contestación de la demanda, criterio que el Tribunal hace suyo, tal disposición "no obliga ni impide que cualquier particular participe en la explotación de juegos de azar, lo único que hace es establecer las condiciones y requisitos que deben cumplir todos aquellos que en ejercicio de su libre iniciativa privada desean intervenir en esta actividad". Tampoco obliga al titular de la autorización a ser propietario de un hotel o restaurante, pues no está prohibido que el titular de la autorización pueda alquilar un ambiente en cualquiera de estos establecimientos.

El Tribunal entiende que la opción del legislador por configurar la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas como actividades excepcionales y sujetas al turismo receptivo, es compatible con la labor de orientación del desarrollo nacional en el marco de una economía social de mercado que tiene el Estado. También con la preservación y defensa de otros bienes y principios constitucionales, y en particular, la protección de los consumidores, la moralidad y seguridad públicas.

Tampoco comparte el Tribunal el criterio según el cual el artículo 6º de la Ley N.º 27153 afecta el principio de

igualdad. El tratamiento que ella realiza es uniforme para todos aquellos que se dediquen a la explotación de estas actividades económicas. Por otro lado, no considera el Tribunal que sea un término de comparación válido, en orden a alegar un eventual tratamiento arbitrario de la Ley N.º 27153, que se sostenga que en otros sectores de la economía no se impone condiciones y restricciones como las previstas en el artículo 6º. Las restricciones a la libertad de empresa en un sector incentivado por el Estado no son, ni pueden ser, los mismos de aquellas que el Estado legítimamente ha decidido desalentar, como sucede con la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas.

Por las mismas razones, *mutatis mutandi*, no es inconstitucional el artículo 41.2 de la Ley N.º 27153.

3. A la vista de lo expuesto en el fundamento jurídico anterior, el Tribunal Constitucional tampoco considera que las exigencias señaladas en los numerales 7.1 y 7.2 del artículo 7º de la Ley N.º 27153 sean inconstitucionales por afectar los artículos 59º, 61º y 72º de la Constitución Política del Estado, pues se trata de condiciones perfectamente legítimas que tienen por finalidad garantizar la seguridad de los usuarios, a la vez, que la transparencia del juego.

Asimismo, tampoco considera este Colegiado que el artículo 7º de la Ley N.º 27153 se haya expedido en contradicción con el artículo 72º de la Constitución. En efecto, mediante este precepto constitucional se autoriza que el legislador, en casos de seguridad nacional, con carácter temporal, pueda establecer restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes. Pero de él no se desprende una prohibición general a que el legislador establezca límites al derecho de propiedad o a la explotación de los bienes, como se deduce de su interpretación con el artículo 70º de la Constitución y la necesidad de armonizar su ejercicio con el bien común.

4. Se sostiene que los incisos b) y c) del artículo 10º de la Ley N.º 27153 vulnerarían el artículo 59º y 62º de la Constitución, ya que exige compulsivamente contratar el servicio denominado de "homologación" (ahora llamado "Examen técnico previo") a fin de obtener autorización para operar determinados modelos y programas de juego. El Tribunal Constitucional considera que los incisos b) y c) del artículo 10 se encuentra dentro de las condiciones razonables que debe exigirse a las personas jurídicas que se dedican a la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas, pues es una de las formas cómo las autoridades administrativas competentes pueden controlar la transparencia de los juegos, al tiempo de garantizar que las legítimas expectativas de los consumidores no queden defraudadas, cumpliendo, así, los fines establecidos en el artículo 3 de la misma Ley N.º 27153. *Mutatis mutandis*, por estas mismas razones no es inconstitucional el artículo 15 de la Ley N.º 27153.

Adicionalmente, no considera el Tribunal que se afecte la libertad de contratación por el hecho que los tipos

de modelos y programas de los juegos de las máquinas tragamonedas deban contar con autorización de la autoridad competente y encontrarse inscritos en el Registro correspondiente, pues el inciso b) del artículo 10 de la Ley N.º 27153 regula las exigencias que tal modelo y programas de juego deberán de contar, esto es, estar autorizados e inscritos en el registro correspondiente, a fin de que puedan explotarse las máquinas tragamonedas, sin que se haga referencia alguna a los proveedores de dichas máquinas.

5. Se considera en la demanda que el artículo 11.2 de la Ley N.º 27153 es incompatible con el artículo 103 de la Constitución, y concretamente, con la disposición según la cual la ley no ampara el abuso del derecho. Asimismo, se ha solicitado que se declare la inconstitucionalidad de este precepto, pues se entiende que el fin perseguido por el legislador, bien pudo ser alcanzado si, en vez de exigir el requisito de homologación ante una entidad nacional facultada por la autoridad competente, se hubiese previsto que la homologación de dichos modelos y programas se realice en el país de origen.

En lo que toca a este último aspecto, el Tribunal debe indicar que tal impugnación no es un tema que pueda ser residenciable en el ámbito de la acción de inconstitucionalidad, pues la naturaleza jurisdiccional del Tribunal no es compatible con la evaluación de medidas adoptadas bajo criterios de conveniencia o inconveniencia por los órganos de representación política. En el proceso de inconstitucionalidad de las leyes, el Tribunal juzga si una norma con rango de ley es o no incompatible con la Constitución, y no si el legislador, al regular una materia dada, lo hizo de la manera más conveniente. Al legislador le corresponde optar por cualquiera de las medidas que, dentro del marco constitucional, se puedan dictar; en tanto que al Tribunal Constitucional, velar porque esa opción no rebase el ordenamiento constitucional. De ahí que si el artículo 11.2 de la Ley 27153 optó por establecer que el "examen técnico previo" se realice por una entidad nacional autorizada por autoridad competente, no se puede concluir de ello que tal precepto sea inconstitucional.

Mutatis mutandis, por esta misma razón debe desestimarse la impugnación realizada contra los artículos 12, 13.2, 14 y 41.2 de la Ley N.º 27153.

6. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional no considera que el artículo 12 de la Ley N.º 27153 suponga una infracción del principio de irretroactividad de las leyes como consecuencia de que allí no se prevé la obligación de "registrar las modalidades de juegos de casino, así como de los modelos y programas de máquinas tragamonedas, prohibidos en su país de origen, y que han sido adquiridas antes de que entre en vigencia la Ley N.º 27153".

En ese sentido, considera el Tribunal que del artículo 12 de la Ley N.º 27153 no se deduce un mandato destinado a regular situaciones que se produjeron antes que ella entrara en vigencia. Sólo regula la responsabilidad de

la autoridad competente para mantener actualizado el registro de todas las modalidades de juegos de casinos y de los modelos y programas de máquinas tragamonedas autorizadas para su explotación en el país.

7. Interpretado en el sentido de que, una vez satisfechas las condiciones y requisitos respectivos, el *quantum* de la extensión de los plazos de vigencia de la autorización correspondiente, tendrá que basarse en consideraciones objetivas y técnicas, y no en meras apreciaciones subjetivas o discrecionales, tampoco es inconstitucional, *per se*, este dispositivo. La hipotética afectación de los respectivos derechos constitucionales (en especial el de la "seguridad jurídica"), ha de depender, en efecto, de la naturaleza de los nuevos requisitos, situación futura e impredecible.

8. En cuanto al artículo 18, los demandantes consideran inconstitucional, por retroactiva, la aplicación de los requisitos y condiciones vigentes a la fecha en que se solicita la renovación de la autorización de explotación.

La renovación de la autorización a la que se refiere el dispositivo impugnado, no implica una continuación de la autorización original, ni una simple prórroga del plazo inicial, sino que constituye una autorización nueva, con un nuevo plazo, y que, por lo mismo, tendrá que someterse a la legislación vigente al momento de la presentación de la solicitud.

9. Tampoco es inconstitucional, por vulneración del principio de presunción de inocencia, que el artículo 19 de la Ley N.º 27153 disponga que, en respaldo de las obligaciones y sanciones derivadas de la aplicación de la ley así como en resguardo de los derechos de los usuarios y el Estado, se tenga que constituir una garantía a favor del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales. El establecimiento de tal garantía con el objeto de iniciar ciertas actividades económicas que suponen riesgo o que requieren de un tratamiento especial por su incidencia sobre el patrimonio de terceros, no constituye ninguna anticipación de sanción alguna o presunción de responsabilidad sobre eventuales faltas que no aún no han sido juzgadas. Por el contrario, es una garantía razonable que la ley establece con el objeto de proteger a terceros y al mismo Estado, frente a contingencias que en la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas se pudieran suscitar.

Por ello, tampoco considera el Tribunal que sea inconstitucional el artículo 20 de la Ley N.º 27153, pues si como lo han entendido los recurrentes, su invalidez se encuentra supeditada a que se declare la ilegitimidad del artículo 19, al haberse desestimado tal impugnación, aquella tampoco resulta incompatible con el Texto Fundamental.

10. Los demandantes consideran inconstitucional el artículo 21.2 de la Ley N.º 27153, ya que al establecer el monto de la garantía para poder obtener una autorización, calculada sobre un número de máquinas tragamonedas a las que corresponde cierta cantidad de Unidades

Impositivas Tributarias, se violaría la libertad de empresa y comercio, el derecho a progresar y poder explotar un mayor número de máquinas de tragamonedas, así como el derecho a no ser discriminado por razones económicas.

Ya antes se ha sostenido que la exigencia de establecer una garantía no es inconstitucional *per se*. Tampoco se vulnera la libertad de empresa por el hecho de que para su ejercicio se haya establecido ciertas condiciones o exigencias. De lo que se trata ahora es de analizar si el establecimiento de los montos de aquella garantía, previstos en el artículo 21.2 y 21.3 de la Ley N°. 27153, son irrazonables y en esa medida incompatibles con la Constitución.

Desde ese punto de vista, el Tribunal Constitucional considera que no es irrazonable o desproporcionado el artículo 21 de la Ley N°. 27153, y en consecuencia, conculcatorio de la libertad de empresa.

En efecto, según se aprecia del dispositivo impugnado, la ley ha previsto que aquellos establecimientos que cuentan con ochenta máquinas tragamonedas establezcan como garantía una media de una Unidad Impositiva Tributaria por cada máquina. A juicio del Tribunal Constitucional, el establecimiento de aquella media no es irrazonable, si es que se tiene en consideración el monto al que asciende la unidad impositiva tributaria en referencia, y la naturaleza de los juegos que se explotarán. Tampoco considera que al reducirse por contarse con más máquinas, realice un tratamiento discriminatorio, pues es obvio que el número de las unidades impositivas tributarias no tiene por finalidad garantizar las obligaciones de cada una de las máquinas, sino la del titular del establecimiento autorizado a explotar estos juegos de azar. Por ello mismo, el artículo 22° de la Ley N° 27153, cuya conexión con los artículos 19°, 20° y 21° es evidente, no es inconstitucional.

11. Se alega que el inciso d) del artículo 25 de la Ley N°. 27153 afecta el derecho a la reserva tributaria. No comparte tal criterio el Tribunal Constitucional. La reserva tributaria constituye un límite a la utilización de los datos e informaciones por parte de la Administración Tributaria, y garantiza que en dicho ámbito, esos datos e informaciones de los contribuyentes, relativos a la situación económica y fiscal, sean conservadas en reserva y confidencialidad, no brindándose otro uso que el que no sea para el cumplimiento estricto de sus fines, salvo en los casos señalados en el último párrafo del inciso 5) del artículo 2° de la Constitución y con respeto del principio de proporcionalidad.

Si bien en las actuales circunstancias la administración del Impuesto a los Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas ha sido modificado por el Decreto de Urgencia N°. 075-2001, y ahora ésta es competencia de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, de ello no se deduce que el inciso d) del artículo 25° de la Ley N°. 27153 haya quedado derogado implícitamente, pues allí no sólo se autoriza el acceso a la información tributaria, sino también a otras de naturaleza distinta. Tampoco que la facultad de acceso a la información

tributaria quede excluida de la competencia de la Dirección Nacional de Turismo, en tanto que a este órgano administrativo le corresponde la atribución de velar porque se cumpla la obligación prevista en el inciso i) del artículo 31 de la Ley N°. 27153, además de ejercer las facultades que le señala el artículo 24 de la misma Ley. El Tribunal Constitucional, por tanto, no considera que se afecte la reserva tributaria pues para el caso concreto del impuesto a la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas, se ha previsto también que la Dirección Nacional de Turismo, guardando, bajo responsabilidad, reserva de su contenido, pueda fiscalizar el pago del impuesto. Dicha competencia deberá ser ejercida, por tanto, bajo los alcances del artículo 85, inciso 3°, del Código Tributario.

12. No es inconstitucional el artículo 29 de la Ley N°. 27153 porque si bien implícitamente impide que quienes inviertan en la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas se puedan constituir como "Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada", se trata de una restricción que no afecta el contenido esencial de la libertad de empresa.

Tampoco viola el principio de igualdad pues como lo ha expresado el Tribunal en el fundamento N°. 2, no es un término de comparación válido la normativa societaria conforme a la cual se rigen las actividades económicas y comerciales que cuentan con la promoción del Estado, con la que se impone con aquellas que busca desalentar, y comportan riesgos patrimoniales y sociales de alta consideración.

13. Se cuestiona, por otro lado, que el inciso a) del artículo 31 de la Ley N° 27153 vulnera el artículo 2, inciso 14), y 62 de la Constitución Política del Estado, pues impide que los titulares de la autorización puedan contratar con terceros, en la medida que se establece que la conducción de los establecimientos tengan que hacerlo de manera directa. Considera el Tribunal que se trata de una exigencia compatible con los requisitos objetivos y subjetivos que la ley N°. 27153 exige del titular de la autorización, por lo que no es inconstitucional.

14. Tampoco considera este Tribunal que la prohibición prevista en el inciso a) del artículo 32 de la Ley N°. 27153 viole la libertad de empresa, comercio y trabajo. La limitación, en efecto, no es una prohibición para que los titulares de autorización expresa puedan dedicarse a otras actividades económicas. La limitación allí prevista sólo alcanza a actividades distintas que se puedan realizar dentro de las salas de juegos, y no en otros ambientes del mismo establecimiento, justificándose tal restricción en la finalidad de la Ley N°. 27153 expresada en su artículo 1°.

15. La propia naturaleza de los juegos regulados, impide que pueda estimarse inconstitucional la prohibición contenida en el inciso b) del mismo artículo 32 de la Ley N°. 27153, según el cual está prohibido que los socios, directores, gerentes, apoderados, personas con funciones ejecutivas o facultades de decisión y personal del titular de la autorización puedan "participar

directa o indirectamente en los juegos que explota en su establecimiento". Como expresa el Congreso de la República en su contestación, criterio que este Tribunal comparte, tal restricción se justifica constitucionalmente en la naturaleza de los juegos cuya explotación se autoriza, y en especial su transparencia y en la necesidad de defender los intereses de los usuarios.

16. Estima el Tribunal que las especiales características del impuesto a los juegos, consideradas conjuntamente, hacen que éste resulte confiscatorio y, por tanto, contrario al artículo 74 de la Constitución.

En efecto: Si bien el artículo 36 de la LEY establece que el impuesto a los juegos grava "la explotación" de estos juegos, conforme se desprende de la regulación conjunta de los artículos 38.1 y 39 de la LEY, la alícuota del impuesto asciende al 20% sobre la base imponible, "constituida por la ganancia bruta mensual ... entendiéndose por ésta a la diferencia resultante entre el ingreso total percibido en un mes por concepto de apuestas o dinero destinado al juego y el monto total de los premios otorgados el mismo mes", esto es, que con el nombre o etiqueta de impuesto "a la explotación", la metodología impositiva de la ley grava en realidad las utilidades. Considerando además, y conjuntamente, que la alícuota del impuesto parece ser excesiva, que recae sobre una base fijada sin deducir los gastos realizados para la obtención de las utilidades y que no es considerado, el monto pagado, como pago a cuenta del impuesto a la renta, debe concluirse que el gravamen presenta una vocación confiscatoria del capital invertido, prohibida por la Constitución.

Por lo expuesto, y en vista a la combinación de todos esos factores, el Tribunal Constitucional considera inconstitucional el régimen tributario del llamado impuesto a la explotación, contenido en los artículos 38° y 39° de la Ley impugnada.

El Tribunal debe, además, pronunciarse respecto a los efectos de esta declaración de inconstitucionalidad, en el lapso que dicho régimen tributario estuvo vigente, conforme a lo dispuesto en el artículo 36° Ley Orgánica y arreglando su decisión, especialmente, a los principios de justicia, razonabilidad, igualdad y proporcionalidad, y con pleno respeto a la función legislativa del Congreso de la República.

Es obvio, por un lado, que la declaración de inconstitucionalidad del régimen tributario aludido ocasionará un vacío legal. Por otro lado, también resulta claro que el Congreso de la República suplirá ese vacío con una nueva normatividad tributaria, ajustada a la Constitución y a esta sentencia del Tribunal.

En consecuencia, las situaciones jurídicas y los efectos producidos por el régimen tributario que este fallo declara inconstitucional, se sujetarán a las reglas siguientes:

a. Las deudas acumuladas en relación con la alícuota del 20% del llamado impuesto a la explotación, se reducirán al monto que, según la ley que cubra el vacío legal creado, resulte exigible.

b. Los montos pagados en aplicación de la mencionada alícuota que excedieren el monto que la nueva ley establezca, serán considerados como crédito tributario.

c. De concurrir, respecto del mismo contribuyente, deudas y créditos, ellos se compensarán entre sí, y de quedar un saldo será considerado como deuda acumulada o como crédito tributario, según el caso.

17. La primera disposición transitoria de la Ley 27153 estableció un plazo, originalmente de ciento veinte días, que después se amplió a sesenta días más, con el objeto de que quienes venían explotando los juegos de casinos y máquinas tragamonedas, se adecuasen a la diversas condiciones que establece la Ley N.º 27153.

El Tribunal Constitucional considera que el reducido plazo de adecuación otorgado no es directamente proporcional con la entidad, lo costos y la envergadura de la nuevas condicione impuestas, *ex novo*, en muchos de los casos, por la Ley N.º 27153 a todos aquellos que antes de su vigencia se encontraban explotando los juegos de casino y máquinas tragamonedas. Sin embargo, esta afectación al principio de proporcionalidad no abarca a todo el texto de la primera disposición transitoria de la Ley N.º 27153, sino sólo al número de días que, como plazo, allí se ha previsto. Por ello, dejando intacta la facultad del legislador de establecer, en el más breve termino, un plazo razonable que regule la adecuación que se impone, el Tribunal Constitucional considera que es inconstitucional la primera disposición transitoria, en la parte que prescribe que el plazo es "máximo de ciento veinte días calendario"; y, por conexión, el artículo 1 de la Ley N.º 27232, en la parte que establece "sesenta días calendario".

18. Respecto a la Segunda Disposición Transitoria de la Ley debe puntualizarse que al amparo de una legislación anterior, ahora derogada, y dentro de un régimen de economía social de mercado, basado en la libre iniciativa privada, se establecieron diversas empresas con el objeto de explotar dichos juegos. A juicio del Tribunal, es lícito que el legislador pueda modificar el sistema normativo. Sin embargo, debe protegerse también la confianza de los ciudadanos frente al cambio brusco, irrazonable o arbitrario de la legislación. Ciertamente, no se garantiza un régimen de derechos adquiridos -con excepción, naturalmente, de los previstos en la Constitución- sino fundamentalmente, el derecho a que no se cambie las reglas de juego abruptamente. En consecuencia, cuando cambia la legislación, y de por medio se encuentra comprometido el ejercicio de determinados derechos fundamentales, todo cambio sólo podrá ser válido si es que, además, se encuentra conforme con el principio de seguridad jurídica.

Por ello, considera el Tribunal que si el Estado permitió que los inversionistas se dediquen a la explotación de determinadas actividades económicas bajo ciertas condiciones, entonces, no es razonable que poco tiempo después cambie bruscamente tales reglas exigiendo la satisfacción de requisitos y condiciones en un lapso que el

Colegiado considera extremadamente breve en atención a las inversiones realizadas. En consecuencia, se estima que el plazo dispuesto en la segunda disposición transitoria impugnada, por ser demasiado breve, vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica.

Por estos fundamentos el Tribunal Constitucional, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica

FALLA

Declarando **FUNDADA**, en parte, la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N°. 27153, y en consecuencia, inconstitucionales los artículos 38.1, 39, Segunda y Primera Disposición Transitoria de la Ley N.º 27153, ésta última disposición en la parte que señala un “máximo de (120) ciento veinte días calendario”; y, por conexión, el artículo 1 de la ley 27232, en la parte que establece “(60) sesenta días calendario”, debiendo interpretarse ambas disposiciones según lo expresado en el fundamento jurídico N°. 18; Integrándose a la parte resolutive de esta sentencia los fundamentos jurídicos N°. 7 y 16; e **INFUNDADA** en lo demás que contiene; Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y el archivo de los actuados.

SS

**AGUIRRE ROCA
REY TERRY
NUGENT
DÍAZ VALVERDE
ACOSTA SÁNCHEZ
REVOREDO MARSANO**

EXP.N° 009-2001-AI/TC

**FUNDAMENTO SINGULAR DEL DOCTOR MANUEL
AGUIRRE ROCA**

La absurda regla -aún subsistente- de la Ley Orgánica de este Tribunal que exige seis (6) votos conformes para declarar la inconstitucionalidad de leyes o normas de rango legal, me ha obligado, en el presente caso, a renunciar a algunos desacuerdos respecto de las conclusiones de mis colegas cofirmantes; pero, en contrapartida, me obliga, por razones de lealtad y transparencia, a exponer las principales discrepancias atinentes a los fundamentos, pero sólo a los fundamentos, de la declaración de inconstitucionalidad de los cuatro (4) dispositivos así calificados. Tampoco ha sido monolítico mi respaldo en relación con la fundamentación de algunos de los dispositivos no declarados inconstitucionales, esto es, de los restantes veintiún artículos cuestionados en la demanda, y respecto de los cuales también debo hacer siquiera algunas precisiones.

Respecto de las Disposiciones Transitorias Primera (DTP) y Segunda (DTS) declaradas, por unanimidad, inconstitucionales, me toca dejar constancia de que, a mi criterio, la fundamentación radica, no sólo -y ni

siquiera principalmente- en la brevedad del plazo, sino en la naturaleza de la regla. Así: la DTP no distingue entre Tragamonedas y Casinos, ni evalúa cada uno de los requisitos comprendidos en el proceso de adaptación. En suma, el fundamento básico de la inconstitucionalidad radica, a mi modo de ver, en la ausencia de una normatividad transitoria adecuada, más que en la brevedad del plazo.

En lo que concierne a la DTS, el fundamento de la inconstitucionalidad, a mi juicio, también radica, antes que en la brevedad del plazo, en el condicionamiento de la supervivencia de las empresas. No encuentro equitativo, en efecto, ni menos constitucional, que con el objeto de promover el turismo receptivo, se condicione la subsistencia de las salas de tragamonedas nacidas al amparo de la normatividad anterior a la Ley N.º 27153, a su ambientación o engaste en el restringidísimo marco elitista que proveen los hoteles y restaurantes de alto rango. La Espada de Damocles del plazo, así se amplíe el mismo, no se compadece, a mi criterio, con los derechos y las garantías -especialmente los relativos a la “seguridad jurídica” y protección del trabajo y de la empresa- que consagran los artículos 59°, 60, ss. y concordantes de la Constitución.

Respecto de los artículos 38° y 39° de la Ley N.º 27153, sin perjuicio de compartir la correspondiente fundamentación, opino que la causa principal y sine qua non de la inconstitucionalidad declarada, no radica tanto en aspectos puramente conceptuales, como en el real e inevitable efecto discriminatorio y confiscatorio que su aplicación ocasiona.

Quiero decir que, además de su naturaleza antitécnica y de impuesto camuflado a las utilidades, la aplicación de la regla tributaria emanada del funcionamiento conjunto de los mencionados artículos, puede llevarse, en un porcentaje elevado de los casos, toda la utilidad y aun parte del capital de las respectivas empresas.

Unos ejemplos precisarán los conceptos: a) con una importante utilidad del orden del veinticinco por ciento (25%), la alícuota, sin necesidad de la posterior colaboración de la incidencia del treinta por ciento (30%) de la Ley del Impuesto a la Renta, se lleva toda -absolutamente toda- la utilidad. En efecto, si se gastan cien (100) y se producen, como ganancia bruta, ciento veinticinco (125), se obtiene, por hipótesis, una utilidad -o ganancia real o neta- del veinticinco por ciento (25%), o sea, en cantidad, veinticinco (25) sobre cien (100). Por tanto, la alícuota, que es el veinte por ciento (20%) de ciento veinticinco (125%), se lleva veinticinco (25), esto es, toda la utilidad.

Este ejemplo demuestra no sólo que si la utilidad es del veinticinco por ciento (25%), la alícuota se la lleva íntegramente, sino también que, respecto de utilidades que no lleguen a esa cifra, las alícuotas respectivas se llevarían no sólo toda la utilidad, sino, además, las porciones correspondientes del capital.

Por otro lado, aplicando las mismas reglas, y teniendo en cuenta que cuando se pasa del veinticinco por ciento

(25%), la utilidad que quede después de retirada la alícuota (que, como se sabe, se considera como gasto) vuelve a tributar en aplicación de la Ley del Impuesto a la Renta, en la proporción de un treinta por ciento (30%); ocurre lo siguiente: b) que para utilidades entre el veinticinco por ciento (25%) y un prácticamente ilusorio cincuenta por ciento (50%), el Fisco se llevaría una cantidad que va desde toda la utilidad hasta un límite no menor del setentidós por ciento (72%) de la misma; y,

c) que aun con utilidades entre el virtualmente inalcanzable cincuenta por ciento (50%) y un totalmente utópico ciento por ciento (100%), el Fisco se llevaría entre el setenta y dos por ciento (72%) y el cincuenta y ocho por ciento (58%), como mínimo, de la utilidad.

A mi juicio, semejantes porcentajes no pueden pasar el llamado "test de razonabilidad", y ponen de manifiesto la naturaleza indiscutiblemente confiscatoria y discriminatoria de la regla tributaria examinada, sobre todo si se tiene en cuenta que el referente, en el Perú, respecto del impuesto sobre la utilidad, es el señalado en la Ley del Impuesto a la Renta, esto es, sólo el treinta por ciento (30%) de la ganancia neta.

Respecto de los artículos cuestionados en la demanda, pero no declarados inconstitucionales (que son veintiuno), si bien conuerdo, como en los casos precedentes, en las

conclusiones, pues no los estimo inconstitucionales, no suelo concordar con la respectiva fundamentación, ya que opino que, con excepción de los siguientes: 5°, 6°, 13°, 17°, 25°, los cuestionamientos que corren en la demanda no carecen de sólido sustento y que, consecuentemente, para resolver los respectivos problemas, es indispensable que se implemente un cuidadoso y detallado sistema normativo transitorio que distinga, para comenzar, entre salas de casinos y salas de tragamonedas, y, luego, entre los establecimientos que vienen funcionando desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 27153, y los instalados con posterioridad.

Sólo agregaré una palabra final sobre la parte de este fallo relacionada con los efectos en el tiempo de la regla tributaria declarada inconstitucional. A mi juicio, este Tribunal debió haber precisado los alcances de tales efectos, en lugar de confiarle tal tarea al Congreso. Sin embargo, para no restar un voto a la norma interna que exige no menos de seis (6) votos, he suscrito también dicha parte, habida cuenta de que, en el fondo, la fórmula que permite limitar deudas y rescatar créditos, en armonía con la correspondiente inconstitucionalidad declarada, se inspira en criterios atendibles de equidad y justicia.

SS

AGUIRRE ROCA

Exp. N° 0010-2002-AI/TC [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos. Se declara la inconstitucionalidad de la legislación penal antiterrorista].

Fecha de Resolución: 03 de enero de 2003

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 04 de enero de 2003

Resumen: El 3 de enero de 2003 el Tribunal Constitucional anuncia públicamente en conferencia de prensa el fallo emitido en relación a la demanda de inconstitucionalidad presentada por más de cinco mil ciudadanos contra la legislación penal antiterrorista dictada por el régimen de Alberto Fujimori, alegando que tales disposiciones legales transgredían la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Al expedir esta sentencia, el Tribunal Constitucional debía observar que la validez de los decretos leyes impugnados ya habían sido cuestionados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De modo que no cabía una solución para la controversia de espaldas al sistema interamericano, sino en armonía y de conformidad con él.

La sentencia aborda diversos aspectos de interés, entre los cuales, resumidamente, se encuentran:

En primer término, *la competencia del Tribunal Constitucional para evaluar la constitucionalidad de la legislación pre-constitucional*. Dado que la Constitución era posterior en el tiempo a los decretos leyes expedidos durante el gobierno de Alberto Fujimori, al Tribunal le correspondía resolver si tal legislación se entendía derogada tácitamente (bajo los alcances del principio *lex posterior derogat lex anterior*) o, por el contrario, debía declararse su inconstitucionalidad por ser sobreviniente (principio de jerarquía). Al respecto, el Tribunal sostuvo que ambos extremos no eran incompatibles entre sí, de modo que si bien los jueces del Poder Judicial podían entender que se había producido una derogación tácita, el Tribunal era competente para declarar, en abstracto, su inconstitucionalidad.

Otro aspecto significativo de la sentencia es el referente a la *interpretación reductora brindada al tipo penal de terrorismo*. Uno de los cuestionamientos que ya se había formulado por la Corte Interamericana fue, precisamente, la infracción del principio de legalidad de dicho tipo penal. El Tribunal, por vez primera, uso la tipología de las llamadas "sentencias atípicas" empleando una modalidad de sentencia utilizada en el derecho comparado, denominada "*sentencia manipulativa*", estableciendo que en el tipo penal del Decreto Ley N° 25475 se debía excluir la responsabilidad objetiva, y castigar la responsabilidad subjetiva del agente del delito.

Un tercer aspecto de la sentencia estuvo relacionado con *la inconstitucionalidad del tipo penal de traición a la patria* (excepto el supuesto previsto en el artículo 325° del Código Penal). Dicho tipo penal, que era una reproducción literal del previsto para el delito de terrorismo, solo tuvo el propósito de juzgar a sus autores ante los tribunales militares. Al analizar su constitucionalidad, el Tribunal sostuvo que era inconstitucional, pues, además de violar el derecho al juez predeterminado por la ley, violaba el principio de legalidad penal, ya que duplicaba un mismo tipo penal, desnaturalizando el bien jurídico protegido por el delito de traición a la patria, regulado en el artículo 325° del Código Penal.

Asimismo, es de particular relevancia el extremo de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de las disposiciones de los Decretos Leyes N°s 25475 y 25880, relativas a la apología del terrorismo. En realidad, dichos tipos penales se habían utilizado, en muchos casos, para silenciar a la prensa, por lo que se consideró que lesionaba el derecho a la información, dejando subsistente el artículo 316° del Código Penal de 1991.

Un aspecto especialmente relevante es el extremo del fallo en torno al *derecho al juez natural*. A diferencia de lo que había sido la intención de los autores del artículo 173° de la Constitución, e incluso la posición de la doctrina dominante en nuestro país, el Tribunal sostuvo que bajo ningún punto de vista al amparo del citado artículo se podía autorizar el juzgamiento de civiles por tribunales militares. Para ello realizó lo que en la doctrina se considera una interpretación mutativa del referido precepto constitucional, y sostuvo que lo único que autoriza dicha disposición es que, excepcionalmente, a civiles puedan aplicarse las disposiciones del Código de Justicia Militar, en su juzgamiento por los jueces del Poder Judicial. Tras ese pronunciamiento, se declaró la inconstitucionalidad implícita de todos los procesos penales juzgados ante los tribunales militares.

Entre los derechos fundamentales que recibieron un tratamiento particular, cabe mencionar, a título enunciativo, el derecho de defensa, de presunción de inocencia, a un proceso que dure un plazo razonable, a no ser incomunicado, a ser puesto a disposición del juez sin demora, a la pluralidad de instancias, a la revisión de la pena de cadena perpetua, entre otros.

Este último tema era uno de los más polémicos que el Tribunal tenía que analizar. En la referida sentencia, literalmente se dispuso: "En definitiva, el establecimiento de la pena de cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que si en un plazo razonable el legislador no dictase una ley en los términos exhortados, por la sola eficacia de esta sentencia, al cabo de iniciada la ejecución de la condena, los jueces estarán en la obligación de revisar las sentencias condenatorias". Con ello, dispuso que la legislación sobre la materia fuese adecuada a los lineamientos previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y al principio de resocialización del sentenciado.

Finalmente, un tema que no puede pasar desapercibido, y al que, posteriormente, el Tribunal ha vuelto en otros pronunciamientos, tiene que ver con la *aplicación ultraactiva del artículo 307° de la Constitución de 1979 para sancionar a quienes participaron o se beneficiaron con el golpe de Estado del 5 de abril de 1992*. En ese sentido, el Tribunal sostuvo que "La referida Carta estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1993, fecha en la cual fue sustituida por la actual Constitución, conforme a su Décima Sexta Disposición Final y Transitoria. Sin embargo ello no es óbice para que los agentes de los actos de fuerza y los principales funcionarios del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional no sean pasibles de ser juzgados por los ilícitos penales que hayan perpetrado, sin mengua de que el Congreso de la República pueda decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todos o de parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido al amparo de la usurpación para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado".

La presente sentencia obligó a que el Congreso de la República delegue facultades legislativas en el Poder Ejecutivo para que se expidan los respectivos decretos legislativos que adapten la legislación penal antiterrorista a la Constitución y a los tratados sobre derechos humanos, a fin de que se puedan celebrar nuevamente los procesos penales por terrorismo.

Temas Claves: alcances y límites del principio de legalidad penal - apología del terrorismo y las libertades de información, expresión, opinión y difusión del pensamiento - cadena perpetua y los principios de dignidad y libertad - derecho a la integridad personal - derecho a la nacionalidad - derecho a la pluralidad de instancias - derecho a la protección jurisdiccional de los derechos, autonomía judicial e interpretación sistemática de la ley procesal penal - derecho a no ser incomunicado - derecho a un proceso que dure un plazo razonable - derecho al debido proceso - derecho al juez natural - derecho de acceso a la justicia - derecho de defensa - derecho internacional humanitario y la legislación antiterrorista - inconstitucionalidad del tipo penal de traición a la patria - legislación penal antiterrorista - legitimidad de las sentencias interpretativas - negación de beneficios penitenciarios - presunción de inocencia - principio de legalidad respecto del tipo penal de terrorismo - proporcionalidad de las penas - tribunales "sin rostro".

EXP. N.º 010-2002-AI/TC
LIMA

MARCELINO TINEO SILVA Y MÁS DE 5,000
CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 de días del mes de enero de 2003, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente, Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia; con los fundamentos de voto, adjuntos, de los Magistrados Rey Terry y Aguirre Roca; y los votos discrepantes, adjuntos, respecto del artículo 13.º, incisos a) y c), del Decreto Ley N.º 25475 de los Magistrados Aguirre Roca y Revoredo Marsano.

ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil ciudadanos, con firmas debidamente certificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, contra los Decretos Leyes N.ºs 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas.

ANTECEDENTES

Los demandantes manifiestan que las disposiciones legales que impugnan no sólo transgreden la Constitución actual y los tratados internacionales, sino que violan en el fondo y la forma la Constitución Política del Perú de 1979, vigente a la fecha en que el llamado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional los promulgó.

Además de argumentos políticos, los demandantes refieren que el 5 de abril de 1992 se produjo la quiebra del Estado de Derecho en el Perú; pero que el Decreto Ley N.º 25418, dictado en esa fecha, no podía derogar total o parcialmente ni suspender la vigencia de la Constitución de 1979, por mandato de su artículo 307º. Consideran que son nulos todos los actos practicados como consecuencia del golpe de Estado de 5 de abril de 1992, por cuanto la dictadura instaurada en el país arrasó y demolió el ordenamiento jurídico existente. Indican que, en cualquier Estado del mundo, la Constitución es la ley fundamental de la organización política y jurídica y en ella están reconocidos los derechos fundamentales de las personas.

Refieren que durante el Gobierno de Transición, presidido por el doctor Valentín Paniagua Corazao, se expidió la Resolución Suprema N.º 281-2000-JUS que creó la Comisión de Estudio y Revisión de la legislación emitida desde el 5 de abril de 1992 y que por Resolución Ministerial N.º 191-2001-JUS, de 8 de junio de 2001, se autorizó la publicación del Informe Final de la citada Comisión, en el cual se expresa:

“Quizá uno de los temas más sensibles durante el régimen precedente en la materia que venimos analizando, es el de la vulneración de principios constitucionales y Derechos

Fundamentales a través de la emisión de normas legales de naturaleza penal y, en gran medida, en relación con la lucha antisubversiva. Como resultado de ello, se han expedido ciertas normas que colisionan en forma directa con la Constitución de 1993, además (...) de violar derechos fundamentales de las personas, consagrados no sólo explícitamente por la propia Constitución, sino en forma implícita por la citada norma, y también por Tratados Internacionales de los cuales el Perú también es signatario.”

“Las normas antiterroristas y las que regulan el tema de terrorismo especial, vulneran reiteradamente derechos fundamentales y principios constitucionales consagrados.”

Los demandantes arguyen que los Tratados Internacionales, de conformidad con el artículo 101º de la Constitución de 1979, vigente cuando se expidieron los Decretos Leyes, forman parte del Derecho Nacional y que, igualmente, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la actual Constitución indica que:

“Las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

En cuanto a los Decretos Leyes N.ºs 25475, 25659, 25708 y 25880, los demandantes indican que son inconstitucionales por contravenir en el fondo a la Constitución Política del Perú y no haber sido aprobados, promulgados y publicados en la forma que ella establece; y que contradicen y violan los derechos fundamentales de la persona humana establecidos en la Constitución de 1993 y en los Tratados Internacionales suscritos por el Perú.

Respecto del principio de legalidad sostienen que, en el párrafo “d” del inciso 24) del artículo 2º, la Constitución prescribe: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.” Los demandantes enfatizan que el artículo 2º del Decreto Ley N.º 25475 define el llamado delito de terrorismo de manera abstracta violando el principio de legalidad. Solicitan que este Tribunal tenga presente, al resolver, el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de 1993.

Con relación al Decreto Ley N.º 25659, que tipifica el llamado delito de traición a la patria, en realidad –dicen– no tipifica ninguna figura nueva de delito, no es sino una modalidad agravada del delito de terrorismo establecido en el artículo 2º del Decreto Ley N.º 25475; y que su objetivo fue trasladar arbitraria e inconstitucionalmente el procesamiento y juzgamiento de civiles al fuero militar, no permitido por la Constitución de 1979, con lo cual también se ha violado el principio de legalidad.

Las modalidades delictivas descritas en los Decretos Leyes N.ºs 25475 y 25659, según los demandantes, están

comprendidas indistintamente tanto dentro del delito de terrorismo como del delito de traición a la patria. Consideran que se ha violado, de esa manera, el principio de legalidad previsto en las Constituciones de 1979 y 1993 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. La demanda, también, se funda en el derecho de ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, lo que no podía ocurrir por cuanto los miembros de las Fuerzas Armadas estaban encargados de reprimir y combatir directamente a una de las partes del conflicto armado interno, siendo los militares la otra parte. Agregan que es el Poder Ejecutivo el que nombra a los jueces militares, quienes actúan con sujeción a la obediencia a sus superiores, vulnerándose el principio de que nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio legal.

Consideran los demandantes que los Decretos Leyes que impugnan impiden el ejercicio del derecho de defensa, que es una garantía constitucional, al no permitir que los abogados defensores patrocinen simultáneamente a más de un encausado, así como el derecho a la presunción de inocencia, por cuanto imponen al Juez Penal que dicte el auto apertorio de instrucción con orden de detención. También sostienen los accionantes que se viola los derechos constitucionales a la jurisdicción predeterminada por la ley, al debido proceso y la tutela jurisdiccional, a no ser incomunicado sino tan sólo por el tiempo necesario, a la pluralidad de instancias, entre otros.

Los demandantes, igualmente, invocan el artículo 8º, inciso 1), del Pacto de San José de Costa Rica y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, en el caso de Jaime Castillo Petrucci y otros, en que se "Ordena al Estado Peruano adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención en la presente sentencia y asegurar el goce de los derechos consagrados en la Convención a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción sin excepción alguna".

Finalmente, los demandantes estiman que los Decretos Leyes materia de la acción de inconstitucionalidad violan los derechos constitucionales a las libertades de información, expresión, opinión y difusión del pensamiento, de respeto de la integridad física, psíquica y moral de las personas, de privación de la libertad mediante cadena perpetua, por ser inhumana, cruel y degradante, de proporcionalidad de las penas, de negación de los beneficios penitenciarios y del derecho internacional humanitario.

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda, la misma que se limita exclusivamente a solicitar que, revocándose el auto admisorio de la demanda, se declare inadmisble la acción de inconstitucionalidad presentada. Sostiene que el 24 de junio de 1996, fecha en que quedó constituido el Tribunal Constitucional, el plazo de prescripción de las acciones de inconstitucionalidad era de 6 meses, por lo que, tratándose de decretos leyes publicados antes de dicho mes, el plazo para interponer la

demanda contra las normas impugnadas prescribió el 24 de diciembre de 1996.

FUNDAMENTOS

I. La posición institucional y la delimitación del petitorio

1. 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.

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.

2. Tras las atrocidades de las agrupaciones violentistas apareció también, residualmente, un comportamiento estatal innoble a la causa de los derechos humanos, infecundo para la cimentación de los valores democráticos y ofensivo a las leyes del Creador.

En las actuales circunstancias, es un imperativo histórico reencauzar la lucha contra la violencia sin distinción de signo, origen o fuente de inspiración. Para tal efecto, el respeto a la dignidad de la persona debe ser el parámetro que oriente tal reformulación de la política antisubversiva.

Consustancial a ello es, también la necesidad de conocer la verdad y la búsqueda de la justa sanción a los responsables de hechos ignominiosos. El Estado está obligado ética y jurídicamente a investigar la violación de los derechos humanos cometidos a lo largo de estos luctuosos años. Para que ello ocurra civilizadamente, se requiere, entre otras medidas, adecuar la normatividad de conformidad con los estándares establecidos por la comunidad internacional.

3. No es parte de esta demanda de inconstitucionalidad, ni sería atribución del Tribunal Constitucional, la aplicación del artículo 307º de la Constitución Política del Perú de 1979, para sancionar a quienes participaron o se beneficiaron con el golpe de Estado del 5 de abril de 1992. La referida Carta estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1993, fecha en que fue sustituida por la actual Constitución, conforme a su Decimosexta Disposición Final y Transitoria. Sin embargo, ello no es óbice para que los agentes de los actos de fuerza y los principales funcionarios del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional no sean pasibles de ser juzgados por los ilícitos penales que hayan perpetrado, sin mengua de que el Congreso de la República pueda decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todos o de parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido al amparo de la usurpación para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado.

En ese contexto, se dictaron los decretos leyes impugnados. Tales actos emanados del gobierno de facto encabezado por el ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, fueron convalidados, posteriormente, por el Congreso Constituyente Democrático, así como el referéndum del 31 de octubre de 1993, y sucesivos procesos electorales, de cuya transparencia, el Tribunal Constitucional, en este proceso, no se pronuncia.

II. La separación y la usurpación de poderes

4. De acuerdo con la Ley de Bases de la Constitución, de 17 de diciembre de 1822, el Perú se organizó como República con sujeción al principio de separación de poderes. Sin embargo, la agitada y dramática realidad de nuestra patria acredita también que, en casi dos terceras partes de su vida independiente, fue gobernada por regímenes emanados del golpe militar o del fraude electoral.

5. En los últimos cien años, se han advertido los siguientes hechos, que conspiran contra aquel principio:

a) El 4 de febrero de 1914, el Congreso de la República "Tributa un voto de aprobación y de gratitud pública al Jefe del Estado Mayor General del Ejército, coronel don Óscar R. Benavides, a los jefes y oficiales y a los soldados todos del Ejército y de la Armada que les han secundado en el restablecimiento del orden institucional, por su conducta y abnegación en los acontecimientos que han puesto término a la reciente dictadura", y nombra una Junta de Gobierno integrada por los señores Óscar R. Benavides, J. Matías Manzanilla, Arturo Osores, José Balta, Rafael Grau y Benjamín Boza, que el mismo día es reemplazada por la Presidencia Provisoria del coronel Óscar R. Benavides, según la Resolución Legislativa N.º 1858.

b) El 4 de julio de 1919, el electo Presidente de la República, Augusto B. Leguía, depone al Presidente José Pardo y Barreda; e instaura un gobierno de facto, denominado Gobierno Provisional, y convoca a elecciones de una Asamblea Nacional.

c) Dicha Asamblea, efectivamente, por Ley N.º 3083, de 25 de setiembre de 1919, aprueba "todos los actos practicados por el Gobierno Provisional para hacerse cargo del Poder, para convocar al pueblo al plebiscito nacional y para conservar el orden".

d) Sin sujeción a la Carta Política de 1920 y para dar término al oncenio de Leguía, un autodenominado gobierno revolucionario inició su gestión con el Decreto Ley N.º 6874, de 2 de setiembre de 1930, y concluyó con el Decreto Ley N.º 7475, de 25 de noviembre de 1931.

e) Como consecuencia del golpe militar del 27 de octubre de 1948, violando la misma Carta de 1933, se dictaron los Decretos Leyes N.ºs 10889 a 11488, validados por la Ley N.º 11490, de 28 de julio de 1950.

f) Luego del golpe militar del 18 de julio de 1962, bajo la nominal vigencia de la propia Constitución de 1933, se expidieron los Decretos Leyes N.ºs 14167 a 14627.

g) Transgrediendo la Constitución Política de 1979, con el golpe de Estado de 5 de abril de 1992, se rompió el sistema democrático mediante el Decreto Ley N.º 25418 y concluyó con el Decreto Ley N.º 26162.

h) Los Decretos Leyes dictados por el autodenominado "Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional" fueron validados por la llamada Ley Constitucional de 9 de enero de 1993.

6. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que los Decretos Leyes impugnados tienen origen ilegítimo; pero han sido y siguen siendo aplicados. Su expedición se realiza cada vez que se ha quebrado el orden constitucional, esto es, bajo un régimen de facto. Son normas que se introducen con violación del ordenamiento señalado en la Constitución. Es decir, se trata de actos de gobierno que, por su propia naturaleza, son dictados en oposición a las normas constitucionales que disciplinan el ejercicio de la función legislativa.

III. La legislación antiterrorista

7. El Congreso de la República delegó facultades legislativas en el Presidente de la República mediante la Ley N.º 23230, publicada el 15 de diciembre de 1980, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188º de la Constitución Política de 1979. En uso de esa atribución constitucional delegada fue expedido el Decreto Legislativo N.º 46, de 10 de marzo de 1981, por el cual se establecieron severas sanciones para quienes, con propósito de intimidación, alterasen la paz interna o el orden público empleando explosivos o bombas hasta llegar al extremo de poner en peligro la vida o la salud de las personas o causarles la muerte. Dicho Decreto Legislativo sustituyó al Decreto Ley N.º 20828 y tuvo por objeto "acondicionar las normas represivas y procesales a los principios del Derecho Procesal Liberal, que garanticen una justa aplicación de la Ley punitiva, con mayor razón cuando la República ha retornado irrenunciablemente al cauce de su vida constitucional y democrática".

8. Diez años después, también por delegación de facultades legislativas al Presidente de la República, a través de la Ley N.º 25280, publicada el 30 de octubre de 1990, se promulgó el Código Penal, mediante el Decreto Legislativo N.º 635, de 3 de abril de 1991, en cuyos artículos 319.º a 324.º se tipificó el delito de terrorismo en sus diversas modalidades. Estas normas, por lo tanto, sustituyeron a las que contenía el Decreto Legislativo N.º 46.

Cuando el Código Penal cumplía un año de vigencia, se produjo el golpe de Estado de 5 de abril de 1992 que, mediante los cuatro Decretos Leyes materia de esta demanda de inconstitucionalidad, abrogaron la legislación precedente.

IV. El control de constitucionalidad de los Decretos Leyes expedidos con anterioridad a la Constitución de 1993

9. Los Decretos Leyes aluden a disposiciones de naturaleza jurídica *sui generis* dictadas por un poder de facto que ha

reunido para sí –contra lo establecido en el ordenamiento constitucional– las funciones parlamentarias y ejecutivas. Se trata de disposiciones surgidas de la voluntad de operadores del órgano ejecutivo que carecen de título que los habilite para ejercer la potestad legislativa, las mismas que, con prescindencia de las formalidades procesales establecidas en la Constitución, regulan aspectos reservados a la ley. Son, pues, expresiones normativas de origen y formalidad espurios, que, empero, se encuentran amparadas en la eficacia de una acción de fuerza.

§4.1. El problema de la vigencia de los Decretos Leyes

10. El tema del reconocimiento, aplicabilidad y exigibilidad del cumplimiento de los Decretos Leyes es observado, según la doctrina, en función del “tiempo político” que se vive dentro de una comunidad política. En ese sentido, se plantean dos problemas: la vigencia de los Decretos Leyes durante la existencia de un gobierno de facto y la vigencia y validez de los Decretos Leyes al restaurarse el Estado de Derecho. Como es obvio, corresponde detenerse en el análisis del segundo caso.

11. La doctrina establece que durante el período que sigue a la desaparición de un gobierno de facto, la vigencia de los Decretos Leyes se procesa de conformidad con la teoría de la caducidad, la teoría de la revisión o la teoría de la continuidad.

12. La teoría de la caducidad –que plantea que una vez restaurado el Estado de Derecho, dichas normas dejan *ipso facto* de tener vigencia– no ha tenido aceptación en nuestro país; al extremo de haber sido utilizada una sola vez, a través de la ley del 20 de diciembre de 1895, que declaró inexistentes los actos gubernativos y las leyes aprobadas durante el período 1894-1895.

13. En cambio, la teoría de la continuidad utilizada en amplios momentos de nuestra historia y la teoría de la revisión son las que han permitido afrontar el delicado problema de la vigencia de los Decretos Leyes.

Según la teoría de la continuidad, los Decretos Leyes perviven o mantienen su vigencia –surtiendo todos los efectos legales– no obstante producirse la restauración del Estado de Derecho. Estos solo perderán vigencia en caso de que el Congreso posterior a un gobierno de facto dicte leyes que los abroguen, modifiquen o sustituyan, según el caso.

Esta teoría se sustenta en la necesidad de preservar uno de los fines básicos del derecho: la seguridad jurídica. En el caso de los Decretos Leyes, dicho fin implica resguardar el desenvolvimiento de la vida cotidiana y la de los bienes jurídicos (vida, propiedad, honor, etc.) que se encuentran amparados por ellos, sin mengua de reconocer que este amparo haya sido establecido de manera no formal.

14. En efecto, durante el interregno del Estado de Derecho –como consecuencia de la imposición de un gobierno de facto– surgen inevitablemente relaciones interpersonales reguladas por Decretos Leyes. No aceptar la continuidad de la vigencia *sui generis* de estos, sería abrir un largo,

oscuro e inestable “paréntesis jurídico” que dejaría en la orfandad al cúmulo de beneficios, facultades, derechos o prerrogativas nacidos de dicha legislación, así como también quedarían privados de exigencia las cargas públicas, deberes, responsabilidades, penalidades, etc., que el Estado hubiese establecido en su relación con los ciudadanos. Desde ambas perspectivas –la ciudadanía y la organización estatal–, se perpetraría un inmenso perjuicio para la vida coexistencial y la normal marcha del cuerpo político.

15. Así, el desconocimiento a priori y genérico de la totalidad de los Decretos Leyes, luego de restaurarse el Estado de Derecho, generaría incertidumbre, caos, desorden, riesgo y amenaza para las relaciones entre los ciudadanos y entre estos y el Estado.

16. Por su parte, la teoría de la revisión plantea que una vez restaurado el Estado de Derecho, los Decretos Leyes deben ser objeto de un examen de vigencia. Para tal efecto, el Congreso de la República se pronuncia por el mantenimiento o no en el sistema jurídico.

§4.2. Los Decretos Leyes y la impugnación por vicios de forma

17. Dos son las cuestiones adjetivas que se suscitan de la impugnación de los Decretos Leyes N.ºs 25475, 25659, 25708 y 25880:

a. La competencia del Tribunal Constitucional para juzgar la validez constitucional de los Decretos Leyes en cuanto normas no enunciadas en el inciso 4) del artículo 200.º de la Constitución; y,

b. Los alcances del control de constitucionalidad en tanto normas anteriores a la Constitución de 1993.

18. Con relación al primer aspecto, el Tribunal Constitucional considera que los Decretos Leyes constituyen un fenómeno *sui generis*, ya que son producto de la violación de las normas sobre producción jurídica señalada en la Constitución; y mantienen relación con la vida jurídica sólo por las razones expuestas al fundamentar la teoría de la continuidad.

19. En el caso particular de los Decretos Leyes impugnados, la singularidad del problema, más allá de su origen (antes analizado), se centra en la “convalidación” efectuada por la Ley Constitucional de 9 de enero de 1993 y sus alcances.

A juicio del Tribunal Constitucional, tal “convalidación” no debe entenderse en el sentido de que su contenido haya quedado “constitucionalizado” ni que no se pueda intentar reforma legislativa sobre ellas una vez disuelto el CCD, o, a su turno, que hayan quedado inmunes a un control posterior. No sólo porque ese no es el sentido del artículo 2º de la referida Ley Constitucional, sino también porque tales Decretos Leyes deben considerarse como actos con jerarquía de ley y, por lo tanto, susceptibles de ser modificados o derogados por otras de su mismo valor y rango; y, por ende, sujetos al control de la constitucionalidad.

20. Por ello, el Tribunal Constitucional juzga que dicha Ley Constitucional sólo ha tenido el propósito de señalar que se trata de normas que "pertenecen" al ordenamiento jurídico nacional, esto es, que existen, pese a su origen espurio. Sin embargo, la pertenencia de una norma jurídica al ordenamiento no es sinónimo de validez.

21. Por lo demás, esa ha sido la línea jurisprudencial mantenida por este Colegiado desde el inicio de sus actividades. En efecto, el Tribunal no sólo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad constitucional de los Decretos Leyes, pese a que no se encuentran comprendidos entre las normas que señala el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución, sino que, además, ha entendido, implícitamente, que las normas comprendidas en dicho dispositivo constitucional sólo tienen un carácter enunciativo y no taxativo de las normas que son susceptibles de ser sometidas al control en una acción de inconstitucionalidad. Por ejemplo, con relación a un Decreto Ley (el N.º 25967), el Tribunal Constitucional dictó ya la sentencia de 23 de abril de 1997, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 del mismo mes (Exp. N.º 007-96-I/TC).

El Tribunal Constitucional es, pues, competente para determinar la constitucionalidad de los Decretos Leyes impugnados, en su condición de órgano de control de la constitucionalidad (art. 1° de la LOTC).

V. Los Decretos Leyes y las cuestiones de orden material

22. Los demandantes han alegado la inconstitucionalidad, desde su origen, de los Decretos Leyes N.ºs 25475, 25659, 25708 y 25880, por cuanto no fueron aprobados y promulgados en la forma establecida por la Constitución de 1979. El Tribunal Constitucional considera, a la luz de lo expuesto precedentemente, que el problema planteado respecto de tales Decretos Leyes no radica tanto en determinar si estos se introdujeron respetándose los límites formales impuestos por la Constitución de 1979, sino en examinar si son compatibles, por el fondo, con la Constitución de 1993.

23. A este respecto, ya se ha precisado que mediante la Ley Constitucional del 9 de enero de 1993 se declaró que los Decretos Leyes expedidos por el gobierno de facto mantenían plena vigencia en tanto no fueran derogados, modificados o revisados, por lo que no puede efectuarse un control formal de constitucionalidad de acuerdo con la Carta de 1979.

Además, al plantearse la demanda de inconstitucionalidad contra dichos Decretos Leyes, ya no se encontraba en vigencia la Constitución de 1979, sino la de 1993. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional considera que sustituido el canon o parámetro de control, cualquier control sobre la legislación preconstitucional debe resolverse conforme a las disposiciones sustantivas previstas por la nueva Constitución, esto es por la Carta de 1993.

24. No obstante no es ajeno al Tribunal Constitucional que, tratándose del control de la legislación preconstitucional, el juicio de compatibilidad entre la Ley anterior (o Decreto

Ley) y la Constitución actual, no se resuelve únicamente en un control de validez bajo los alcances del principio de jerarquía, sino, incluso, en uno de mera vigencia. En efecto una vez que entra en vigencia una nueva Constitución, ésta es capaz de derogar tácitamente la legislación "preconstitucional" que se le oponga, pues también en este caso es de aplicación el principio "lex posterior derogat priori". Sin embargo, lo anterior no impide que, en el seno de una acción de inconstitucionalidad, este Tribunal pueda declarar su inconstitucionalidad en caso de ser incompatible con la nueva Constitución.

25. Es cierto que el supuesto de derogación tácita y la declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional no son operaciones análogas y de efectos similares. Mientras que la primera la realiza el Juez y tiene efectos *inter partes*; la segunda es competencia del Tribunal Constitucional y, en virtud de los efectos de sus sentencias, tiene alcance general –*erga omnes*– y vincula a todos los poderes públicos, incluido obviamente al propio Poder Judicial.

Por lo tanto, habiéndose promovido una acción de inconstitucionalidad contra leyes preconstitucionales, el Tribunal Constitucional es competente para pronunciarse sobre su compatibilidad, por el fondo, con la Constitución de 1993.

VI. EL CARÁCTER Y ALCANCE DE LA SENTENCIA

§6.1. Conceptos Previos

26. Teniendo en cuenta la trascendencia de la presente acción de inconstitucionalidad en la vida social y jurídica del país, es necesario que el Tribunal Constitucional proceda a efectuar una explicación del tipo de sentencia que hoy dicta, con varios registros en la jurisprudencia comparada y fecundo desarrollo en la doctrina de la jurisdicción constitucional.

27. El Tribunal Constitucional, por mandato de la Constitución del Estado, tiene la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley, ya sea por vicios de forma o fondo; además, el artículo 35° de la Ley N.º 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establece que sus fallos son vinculantes para todos los poderes públicos, y de manera específica para los jueces, pues estos, de conformidad con la primera disposición general de la ley acotada, "(...) interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resultan de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos".

28. Aún cuando en "cada país y casi cada autor, tienden a elaborar tipologías diferentes" de sentencias (E. Aja y M. González, "Conclusiones generales", en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, pág. 275), tradicionalmente, según se acoja o rechace el petitorio de la demanda, las sentencias del Tribunal Constitucional pueden clasificarse en sentencias "estimatorias" o

“desestimatorias”; sin embargo, el dinámico contexto social de nuestro país ha obligado a este Colegiado, como a su turno lo hicieron otros tribunales análogos al nuestro (como los de Italia, España y Alemania), a dictar resoluciones que en cierta medida se apartan de esta distinción clásica, innovando de ese modo la tipología de sus sentencias.

29. Es el caso de las sentencias denominadas interpretativas. Mediante tales sentencias, los tribunales constitucionales evitan crear vacíos y lagunas de resultados funestos para el ordenamiento jurídico. Son abundantes los testimonios de las ventajas de esta clase de sentencias en el derecho y la jurisprudencia constitucional comparados, ya que, además, permiten disipar las incoherencias, galimatías, antinomias o confusiones que puedan contener normas con fuerza o rango de ley.

Las sentencias interpretativas, cuyo fallo se pronuncia fundamentalmente respecto al contenido normativo, pueden ser, a su vez, estimatorias y desestimatorias. Mediante ellas se dispone que una disposición legal no es inconstitucional si es que ésta puede ser interpretada conforme a la Constitución. Como tal, presupone la existencia, en una disposición legal, de al menos dos opciones interpretativas, una de las cuales es conforme con la Constitución y la otra incompatible con ella. En tal caso, el Tribunal Constitucional declara que la disposición legal no será declarada inconstitucional en la medida en que se la interprete en el sentido que es conforme a la Constitución.

30. Por el contrario, mediante las sentencias denominadas aditivas, se declara la inconstitucionalidad de una disposición o una parte de ella, en cuanto se deja de mencionar algo (“en la parte en la que no prevé que (...)”) que era necesario que se previera para que ella resulte conforme a la Constitución. En tal caso, no se declara la inconstitucionalidad de todo el precepto legal, sino sólo de la omisión, de manera que, tras la declaración de inconstitucionalidad, será obligatorio comprender dentro de la disposición aquello omitido.

31. A diferencia de estas, las sentencias sustitutivas se caracterizan por el hecho de que con ellas el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra. En ese caso, la decisión sustitutiva se compone de dos partes diferentes: una que declara la inconstitucionalidad de un fragmento o parte de la disposición legal impugnada, y otra que la “reconstruye”, a través de la cual el Tribunal Constitucional procede a dotar, a la misma disposición, de un contenido diferente, de acuerdo con los principios constitucionales vulnerados. Tales decisiones –las aditivas y las sustitutivas–, en realidad, no innovan el ordenamiento jurídico, si es que con ello se quiere expresar el acto por el cual el Poder Legislativo innova el ordenamiento jurídico “escribiendo” y poniendo en vigencia nuevas disposiciones legales, pues evidentemente, el Tribunal Constitucional no tiene capacidad para hacerlo.

32. Finalmente, también existen las sentencias exhortativas, que son aquellas en virtud de las cuales, al advertirse una manifestación de inconstitucionalidad en un determinado dispositivo legal, sin embargo, el Tribunal Constitucional solo declara su mera incompatibilidad y exhorta al legislador para que, en un plazo razonable, introduzca aquello que es necesario para que desaparezca el vicio meramente declarado (y no sancionado).

33. En cualquiera de los casos, detrás de dichas sentencias se halla la necesidad de no crear vacíos legislativos o generar peores efectos que los que se podrían producir con la declaración de la inconstitucionalidad de una disposición legal. Al igual que cualquier sentencia constitucional, ellas también vinculan a los poderes públicos, y si bien no determinan un plazo concreto o determinado dentro del cual deba subsanarse la omisión, sin embargo, transcurrido un plazo de tiempo razonable, a propósito de la protección de derechos constitucionales, pueden alcanzar por completo sus efectos estimatorios, hasta ahora solo condicionados.

Así expuesto el carácter de esta sentencia, bien puede decirse que la presente es una sentencia “estipulativa”, puesto que expone los conceptos, alcances y efectos de la sentencia, de manera que, más adelante, ya no tenga que volver a explicarlos.

§6.2. La legitimidad de las sentencias interpretativas

34. La existencia de toda esta clase de sentencias del Tribunal Constitucional es posible sólo si se tiene en cuenta que, entre “disposición” y “norma”, existen diferencias (Riccardo Guastini, “Disposizione vs. norma”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, pág. 3 y ss.). En ese sentido, se debe subrayar que en todo precepto legal se puede distinguir:

- a) El texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal (disposición); y,
- b) El contenido normativo, o sea el significado o sentido de ella (norma).

35. Siendo objeto del examen de constitucionalidad el texto y su sentido normativo, el análisis deberá necesariamente realizarse en el marco de una realidad concreta, tanto jurídica como social, es decir, con la perspectiva analítica del derecho en acción, vivo, y la aplicación específica de la norma.

El Tribunal, por lo demás, enfatiza que el fundamento y la legitimidad de uso de este tipo de sentencias radica en el principio de conservación de la ley y en la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución, a fin de no lesionar el principio básico de la primacía constitucional; además, se deberá tener en cuenta el criterio jurídico y político de evitar en lo posible la eliminación de disposiciones legales, para no propender a la creación de vacíos normativos que puedan afectar negativamente a la sociedad, con la consiguiente violación de la seguridad jurídica. Por tales razones, el Tribunal Constitucional sostiene que dictar en el presente caso una sentencia

interpretativa, además, aditiva, sustitutiva, exhortativa y estipulativa, no solamente es una potestad lícita, sino fundamentalmente constituye un deber, pues es su obligación la búsqueda, vigencia y consolidación del Estado Constitucional de Derecho, siempre fundada en los principios y normas constitucionales y los valores que configuran la filosofía jurídico-política del sistema democrático.

VII. La inconstitucionalidad del tipo penal de traición a la patria

36. El Tribunal Constitucional comparte el criterio sostenido por los demandantes en relación con el tipo penal para el delito de traición a la patria. En efecto, este delito no es sino una modalidad agravada del delito de terrorismo tipificado en el artículo 2.º del Decreto Ley N.º 25475. Ello fluye del texto mismo del artículo 1.º del Decreto Ley N.º 25659, cuando indica que *“Constituye delito de traición a la patria la comisión de los actos previstos en el artículo 2º del Decreto Ley N.º 25475” (...)*. Similar criterio se deriva de un examen comparativo de las modalidades previstas en los artículos 1º y 2º del Decreto Ley N.º 25659 con las especiales características que se exigen en los artículos 3º y 4º del Decreto Ley N.º 25475. En esencia, pues, un mismo hecho está regulado bajo dos tipos penales distintos.

37. En la misma situación se encuentran los siguientes casos: el inciso a) del artículo 1.º y el inciso a) del artículo 2.º del Decreto Ley N.º 25659, los que se asimilan a los artículos 2º y 3º, inciso a), primer párrafo, del Decreto Ley N.º 25475, respectivamente. El inciso b) del artículo 2.º del Decreto Ley N.º 25659 se asimila al artículo 3.º, inciso a), segundo párrafo, del Decreto Ley N.º 25475. El inciso c) del artículo 2.º del Decreto Ley N.º 25659 se asimila al inciso a) del artículo 4.º del Decreto Ley N.º 25475. Y, finalmente, el inciso b) del artículo 1.º del Decreto Ley N.º 25659 se asimila al inciso e) del artículo 4.º del Decreto Ley N.º 25475.

38. En este contexto, si la totalidad de los supuestos de hecho descritos en el tipo penal de traición a la patria se asimilan a las modalidades de terrorismo preexistentes; hay, pues, duplicación del mismo contenido. En esencia, el legislador sólo ha reiterado el contenido del delito de terrorismo en el tipo relativo al de traición a la patria, posibilitando con ello que un mismo hecho pueda indistintamente ser subsumido en cualquiera de los tipos penales y que, en su caso, con la elección del tipo penal aplicable, su juzgamiento pueda ser realizado, alternativamente, por los tribunales militares o por la jurisdicción ordinaria.

39. A juicio del Tribunal Constitucional, ello afecta el principio de legalidad penal, ya que da lugar a un inaceptable grado de discrecionalidad del Ministerio Público y las autoridades judiciales, quienes podrían subsumir la comisión de un mismo delito en distintos tipos penales. Ese ha sido también el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha sostenido: *“(…) las conductas típicas descritas en los Decretos Leyes*

N.º 25475 y 25659 –terrorismo y traición a la patria– (...) podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como de otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos. (...) La imprecisión en el deslinde entre ambos tipos penales afecta la situación jurídica de los inculcados en diversos aspectos: la sanción aplicable, el tribunal de conocimiento y el proceso correspondiente” (Caso Castillo Petrucci, párrafo 119).

40. Además, el Tribunal Constitucional considera que, en el caso de las disposiciones impugnadas (artículos 1º y 2º del Decreto Ley N.º 25659), es posible detectar un vicio de irrazonabilidad de la ley, ya que mientras el legislador perseguía regular el tipo penal del delito de traición a la patria, sin embargo, al final, terminó regulando –en realidad, repitiendo– el tipo penal del delito de terrorismo. Y todo ello, con el propósito de sustraer a la competencia de los jueces de la jurisdicción ordinaria su juzgamiento, y, al mismo tiempo, modificar el régimen de las penas aplicables.

41. El Tribunal Constitucional estima, por lo tanto, que debe declararse la inconstitucionalidad de los artículos 1.º y 2.º del Decreto Ley N.º 25659 y, por conexión, debe extender sus efectos a los artículos 3.º, 4.º, 5.º y 7.º del mismo Decreto Ley N.º 25659.

Asimismo, por idéntica razón, son inconstitucionales los artículos 2º, 3º y 4º del mismo Decreto Ley N.º 25744. Finalmente, en lo que se refiere al artículo 8º del referido Decreto Ley N.º 25659, se debe precisar que, habiéndose declarado la inconstitucionalidad de los artículos 1º y 2º del Decreto Ley N.º 25659, el delito de traición a la patria previsto en el artículo 325.º del Código Penal mantiene su plena eficacia, puesto que, como expresa el referido artículo 8.º del Decreto Ley N.º 25659, este no fue derogado sino quedó en suspenso.

42. Con relación al artículo 6.º del Decreto Ley N.º 25659, relativo a las acciones de hábeas corpus, por conexión, también es inconstitucional la frase *“o traición a la patria”*, por lo que dicho precepto subsistirá de la siguiente manera: *“La acción de habeas corpus es procedente en los supuestos previstos en el artículo 12.º de la Ley N.º 23506, en favor de los detenidos, implicados o procesados por los delitos de terrorismo, debiendo observarse las siguientes normas de procedimiento: (...)”*. Este último precepto, en los términos antes mencionados, no impide la interposición del hábeas corpus cuando una persona se encuentre procesada por el delito de traición a la patria previsto en el artículo 325º del Código Penal, en cuyo caso se aplicarán las reglas previstas en las Leyes N.º 23506 y 25398.

VIII. El principio de legalidad respecto del tipo penal de terrorismo

43. Los demandantes consideran que el artículo 2.º del Decreto Ley N.º 25475, que contiene el tipo base del delito de terrorismo, vulnera el principio de legalidad penal reconocido en el artículo 2.º, inciso 24), literal “d”, de la Constitución. En efecto, sostienen que, *“en contra de esta disposición constitucional, que consagra el principio de legalidad, el artículo 2º del Decreto Ley 25475 define*

el llamado delito de terrorismo de manera abstracta, general e imprecisa, pues dice "realiza actos" pero no dice qué tipo de actos. El mismo artículo dice "empleando materias" pero no precisa qué tipo de materias, para luego agregar "o artefactos explosivos" como si materia y artefacto explosivo fueran lo mismo. Del mismo modo dice "cualquier otro medio".

El texto legal del artículo en cuestión es el siguiente:

"El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años."

Adicionalmente, afirman que el legislador "ha dejado el libre camino para interpretaciones extensivas inapropiadas, abusivas y arbitrarias, violatorias del principio de legalidad, base del ordenamiento penal".

§8.1. Alcances y límites del principio de legalidad penal (artículo 2.º, inciso 24), literal "d", de la Constitución)

44. El principio de legalidad penal ha sido consagrado en el literal "d" del inciso 24) del artículo 2.º 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 (...)". Igualmente, ha sido recogido por los principales instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11.º, numeral 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9.º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15.º).

45. El principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal "d" del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea "expresa e inequívoca" (*Lex certa*).

46. El principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la Ley es una prescripción dirigida al legislador para que éste dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre.

Esta exigencia de "*lex certa*" no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador

una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible *equivocidad*. Por eso se ha dicho, con razón, que "en esta materia no es posible aspirar a una precisión matemática porque ésta escapa incluso a las posibilidades del lenguaje" (CURY URZUA: Enrique: *La ley penal en blanco*. Temis, Bogotá, 1988, p. 69).

47. En definitiva, la certeza de la ley es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos y así, en efecto, se ha entendido por la doctrina constitucional. (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *El Sistema Constitucional Español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 257). El grado de indeterminación será inadmisibles, sin embargo, cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos. (En este sentido: BACIGALUPO, Enrique: *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Temis. Bogotá, 1989, p.35). Como lo ha sostenido este Tribunal en el Caso "Encuesta a boca de urna" (Exp. N.º 002-2001-AI/TC), citando el Caso Conally vs. General Cons. de la Corte Suprema Norteamericana, "una norma que prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del principio de legalidad" (Fundamento Jurídico N.º 6).

48. Esta conclusión también es compartida por la jurisprudencia constitucional comparada. Así, el Tribunal Constitucional de España ha sostenido que "*la exigencia de "lex certa" no resulta vulnerada cuando el legislador regula los supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada*" (STC 69/1989).

49. En esta perspectiva, el Derecho Penal admite la posibilidad de que existan **tipos abiertos** que, frente a la indeterminación, sobre todo de los conceptos valorativos, delegan al juzgador la labor de complementarlos mediante la interpretación.

50. Así resulta del examen del Código Penal promulgado mediante el Decreto Legislativo N.º 635, de 3 de abril de 1991, que usa figuras penales abiertas en los artículos 145.º y 179.º "cualquier otro medio", 154.º "u otro medio", 157.º "u otros aspectos", 161º "u otro documento de naturaleza análoga", 170.º, 171.º, 172.º, 173.º, 174.º y 176.º "u otro análogo", 185.º "o cualquier otra conducta", 190.º " otro título semejante", 192.º "cualquier otro motivo",

196.º "otra forma fraudulenta", 198.º " cualquier medio fraudulento", el 210º "cualquier otro acto", 233º, 237º, 253º y 345º "de cualquier manera", 238º "cualquier medio", 268º "cualquier artificio", 273º "cualquier clase", 276º y 280º "cualquier otro medio análogo", 277º "otros medios", 283º "similares", 330º "cualquier otro móvil innoble", 393º, 394º, 398º, 398º- A y 400º "cualquier otra ventaja" y 438º "de cualquier otro modo".

51. El límite de lo admisible, desde el punto de vista constitucional, quedará sobrepasado en aquellos casos en que el tipo legal no contenga el núcleo fundamental de la materia de prohibición y, por lo tanto, la complementación ya no sea solo cuantitativa, sino eminentemente cualitativa (BUSTOS R., Juan: *Introducción al Derecho Penal*. Temis. Bogotá, 1986, p. 62; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima, 1990, p.61).

52. Nuevamente, en la jurisprudencia constitucional comparada se ha legitimado la existencia de esta indeterminación típica con relación a los elementos o conceptos normativos, los mismos que pueden tener "un cierto carácter de indeterminación (pues bajo el término "concepto jurídico indeterminado" se incluyen multitud de supuestos), pero debe tenerse en cuenta que no vulnere la exigencia de la *lex certa* (...) la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia, y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada (...) " (STC de 29 de setiembre de 1997).

§8.2. Examen de constitucionalidad de las normas cuestionadas con relación al principio de legalidad

53. Dentro de los criterios expuestos corresponde al Tribunal Constitucional analizar los dispositivos impugnados en la demanda.

54. La primera objeción de constitucionalidad que se hace a la norma en análisis radica en que define el delito de terrorismo de manera "abstracta, general e imprecisa". Sobre este particular, debe tenerse presente que tanto las normas jurídicas, en general, como los tipos penales, en especial, tienen, por su propia naturaleza, un carácter abstracto y general; por lo que tales características, *per se*, no vulneran norma constitucional alguna.

55. Diferente es el caso del carácter "impreciso" de la norma penal que también se cuestiona; pues, como se ha indicado, el legislador, por mandato constitucional, debe tipificar los delitos de manera expresa e inequívoca, por lo que cabe analizar cada uno de los conceptos cuestionados a fin de verificar si se ha observado esta garantía.

56. Respecto a la frase "realiza actos", cuestionada por los demandantes en razón de que "no precisa de qué tipo de actos se trata", este Tribunal considera que esta supuesta imprecisión del tipo origina una aparente vulneración del principio de legalidad. Sin embargo,

el Tribunal Constitucional aprecia que tal hecho no es suficiente para excluir, por inconstitucional, del tipo penal la palabra "actos", ya que tales "actos" son los que están dirigidos a afectar la vida, el cuerpo, la salud, etc., con el objeto de crear zozobra o pánico en la comunidad. Es decir, este Tribunal entiende que ella, como se desprende por lo demás de una interpretación lógica del precepto analizado, se refiere a la comisión de "delitos (...)". Así delimitado el alcance de la norma bajo análisis, 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.

57. También se alega vulneración del principio de legalidad penal puesto que la norma en referencia utiliza la expresión "empleando materias". Se sostiene que es inconstitucional, pues no precisa qué tipo de materias, para luego agregar "o artefactos explosivos (...), como si materia y artefacto explosivo fueran lo mismo. Al respecto, este Tribunal debe señalar que, si bien es cierto que la norma utiliza la frase "empleando (...) materias o artefactos explosivos", lo importante es evaluar si ella puede ser interpretada de manera que la prohibición penal quede adecuadamente determinada.

58. En este sentido, incluso desde una interpretación gramatical, es perfectamente posible concluir que el tipo penal se refiere a dos medios distintos: "materias explosivas" y "artefactos explosivos". Ambas expresiones tienen un significado distinto: la "materia explosiva" está referida a aquellas sustancias con potencialidad explosiva *per se*, que no requiere de mecanismos complejos en su elaboración; en cambio, el artefacto explosivo está referido a aquellos aparatos para cuya elaboración se requiere de conocimientos especiales. Adicionalmente, debe señalarse que la norma en cuestión no considera suficiente el uso de cualquier materia explosiva o artefacto explosivo, sino que requiere que éstas sean de una entidad tal que resulten capaces de causar cualquiera de los siguientes efectos: "estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado".

59. Así precisado el alcance de la norma bajo análisis, 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.

Desde luego, una interpretación distinta de la que se acaba de exponer, que amplíe el alcance de la prohibición penal por encima de los límites trazados (*malam parten*), resultaría contraria al principio de legalidad.

§8.3 Examen de la acción típica

60. Del texto del artículo 2º del Decreto Ley N.º 25475 citado, se observa que el legislador ha previsto tres modalidades de conductas básicas: provocar, crear o

mantener un estado de zozobra, *alarma o temor* en la población o un sector de ella; y actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio y el empleo de medios idóneos para causar esos estragos, es decir, debe tenerse presente que esas 2 modalidades *per se* no constituyen delito de terrorismo, sino que se requiere, además, de la actuación a través de los medios típicos previstos en la ley (*"empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado"*). Estos medios típicos deben ser interpretados restrictivamente, según se establece más adelante.

61. **La primera modalidad de la acción: atemorizar a la población.** La acción de provocation, creación o mantenimiento de un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, ha sido prevista por el legislador como una exigencia objetiva (elemento del tipo objetivo), a diferencia de la legislación antiterrorista previa, que lo consideraba como un elemento subjetivo (es el caso del Decreto Legislativo N.º 46 que en su artículo 1º hace referencia al *"propósito de provocar o mantener un estado de zozobra, alarma o terror en la población o un sector de ella"*).

62. Una interpretación que considere que la acción bajo comentario tiene la condición de elemento objetivo resulta atentatoria del principio de culpabilidad, que, como exigencia de la cláusula del Estado de Derecho, se deriva como un principio constitucional implícito que limita la potestad punitiva del Estado. Por ende, no basta la sola afectación o puesta en peligro de determinados bienes jurídicos que el Derecho Penal protege. El principio según el cual *"no hay pena sin dolo o culpa"* exige que el actor haya actuado con voluntad de afectarlos. Ese criterio está recogido en el artículo 12.º del Código Penal de 1991.

63. Sin embargo, tal omisión de ese elemento subjetivo no es razón suficiente para declarar la inconstitucionalidad de todo el enunciado del artículo 2º del Decreto Ley N.º 25475, por no preverla o contemplarla. Únicamente cabría declarar la inconstitucionalidad de la *"norma implícita"*, esto es, del sentido interpretativo que se deriva de la omisión aludida, considerando que, entre *"disposición"* y *"norma"*, existen diferencias. Así, mientras que por *"disposición"* debe entenderse 'al enunciado de un precepto legal'; por *"norma"*, en cambio, debe entenderse 'el sentido o los sentidos interpretativos que de dicho enunciado se puedan derivar' (Crisafulli, Vezio, *"Disposicione e norma"*, en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XIII, 1964, pág. 195 y ss.).

Es decir, es inconstitucional el sentido interpretativo que excluye del tipo cualquier referencia a la responsabilidad o culpabilidad del sujeto. Por lo tanto, los jueces no pueden condenar, al amparo de dicho artículo 2º del

Decreto Ley N.º 25475, a una persona por el solo hecho de que se haya lesionado o puesto en peligro los bienes jurídicos señalados en la misma disposición legal sin tomar en cuenta el análisis de su culpabilidad.

64. El principio de culpabilidad es una garantía y al mismo tiempo un límite a la potestad punitiva del Estado; por consiguiente, la aplicación del artículo 2º del Decreto Ley N.º 25475 queda supeditada a que, al infringirse los bienes jurídicos señalados por la norma penal, ello se haya realizado con intención del agente. A mayor abundamiento, la prohibición de que la pena sólo pueda basarse en un tipo de responsabilidad objetiva se encuentra prevista en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, según el cual *"La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva"*.

65. Por ello, el Tribunal considera que es inconstitucional la norma implícita que se deriva de la frase *"El que provoca, crea o mantiene"*, en la medida en que no prevé la responsabilidad subjetiva, esto es, la intención del agente como la susceptible de reprocharse penalmente; por lo que tal frase, extendiendo los alcances del artículo VII del Título Preliminar del Código Penal sobre el artículo 2º del Decreto Ley N.º 25475, subsistirá con el mismo texto, con el sentido interpretativo antes anotado: *"El que (intencionalmente) provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella (...)"*.

66. Asimismo, el Tribunal Constitucional señala que la formulación subsistente del tipo penal contemplado en el artículo 2º del Decreto Ley N.º 25475, no afecta tampoco al principio de reserva legal ni, su aplicación para casos pasados, constituye una infracción del principio de irretroactividad de la ley o, acaso, al propio principio de legalidad penal.

67. En efecto, la norma que exige la responsabilidad subjetiva como condición para imponerse una pena, se encuentra comprendida en el ordenamiento penal, de manera que cuando este Tribunal Constitucional adiciona, con la finalidad de reducir los márgenes de aplicación del tipo penal, en realidad no crea nada, sino simplemente se limita a reducir los alcances del supuesto de hecho previsto en la ley penal (*bonam partem*), ya previsto en el ordenamiento, esto es, en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal (Cf. Crisafulli, Vezio, *"La Corte Costituzionale ha vent'anni"*, en Nicola Occhiocupo, *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Cedam, Padova 1984, pág. 85). Aún así, este Tribunal Constitucional debe señalar que, en la noción de ley, a la cual se refiere el principio de legalidad penal, para reservar la determinación de las hipótesis del delito, incluso, debe considerarse las sentencias del Tribunal Constitucional que, por su propia naturaleza, tienen valor de ley. (Pizzorusso, Alessandro, *"Las sentencias manipulativas"* del Tribunal Constitucional italiano", en AA.VV. *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1981, pág. 292).

68. **La segunda modalidad de la acción: actos contra bienes o servicios. Las cláusulas de interpretación analógica "medios de comunicación o de transporte de cualquier índole" y "cualquier otro bien o servicio"**. Esta modalidad de acción típica ha sido individualizada por el legislador en los siguientes términos: "realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio".

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

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

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

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

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

En esta perspectiva, del texto de la norma se observa que ambas cláusulas ("de cualquier índole" y "cualquier otro bien y servicio") están precedidas de la indicación de diferentes bienes, los que tienen la condición de bienes jurídicos penalmente tutelados por la respectiva

normatividad penal. En consecuencia, la interpretación de la cláusula "contra la seguridad de (...) vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole" debe limitar su alcance a las conductas constitutivas del delito contra la seguridad pública que afecten a vías o medios de transporte o comunicación.

73. Por las mismas razones, la cláusula "contra la seguridad de (...) cualquier otro bien o servicio" debe interpretarse en el sentido de que se refiere únicamente a bienes o servicios que posean tutela penal específica en las diferentes modalidades de delitos contra la seguridad pública, previstos en el Título XII del Libro Segundo del Código Penal.

74. Tales pautas interpretativas, una vez más es preciso indicarlo, no afectan el principio de legalidad penal, pues se derivan de la propia formulación del precepto penal impugnado; de manera que, cuando este Tribunal Constitucional adiciona un sentido interpretativo, con la finalidad de reducir los márgenes de aplicación del tipo penal, en realidad no crea nada, sino simplemente se limita a reducir los alcances del supuesto de hecho previsto en la ley penal (*bonam partem*).

§8.4. Tercera modalidad: Examen de los medios típicos

75. La norma se refiere a los "armamentos" como medio para la comisión del delito de terrorismo. Si bien una lectura superficial podría llevar a incluir dentro del alcance de esta expresión a cualquier instrumento vulnerante o contundente que sirva para causar un daño mayor que el que se podría causar con las manos; sin embargo, la propia norma limita los alcances del término comprendiendo sólo a aquellas armas que sean capaces de "causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado". (Véase PEÑA CABRERA, *Traición a la Patria y Arrepentimiento Terrorista*. Grijley, Lima, p. 75). Una interpretación que no tenga en consideración la potencialidad dañosa que debe tener el armamento, vulneraría el principio de legalidad.

76. Con relación a la frase "cualquier otro medio" puede suscitarse, *prima facie*, algún cuestionamiento, pues, ella individualmente considerada, parecería tratarse de una cláusula indeterminada. Sin embargo, la propia norma permite determinar el contenido de los medios típicos por dos aspectos: en primer lugar, debe tratarse de un medio equivalente a los "armamentos, materia o artefactos explosivos" y, en segundo lugar, su idoneidad para "causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado". En ese sentido, el Tribunal Constitucional juzga que una interpretación que extienda la prohibición al uso de cualquier medio, sin consideración a su equivalencia racional con "armamentos, materias o artefactos explosivos" y su potencial referido sólo a los casos de grave dañosidad, vulneraría el principio de *lex stricta*.

77. Por todo ello, el Tribunal Constitucional considera que el texto del artículo 2º del Decreto Ley N.º 25475

emite un mensaje que posibilita que el ciudadano conozca el contenido de la prohibición, de manera que pueda diferenciar lo que está prohibido de lo que está permitido. Solo existe indeterminación en el tipo penal en relación con la necesidad de precisar el alcance de la expresión "actos" que debe ser entendida como hechos ilícitos, para precisar una más exacta delimitación conceptual. Dentro de los márgenes de indeterminación razonable que contiene esta norma, la aplicación de este dispositivo debe orientarse en el sentido indicado en las pautas interpretativas de esta sentencia, por lo que las interpretaciones que inobserven estas pautas vulneran el principio de legalidad (*lex stricta*).

78. En consecuencia, el artículo 2° de Decreto Ley 25475 subsiste con su mismo texto, el mismo que deberá ser interpretado de acuerdo con los párrafos anteriores de esta sentencia: *"El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años."*

78bis. Finalmente, el Tribunal Constitucional debe señalar que el delito previsto en el artículo 2° del Decreto Ley N.º 25475, exige necesariamente la concurrencia de los tres elementos o modalidades del tipo penal, además de la intencionalidad del agente. En efecto, como antes se ha descrito, el artículo 2 en referencia establece un tipo penal que incorpora tres elementos objetivos, los cuales deben concurrir necesariamente para la configuración del delito de terrorismo. La falta de uno de ellos, hace imposible la tipificación.

IX. La apología del terrorismo y las libertades de información, expresión, opinión y difusión del pensamiento

79. Los demandantes plantean la inconstitucionalidad del delito de apología del terrorismo, previsto tanto en el artículo 7° del Decreto Ley N.º 25475 como en el artículo 1° del Decreto Ley N.º 25880, argumentando que tales previsiones vulneran el derecho constitucional a la libertad de expresión y difusión del pensamiento.

80. El Decreto Ley N.º 25475, en su artículo 7°, precisa que *"Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, el que, públicamente, a través de cualquier medio hiciere la apología del terrorismo o de la persona que lo hubiere cometido. El ciudadano peruano que cometa este delito fuera del territorio de la República, además de la pena privativa de libertad, será sancionado con la pérdida de la nacionalidad peruana."*

81. Igualmente, el Decreto Ley N.º 25880, en su artículo 1°, sanciona la apología de terrorismo realizada por docente, en los siguientes términos: *"El que valiéndose de su condición de docente o profesor influye en sus alumnos haciendo apología del terrorismo, será considerado como autor de delito de traición a la Patria, reprimiéndosele con la pena máxima de cadena perpetua, quedando la pena mínima a discreción del Juez, de acuerdo con la gravedad de la acción delictiva. Asimismo será de aplicación la pena accesoria de inhabilitación conforme a los incisos 2), 4), 5) y 8) del artículo 36° del Código Penal"*.

82. Por su parte, la Constitución Política consagra el derecho a *"las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley"* (artículo 2.º, inciso 4).

Concierne a este Tribunal examinar la compatibilidad entre las figuras de apología referidas y el derecho constitucional a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento.

83. En este sentido, debe considerarse que las referidas libertades no son absolutas, sino que, por autorización del propio texto constitucional, pueden ser limitadas por ley (*"bajo las responsabilidades de ley"*). La limitación de estos derechos constitucionales solo se justifica si existen otros valores de igual rango que deben ser protegidos.

La apología supone una *"alabanza o argumentos defensores del hecho que se elogia"* (LAMARCA PÉREZ, Carmen: *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 289). *"La apología es la exaltación sugestiva, el elogio caluroso, es alabar con entusiasmo"* (PEÑA CABRERA, *Traición a la Patria y Arrepentimiento Terrorista*, Grijley, Lima, 1994, p. 97). En consecuencia, los tipos penales en referencia sancionan la manifestación pública en términos de elogio o exaltación de determinadas acciones terroristas tipificadas en el Decreto Ley N.º 25475.

84. Cabe precisar 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 apologista.

De lo expuesto se colige que cuando la conducta consiste en incitar a la comisión de un nuevo delito terrorista, ya sea a través del elogio o de cualquier otra forma directa o indirecta, es de aplicación el tipo penal de incitación previsto en el artículo 6° del Decreto Ley N.º 25475.

85. Si bien la apología no tiene por finalidad provocar nuevas acciones; sin embargo, su dañosidad social radica en que acentúa las consecuencias del terrorismo, contribuyendo a legitimar la acción delictiva y, sobre todo, la estrategia de los propios grupos armados. Ese propósito de legitimación constituye un objetivo fundamental

del terrorismo. (LAMARCA PÉREZ, op. cit. 292). Las actividades delictivas cometidas por grupos armados o elementos terroristas crean un peligro efectivo para la vida y la integridad de las personas y para la subsistencia del orden democrático constitucional (STC 199/1987). La apología del terrorismo no es una conducta irrelevante desde el punto de vista de los bienes jurídicos atacados por esos delitos.

86. Que, en abstracto, el legislador haya previsto como un ilícito penal la apología del terrorismo, no es, *per se*, inconstitucional, toda vez que se persigue, garantiza y protege otros derechos constitucionales, como el libre desenvolvimiento de la personalidad de los estudiantes, a la par que bienes y valores constitucionalmente protegidos, como la preservación del orden democrático constitucional, sin el cual no sería posible el ejercicio de los demás derechos constitucionales.

El Tribunal Constitucional, además, destaca el hecho de que la apología del delito está tipificada en el artículo 316° del Código Penal de 1991, que dispone:

"El que, públicamente, hace la apología de un delito o de la persona que haya sido

condenada como su autor o partícipe, será reprimido con pena privativa de libertad

no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si la apología se hace de delito contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra

el Estado y la defensa nacional, o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será no menor de cuatro ni mayor de seis años."

87. No obstante, como ya antes este Tribunal Constitucional ha sostenido, siguiendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las libertades de información y expresión son consustanciales al régimen democrático-constitucional, pues contribuyen con la formación de una opinión pública libre. En consecuencia, al mismo tiempo de garantizarlas, el Estado está legitimado a reprimir a aquellas conductas que, con su ejercicio, busquen destruir el propio sistema democrático, ámbito natural donde es posible el goce y el ejercicio de todos los derechos fundamentales del ser humano.

Sin embargo, aún en esos casos, la represión penal de esas manifestaciones u expresiones, deben realizarse con el escrupuloso respeto de los límites a los que el *ius puniendi* estatal está sometido, de tal manera que sus efectos intimidatorios no terminen por negar u obstaculizar irrazonablemente el ejercicio de estas libertades preferidas.

88. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 7 del Decreto Ley N.º. 25475 y, por extensión, el artículo 1 del Decreto Ley N.º. 25880, son inconstitucionales en cuanto tipifican el delito de apología del terrorismo, en su versión genérica y agravada. En efecto, dichos tipos penales no describen

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.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que, en este supuesto, no es preciso delimitar interpretativamente el supuesto prohibido en ambas disposiciones legales, toda vez que ella es expresión de una innecesaria sobrecriminalización, al encontrarse contemplado dicho ilícito en el artículo 316 del Código Penal, que obviamente queda subsistente.

Finalmente, no es ajeno al Tribunal Constitucional que, detrás de tipos penales de esta naturaleza, en ocasiones se ha pretendido silenciar la expresión de grupos minoritarios u opositores al régimen de turno. Por ello, el Tribunal considera que, en el resguardo de esta libertades, los jueces del Poder Judicial deben ser especialmente sensibles en su protección, y por lo tanto, deberán aplicar estos tipos penales de conformidad con el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es, en el sentido de que lo prohibido es la apología que constituya incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal.

En consecuencia, la aplicación de este artículo 316 del Código Penal ha de realizarse tomando en consideración los criterios de merecimiento de pena en función de la gravedad del hecho. De ahí que no cualquier expresión de opinión favorable sobre un acto terrorista, o su autor, constituya delito; sino que deben respetarse ciertos límites. Estos son:

- a) Que la exaltación se refiera a un acto terrorista ya realizado;
- b) Que cuando la apología se refiera a la persona que haya cometido el delito, esta debe tener la condición de condenada por sentencia firme;
- c) Que el medio utilizado por el apologista sea capaz de lograr la publicidad exigida por el tipo penal, es decir, que debe tratarse de una vía idónea para propalar el elogio a un número indeterminado de personas; y,
- d) Que la exaltación afecte las reglas democráticas de pluralidad, tolerancia y búsqueda de consenso.

X. El derecho al debido proceso

§10.1. El derecho de acceso a la justicia

89. Como ha señalado el Tribunal, detrás de la constitucionalización de procesos como el hábeas corpus, el amparo o el hábeas data, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjetivo-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales (Caso Tineo Cabrera. Exp. N.º 1230-2002-HC/TC). Un planteamiento en contrario conllevaría

la vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional o derecho de acceso a la justicia reconocido por el artículo 139.º, inciso 3), de la Constitución.

90. Si bien los demandantes, en el punto 3.13 de su demanda, hacen referencia a la vulneración del derecho constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales, pues el artículo 6º del Decreto Ley N.º 25659 proscribe el acceso a las acciones de garantía en los casos de terrorismo y traición a la patria, lo cierto es que, como los propios demandantes reconocen, dicha disposición fue derogada del ordenamiento con la promulgación de la Ley N.º 26248, de 25 de noviembre de 1993. En efecto, el artículo 2º de dicha Ley modifica el artículo 6º del Decreto Ley N.º 25659, y estipula que la acción de hábeas corpus también es procedente para aquellos individuos implicados o procesados por los delitos de terrorismo y traición a la patria. Por ello, respecto de este punto específico de la pretensión, existe sustracción de la materia.

91. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera pertinente evaluar el inciso 4) del artículo 6º del Decreto Ley N.º 25659, modificado por el artículo 2.º de la Ley N.º 26248, y analizar su constitucionalidad a la luz del derecho de acceso a la justicia y, específicamente, del derecho a un *recurso sencillo, rápido y efectivo* ante los tribunales frente a actos que violan los derechos fundamentales, reconocido en el artículo 25.º, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El precepto aludido del Decreto Ley N.º 25659 señala:

"La acción de hábeas corpus es procedente en los supuestos previstos en el artículo 12º de la Ley N.º 23506, a favor de los detenidos, implicados o procesados por los delitos de terrorismo o traición a la Patria, debiendo observarse las siguientes normas de procedimientos:" (...)

4) No son admisibles las acciones de hábeas corpus sustentadas en los mismos hechos o causales, materia de un procedimiento en trámite o ya resuelto."

92. Un sentido interpretativo de la norma en cuestión podría desembocar en la idea de que, no obstante la modificación realizada, aún existe una desproporcionada restricción del derecho de acceso a la justicia, pues es difícil concebir sustento en la interposición de una acción de hábeas corpus que no encuentre razón de ser en los hechos que son materia de procedimiento. Con lo cual, aun si existiera afectación del derecho a la libertad individual, si esta afectación se deduce de una irrazonada y desproporcionada valoración de los hechos que dan lugar al procedimiento, no habría lugar a la interposición del hábeas corpus. Evidentemente, así interpretada la disposición, al dejar en estado de indefensión al justiciable, sería inconstitucional.

93. Sin embargo, si se interpreta en el sentido de que el precepto *sub exámine* evita que el detenido, implicado o procesado, a través del hábeas corpus, busque que el juez constitucional, basándose en el análisis de los hechos por los que es procesado, emita juicio en torno a

su inocencia o culpabilidad en la causa que se le sigue, la disposición no es inconstitucional. En efecto, mientras que el primer sentido interpretativo significaría una inaceptable intromisión en una labor que es exclusiva de la jurisdicción penal ordinaria; en cambio, interpretada del segundo modo, el artículo 6º, inciso 4) del Decreto Ley N.º 25659 es compatible con el derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo del artículo 25.º, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como este Tribunal Constitucional ha expresado en el Caso Tineo Cabrera antes citado.

§10.2. El derecho al juez natural

a) Juzgamiento de civiles por tribunales militares

94. Conforme se desprende de la demanda, los demandantes cuestionan la constitucionalidad de los Decretos Leyes que regulan el delito de traición a la patria, entre otras razones, porque atribuyen competencia a los tribunales militares para juzgar a los civiles que hayan cometido dicho delito, lo que consideran atentatorio del derecho al juez natural.

95. Independientemente de que este Tribunal ya se haya pronunciado sobre la inconstitucionalidad del delito de traición a la patria, considera ineludible, en primer término, efectuar un análisis del primer párrafo del artículo 173.º de la Constitución. Este precepto establece: "En caso de delitos de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141º sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte".

96. La doctrina y la jurisprudencia nacional consideran que la norma aludida autorizaría la competencia de la justicia militar para conocer los procesos seguidos contra civiles en los casos de delitos de terrorismo y traición a la patria. Tal criterio, por otra parte, en cierta forma es fiel a lo que en su momento se sostuvo en el Congreso Constituyente Democrático. Aunque no puede dejarse de advertir que, incluso en esos debates, muchos de sus miembros advertían la preocupación de que, pese a tratarse de una norma que pretendía regular una situación coyuntural, ella (el artículo 173º de la Constitución) se incorporase en el corpus de la Constitución. A su juicio, por la naturaleza coyuntural del tema, esta autorización para que militares puedan juzgar a los civiles debió regularse en una disposición transitoria.

97. Sin embargo, más allá de estos antecedentes y de su interpretación histórica, sabido es que, una vez que entra en vigencia la norma, ésta tiene vida propia, por lo que, su interpretación puede (e incluso debe) encontrarse más allá de cuál haya sido la voluntad del legislador al expedirla.

98. También los órganos de protección supranacional de los derechos humanos (tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) han sido

especialmente críticos con esta forma de comprender el artículo 173° de la Constitución y, en particular, con su desarrollo y aplicación por la legislación de menor jerarquía.

Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de reiterados pronunciamientos, ha señalado que no es posible que los tribunales militares sean competentes para juzgar a civiles, pues ello lesiona el derecho al juez natural reconocido en el artículo 8.°, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, en la sentencia del 30 de mayo de 1999, la Corte indicó que "el traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar (...) supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de ese carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso" (Caso Castillo Petruzzi. Párrafo 128).

99. De otro lado, en la sentencia del 18 de agosto de 2000, la Corte consideró que: "(...) la imparcialidad del juzgador resulta afectada por el hecho de que las Fuerzas Armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurgentes y de juzgar e imponer penas a dichos grupos" (Caso Cantoral Benavides. Párrafo 114). Según la Corte, cuando las Fuerzas Armadas sean las encargadas de combatir a aquellos individuos que posteriormente son acusados de la comisión de los delitos de traición a la patria o terrorismo, estos no pueden ser, a su vez, competentes para procesarlos y juzgarlos, ya que la primera es una facultad "natural" de la institución castrense, mientras la segunda no.

100. Finalmente, considerando la manera como está legislado el sistema de nombramiento de los jueces militares en el Perú, la Corte cuestionó la independencia de estos en el procesamiento de civiles. En efecto, en la ya aludida sentencia del 30 de mayo de 1999, la Corte señaló que, "de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del Sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares" (Caso Castillo Petruzzi. Párrafo 130). La Corte, asimismo, ha señalado que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional están íntimamente vinculadas al Poder Ejecutivo, siendo su Jefe Supremo el Presidente de la República, razón por la que entre ellos existe una relación de obediencia manifiesta, no existiendo motivo por el que se pueda suponer que esta relación desaparezca cuando los miembros de la institución castrense cumplen labores jurisdiccionales.

101. De similar criterio ha sido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que, incluso,

en su Informe correspondiente al año 1996 hizo notar sus observaciones con los alcances del artículo 173° de la Constitución, recomendando al Estado peruano su modificación (recomendación N.° 2), por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, de 22 de octubre de 2002, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, sostuvo que "El derecho internacional de los derechos humanos requiere que, para que el proceso en un tribunal competente, independiente e imparcial sea justo, debe ir acompañado de ciertas debidas garantías que otorgan a la persona una oportunidad adecuada y efectiva de defenderse de los cargos que se le imputan. Si bien el principio rector en todo proceso debe ser siempre el de la justicia y aun cuando puede ser necesario contar con garantías adicionales en circunstancias específicas para garantizar un juicio justo, se ha entendido que las protecciones más esenciales incluyen el derecho del acusado a la notificación previa y detallada de los cargos que se le imputan; el derecho a defenderse personalmente o mediante la asistencia de abogado de su elección y –en los casos que así lo requiera la justicia– librarse de cargos, así como a comunicarse libre y privadamente con su defensor. Estas protecciones también incluyen un tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa, a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y la obtención de la comparecencia, como testigos, de expertos y otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos".

102. El Tribunal Constitucional comparte tales preocupaciones. La autorización para que los tribunales militares juzguen a civiles por los delitos de traición a la patria y terrorismo, en efecto, son lesivas del derecho al juez natural.

103. El derecho al juez natural está reconocido en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución, según el cual "Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley (...)". La disposición exige que la competencia del juez llamado a conocer el proceso penal deba ser determinado a partir de reglas preestablecidas en base a distintas consideraciones (materia, territorio, grado, etc.), de forma que quede garantizada su independencia (principio que, a su vez, es recogido en el inciso 2) del mismo artículo 139°) e imparcialidad en la resolución de la causa.

Constituye, a la vez de un derecho subjetivo, parte del "modelo constitucional del proceso" recogido en la Carta Fundamental, cuyas garantías mínimas siempre deben ser respetadas para que el proceso pueda tener calidad de *debido*. En ese sentido, considera el Tribunal Constitucional que toda norma constitucional en la que pueda reconocerse algún grado de implicancia en el quehacer general del proceso debe ser interpretada de manera que, aquellas mínimas garantías, recogidas fundamentalmente en el artículo 139° de la Constitución, sean, siempre y en todos los casos, de la mejor forma optimizadas, aun cuando dichas normas establezcan algún criterio de excepción.

104. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que si bien el artículo 173° de la Constitución puede ser interpretado en el sentido en que se ha venido efectuando (y que ha cuestionado tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), no es esa la única lectura interpretativa que de dicha cláusula constitucional pueda efectuarse.

En efecto, una interpretación literal del artículo 173° de la Constitución, no incompatible con lo expresado por la Corte Interamericana, es aquella según la cual dicho precepto constitucional, en realidad, no autoriza a que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, sino solo a que, mediante ley, se disponga que ciertas disposiciones del Código de Justicia Militar puedan ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

105. Tal interpretación de la norma constitucional de conformidad con los tratados sobre derechos humanos, por otra parte, exigida por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, exige, pues, no considerar que sean los tribunales militares los facultados para conocer los procesos seguidos contra civiles, aun en los casos de delitos por terrorismo y traición a la patria, pues ello implicaría una afectación del derecho constitucional al juez natural.

106. En ese sentido, el Tribunal Constitucional estima que las disposiciones del Código de Justicia Militar que pueden ser recogidas por la ley, a efectos de ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria, en ningún caso podrán entenderse como referidas al "órgano", sino sólo a reglas de procedimiento para ser utilizadas por la justicia ordinaria, y siempre que estas, a su vez, sean acordes con las garantías mínimas del debido proceso previstas en la Constitución.

107. Además, el Tribunal Constitucional considera que esta última posibilidad no debe entenderse como regla general, sino siempre como una hipótesis de naturaleza excepcional, toda vez que, por su propia naturaleza, las disposiciones del Código de Justicia Militar no tienen por finalidad regular –ni siquiera en el procedimiento– los delitos e infracciones cometidos por civiles, sino las cometidas por militares en situación de actividad. Los términos en los que este Tribunal Constitucional ha interpretado este dispositivo constitucional sólo han tenido el propósito de hallarle un sentido hermeneúico que no sea incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denunciada por la Corte, entre tanto, el legislador adecua el artículo 173.° de la Constitución a la referida Convención.

108. Por ello, el Tribunal Constitucional estima que, incluso al dictarse una ley con el propósito de regular este régimen excepcional sobre la base del primer párrafo del artículo 173° de la Constitución, su aplicación se encuentra condicionada a que dichas reglas del procedimiento sean compatibles con la Constitución y, de manera particular, con el debido proceso.

109. En ese sentido, al haberse previsto que tribunales militares puedan ser competentes para juzgar a civiles, así se trate del delito de traición a la patria o de terrorismo, el Tribunal Constitucional considera inconstitucionales el artículo 4° del Decreto Ley N.° 25659 y el artículo 2° del Decreto Ley N.° 25880 y, por conexión, también los artículos 2° y 3° del Decreto Ley N.° 25708.

b). Tribunales "sin rostro"

110. Los demandantes también solicitan la declaración de inconstitucionalidad del artículo 15° Decreto Ley N.° 25475 que disponía que la identidad de los magistrados y los miembros del Ministerio Público, así como la de los auxiliares de justicia que intervinieran en el juzgamiento de los delitos de terrorismo será secreta. Este artículo, en efecto, fue el que permitió la institucionalización de los denominados jueces "sin rostro".

111. Respecto de este punto, la Ley N.° 26671 ha derogado, tácitamente, tanto el artículo 15° como todas aquellas disposiciones que, conexamente, impedían al justiciable la posibilidad de conocer la identidad de aquellos que intervenían en su procesamiento. En efecto, el artículo único de la Ley N.° 26671 previó que, a partir del 15 de octubre de 1997, los magistrados encargados del juzgamiento de los acusados por los delitos de terrorismo serán aquellos que correspondan "conforme a las normas procesales y orgánicas vigentes"; y, del mismo modo, se indica que "los magistrados serán debidamente designados e identificados".

Por lo expuesto, este Tribunal considera que carece de objeto pronunciarse por haberse producido la sustracción de la materia.

c). El derecho a la recusación de los jueces

112. Asimismo, y como es lógico, no basta que el derecho al juez natural sea recogido por los textos constitucionales, sino que es necesario instaurar aquellos institutos que doten a los justiciables de los medios para llevar el uso del derecho al terreno práctico. El instituto de la recusación está destinado justamente a cuestionar la imparcialidad e independencia del juez en la resolución de la causa. Aun cuando exista un abierto reconocimiento constitucional del derecho al juez natural, si se restringiera irrazonablemente la posibilidad de recusar a los jueces del proceso, el ejercicio del derecho no encontraría posibilidad de manifestarse en los hechos.

113. Por eso, el inciso h) del artículo 13° del Decreto Ley N.° 25475, al proscribir en forma absoluta la posibilidad de recusar a los magistrados y auxiliares de justicia intervinientes en la causa, incurre en una desproporcionada e irrazonable restricción del derecho al juez natural y es también inconstitucional.

§10.3. El Derecho de defensa

114. Por otro lado, se alega que los Decretos Leyes en referencia violan el inciso 14) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú. Tal impugnación se ha planteado desde una doble perspectiva: En primer

término, se sostiene, con carácter general, que todos los Decretos Leyes impugnados “transgreden abiertamente el derecho de defensa, lo niegan, por lo que los procesos realizados al amparo de estas normas acarrearán la nulidad absoluta e insalvable de los mismos”. En segundo lugar, esta vez, de manera específica, se precisa: a) que el inciso f) del artículo 12.º del Decreto Ley N.º 25475 es inconstitucional al establecer que “el defensor sólo podrá intervenir a partir del momento en que el detenido rinda su manifestación”; y, b) el inciso c) del artículo 2º del Decreto Ley N.º 25744 prohíbe que los abogados defensores patrocinen a más de un encausado a nivel nacional, con excepción de los abogados de oficio, prohibición que, en su momento, también disponía el artículo 18º del Decreto Ley N.º 25475, hoy derogado por la Ley N.º 26248.

a) Generalidad de la impugnación y deber de tener un mínimo de argumentación jurídico-constitucional en la pretensión

115. Con relación al primer extremo planteado que, como se señaló en el párrafo anterior, tiene por propósito que este Tribunal declare la inconstitucionalidad de todos los Decretos Leyes –y no sólo de algunas disposiciones–, es preciso indicar que, recayendo el juicio de validez material sobre concretas disposiciones de una fuente con rango de ley, no solo es preciso que se identifiquen esas disposiciones de la fuente impugnada, sino, además, que se detallen los argumentos jurídico-constitucionales por los que, a su juicio, se debería expulsar del ordenamiento jurídico. Como ha expresado el Tribunal Constitucional de España, “cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico, es carga de los demandantes no sólo la de abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de colaborar con la justicia del Tribunal en un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan. Es justo, por ello, hablar, de una carga del recurrente y en los casos que aquella no se observe, de una falta de diligencia procesalmente exigible, que es la diligencia de ofrecer la fundamentación que razonablemente es de esperar” (Fund. Jur. 3, STC 11/1981).

116. No obstante lo anterior, y los términos generales de la impugnación realizada por los demandantes, también hay en ella la identificación de algunas disposiciones de ciertos Decretos Leyes sobre los cuales se ha formulado concretos argumentos, y en torno a los cuales es preciso que este Colegiado tenga que detenerse. Antes, sin embargo, debe recordarse que, en un proceso como el presente, este Tribunal no se pronuncia sobre la validez de los procesos realizados en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, donde eventualmente se hayan aplicado las normas hoy impugnadas, aun cuando estas, con posterioridad, son declaradas no conformes a la Constitución; sino, concretamente, sobre la validez de la norma impugnada. Y ello es así, pues, por su propia naturaleza, si algo caracteriza al modelo de jurisdicción constitucional concentrada, ese algo es precisamente que se trata de un control abstracto entre dos normas de distinto rango, con independencia de las situaciones

fácticas donde estas se vayan a aplicar.

b) Inciso f) del artículo 12 del Decreto Ley N.º 25475 y derecho de defensa

117. El inciso f) del artículo 12º del Decreto Ley N.º 25475 señala que: “En la investigación de los delitos de terrorismo, la Policía Nacional del Perú observará estrictamente lo preceptuado en las normas legales sobre la materia y, específicamente, las siguientes:

“(…) f) Los encausados tienen derecho a designar su abogado defensor, el mismo que sólo podrá intervenir a partir del momento en que el detenido rinda su manifestación en presencia del representante del Ministerio Público. Si no lo hicieren, la autoridad policial les asignará uno de oficio, que será proporcionado por el Ministerio de Justicia”.

118. A juicio de los demandantes, dicho dispositivo es inconstitucional porque establece que “el defensor sólo podrá intervenir a partir del momento en que el detenido rinda su manifestación”, impidiéndosele que pueda contar con asistencia letrada antes de que ella se recabe.

119. El Tribunal Constitucional ha señalado que uno de los derechos constitucionales procesales más relevantes es el derecho de defensa, reconocido en el inciso 14) del artículo 139º de la Constitución. “Por virtud de él se garantiza que las personas, en la determinación de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión” (Caso Tineo Cabrera, Exp. N.º 1230-2002-AA/TC).

120. Sin embargo, como expresa el mismo inciso 14) del artículo 139º de la Constitución, no solo se trata de un derecho subjetivo, sino también de un principio constitucional que informa la actividad jurisdiccional del Estado, a la vez que constituye uno de los elementos básicos del modelo constitucional de proceso previsto por nuestra Norma Fundamental.

Uno de sus contenidos es el derecho a comunicarse personalmente con un defensor, elegido libremente, y a ser asesorado por este. Como expresa dicho dispositivo constitucional, se garantiza el “(…) no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (...)” y el “derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorado por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”.

121. Si bien una interpretación literal de la primera parte del inciso 14) del artículo 139º de la Constitución parecería circunscribir el reconocimiento del derecho de defensa al ámbito del proceso, una interpretación sistemática de la última parte del mismo precepto constitucional permite concluir que ese derecho a no ser privado de la defensa debe entenderse, por lo que hace al ámbito penal, como comprensivo de la etapa de investigación policial, desde su inicio; de manera que el derecho a ser asesorado por un defensor, libremente elegido, no admite que, por ley o norma con valor de ley, este ámbito pueda reducirse y, en ese sentido, disponerse que el derecho a ser asistido por

un profesional del derecho no alcance el momento previo a la toma de la manifestación.

122. El contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa garantiza que toda persona sometida a detención, policial o judicial, deba ser informada irrestrictamente de las razones que lo promueven, y que, desde su inicio, hasta su culminación, pueda ser asistida por un defensor libremente elegido.

123. No obstante todo lo anterior, el Tribunal Constitucional considera que esta disposición impugnada no puede ser declarada inconstitucional, toda vez que fue derogada tácitamente por el artículo 2.º de la Ley N.º 26447, a tenor del cual:

Los presuntos implicados por delitos de terrorismo señalados en el artículo precedente tienen derecho a designar un abogado defensor de su elección y a ser asesorados por éste desde el inicio de la intervención policial.

La participación del abogado defensor en las investigaciones policiales y la entrevista con su patrocinado no podrá limitarse, aun cuando se hubiera dispuesto la incomunicación del detenido.

Es obligatoria la presencia del abogado defensor y del representante del Ministerio Público en la manifestación policial del presunto implicado. Si éste no nombra abogado defensor, la autoridad policial, en coordinación con el Ministerio Público, le asignará uno de oficio que será proporcionado por el Ministerio de Justicia".

c) Inciso c) del artículo 2º del Decreto Ley N.º 25744 y limitación del derecho de defender

124. Los demandantes sostienen que el inciso c) del artículo 2º del Decreto Ley N.º 25744 es inconstitucional, ya que prohíbe que los abogados defensores patrocinen a más de un encausado a nivel nacional, con excepción de los abogados de oficio. Refieren, asimismo, que similar prohibición, en su momento, la establecía también el artículo 18º del Decreto Ley N.º 25475, que hoy se encuentra derogado por la Ley N.º 26248.

125. Como es obvio, nada ha de decir este Tribunal Constitucional respecto al artículo 18º

del Decreto Ley N.º 25475, pues, como se ha sostenido, en la actualidad se encuentra derogado. Sí ha de detenerse, sin embargo, en el análisis del inciso c) del artículo 2º del Decreto Ley N.º 25744, que modifica el Decreto Ley N.º 25475, según el cual:

"Durante la investigación policial, la Instrucción y el Juicio, así como en el cumplimiento de la condena de los delitos de traición a la Patria a que se refiere el Decreto Ley N.º 25659, se observará, en lo que fuere pertinente, lo establecido en los artículos 12º, 13º, 17º, 18º, 19º y 20º y Séptima Disposición Final y Transitoria del Decreto Ley N.º 25475, con las siguientes modificaciones:

(...) c) Los abogados defensores no podrán patrocinar simultáneamente a más de un encausado a nivel

nacional, en ninguna de las etapas sea Investigación Policial, Instrucción o el Juicio. Están exceptuados de esta disposición los abogados defensores de Oficio".

126. A primera vista, pareciera que la limitación que establece el inciso c) del artículo 2º del Decreto Ley N.º 25744 no incide, en realidad, sobre el derecho de defensa, sino, por el contrario, sobre la libertad del ejercicio de la profesión, en este caso, de los profesionales del derecho. La verdad, sin embargo, es que tratándose de una restricción sobre tal libertad, también lo es sobre el derecho de defensa, que si, como antes se ha dicho, también garantiza que el encausado pueda elegir libremente a su defensor, restringe las posibilidades de esa libre elección, en la medida que una vez que el letrado se constituya como defensor de una persona determinada, ya no podrá encargarse y/o aceptar la defensa de otra.

127. Se trata, desde luego, de una limitación del derecho, en un doble sentido: por un lado, al derecho de elegir libremente un abogado, y, por otro, a la libertad en el ejercicio de la profesión de abogado. En cuanto disposición limitativa del ejercicio de derechos constitucionales, *per se*, no es inconstitucional, pues como ha tenido oportunidad de advertir este Tribunal, en el Estado Constitucional de Derecho, por regla general, no hay derechos cuyo ejercicio pueda realizarse de manera absoluta, pues éstos pueden ser limitados, ya sea en atención a la necesidad de promover o respetar otros derechos constitucionales, ya sea porque su reconocimiento se realiza dentro de un ordenamiento en el cual existen también reconocidos una serie de principios y valores constitucionales.

128. Y es que para que una limitación del derecho no sea incompatible con los derechos constitucionales a los que restringe, ésta debe respetar su contenido esencial. En ese sentido, el Tribunal Constitucional no considera que la limitación sobre el ejercicio del derecho de elegir libremente un defensor afecta su núcleo duro, esto es, la posibilidad de que el encausado en un procedimiento investigatorio, o en un proceso judicial, esté en la capacidad de elegir y, por lo tanto, que no se le imponga un letrado. Y es que si la disposición cuestionada limita las opciones de la elección (el defensor de uno ya no podrá ser elegido por otro), ello, en principio y con carácter general, no genera indefensión, toda vez que tal elección podrá realizarse entre otros letrados.

129. Ese ha sido el mismo criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al sostener, en relación al precepto impugnado, que "La disposición que niega la posibilidad de que un mismo defensor asista a más de un inculpado, limita las alternativas en cuanto a la elección del defensor, pero no significa, *per se*, una violación del artículo 8.2.d. de la Convención" (Caso Castillo Petruzzi, párrafo. 147).

130. No es ajeno a este Tribunal que esa negación de la incompatibilidad, *per se*, del inciso c) del artículo 2º del Decreto Ley N.º 25744 con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede sino entenderse en los alcances generales con los cuales está formulado

dicho precepto legal, pero que, en su aplicación concreta, especialmente en un ámbito territorial donde no haya la posibilidad de elección entre diversos profesionales del derecho, por su ausencia, tal aplicación –ya que no la disposición– sí pueda lesionar el derecho en cuestión.

131. Otro tanto cabría, ahora, señalar respecto a la limitación de la libertad de ejercicio de la profesión que, como contenido implícito de la libertad de trabajo, se encuentra reconocida en el inciso 15) del artículo 2.º de la Constitución. Tal libertad de trabajo no puede considerarse vulnerada en su contenido esencial porque, en el ámbito concreto de un tipo especial de delitos, se limite que el profesional en derecho pueda hacerse cargo de la defensa de más de un encausado. Y es que tal limitación, concretamente referida a un único delito, no significa que tal profesional del derecho pueda tenerla para asumir otras figuras delictivas.

No deja de preocupar a este Tribunal, por otro lado, que, so pretexto de la gravedad de ciertos delitos, las medidas bajo análisis puedan extenderse a otras figuras reguladas por el Código Penal. Por ello, considera este Supremo Intérprete de la Constitución, que medidas de esa naturaleza no pueden configurarse como una regla general, sino de manera excepcional y siempre que los fines que con tales medidas se persigan alcanzar sean estrictamente proporcionales con la restricción impuesta.

§10.4. La presunción de inocencia

132. Por otro lado, se acusa que el inciso a) del artículo 13º del Decreto Ley N.º 25475, modificado a su vez por la Ley N.º 26248, viola el principio de presunción de inocencia reconocido en el literal "e" del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución, ya que establece que:

"Formalizada la denuncia por el Ministerio Público, los detenidos serán puestos a disposición del Juez Penal quien dictará el auto apertorio de instrucción con orden de detención, en el plazo de veinticuatro horas, adoptándose las necesarias medidas de seguridad. Durante la instrucción no procede ningún tipo de libertad con excepción de la libertad incondicional".

a) El derecho a la protección jurisdiccional de los derechos, autonomía judicial e interpretación sistemática de la ley procesal penal

133. Señalan los demandantes que dicho precepto legal afectaría el principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional y el derecho reconocido en los artículos 7.º, numeral 6 y 8.º, numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el sentido de que dichos dispositivos garantizan el derecho de la persona a recurrir ante un juez o tribunal competente a fin de que éstos decidan, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordenen su libertad si fueron ilegales.

134. Con referencia a esta impugnación del artículo 2º, inciso c), del Decreto Ley N.º 25744, considera este Tribunal Constitucional que, en principio, de él no es posible inferir, en ningún modo, que se impida, obstaculice o disuada, que el afectado con la prisión preventiva pueda

recurrir la decisión que afecta su libertad locomotora. Este Supremo Intérprete de la Constitución es consciente que, hasta hace poco, en ciertos sectores de la comunidad jurídica nacional prevalecía la idea de que, con excepción del ejercicio de los recursos dentro del mismo proceso penal, el mandato de detención no podía ser cuestionado en otro tipo de procesos y, particularmente, en el ámbito del hábeas corpus. Sin embargo, como ya ha tenido oportunidad de señalar este Tribunal (entre otros, en el Caso Tineo Cabrera, Exp. N.º 1230-2002-HC/TC), el artículo 8.º numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza el derecho a la protección jurisdiccional de todos los individuos y, en consecuencia, nadie puede ser impedido de acceder a un tribunal de justicia para dilucidar si un acto, cualquiera sea el órgano estatal del que provenga, afecta o no sus derechos reconocidos en la Constitución o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pero una cosa es que se haya considerado en ciertos sectores de la comunidad jurídica nacional que determinados actos, como el mandato de detención, no puedan ser objeto de control mediante el hábeas corpus, y otra, muy distinta, que la disposición impugnada lo prohíba *per se*. La primera es un problema de interpretación. La segunda, en cambio, de validez.

135. Distinta es la situación, en cambio, de la alegación sobre la afectación del principio de inocencia que contendría el inciso a) del artículo 13º del Decreto Ley N.º 25475. No tanto por los términos en los que se plantea esa impugnación, esto es, en el sentido de que aquella disposición, al obligar al juez a abrir auto de instrucción con mandato de detención, expresa una "declaratoria de responsabilidad penal".

A juicio del Tribunal, que el juez dicte el auto de apertura de instrucción no significa que emita una declaración anticipada de responsabilidad penal del procesado. Con dicho acto procesal sólo se abre el proceso penal, en cuyo seno se determinará finalmente si el encausado es o no responsable del delito por el que se le juzga, previo desarrollo del proceso conforme a las reglas del derecho al debido proceso penal. Ese dispositivo, pues, no admite ser interpretado en el sentido que los demandantes lo han hecho, pues no sólo no se infiere ello de su enunciado, sino tampoco de una interpretación de él conforme a la naturaleza de la institución procesal.

136. Sí, en cambio, podrían abrigarse ciertas dudas de inconstitucionalidad si el precepto impugnado se interpretase en sentido literal, tal y como lo han denunciado los demandantes; esto es, en el sentido de que una vez formalizada la denuncia por el representante del Ministerio Público, el juez penal irremediablemente deberá de abrir instrucción, sin posibilidad de calificar si, en cada caso concreto, existen suficientes y objetivos elementos de que, contra quien se abre instrucción, ha cometido un ilícito penal. Pero, en tal supuesto, no es el principio de presunción de inocencia el que se vería afectado, sino el de autonomía de los jueces, en la medida que un mandato de esta naturaleza no les permitiría

realizar un análisis del caso, sino abrir, mecánicamente, la referida instrucción.

137. No obstante, el Tribunal Constitucional considera que una eventual inconstitucionalidad del inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N.° 25475 puede perfectamente ser evitada si, lejos de una interpretación literal, tal dispositivo se interpreta sistemáticamente con el artículo 77.° del Código de Procedimientos Penales. Y, en ese sentido, se entiende que el inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N.° 25475 autoriza al Juez penal abrir la instrucción si es que, formalizada la denuncia penal por el representante del Ministerio Público, concurren los requisitos establecidos en el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, esto es, "si considera que el hecho denunciado constituye delito, que se ha individualizado a su presunto autor y que la acción penal no haya prescrito", para lo cual "el auto contendrá en forma precisa, la motivación y fundamentos, y expresará la calificación de modo específico del delito o los delitos que se imputan al denunciado...".

En verdad, en este caso, más que la realización de una interpretación, conforme a la Constitución, del inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N.° 25475 y, por consiguiente, la declaración de inconstitucionalidad de uno de sus sentidos interpretativos, se trata de comprenderlo de acuerdo con los criterios tradicionales de interpretación jurídica y, particularmente, bajo los alcances del denominado criterio de interpretación sistemática. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que no es inconstitucional el inciso a) del artículo 13° del referido Decreto Ley N.° 25475.

b) El mandato de detención y presunción de inocencia

138. Especial atención se debe prestar a los términos en que se formula la impugnación del inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N.° 25475 porque supuestamente viola el principio de presunción de inocencia. De los argumentos expuestos por los demandantes, parece desprenderse que la lesión sobre tal principio se generaría, además, por el hecho de que, pese a presumirse la inocencia del procesado, la disposición impugnada obligaría al juez a dictar mandato de detención, invirtiendo de ese modo la presunción de inocencia por la de culpabilidad.

139. Este criterio no es compartido por el Tribunal Constitucional. En efecto, como ya se ha tenido oportunidad de apreciar (así, por ejemplo, en los Casos Grace Riggs, Tineo Cabrera, etc.), el mandato de detención o, lo que es lo mismo, la detención judicial preventiva, no constituye una sanción punitiva, pues se trata, en esencia, de una medida cautelar, de carácter excepcional, cuyo dictado sólo puede decretarse bajo el escrupuloso respeto de las condiciones legales que autorizan su dictado, que, como se sabe, se halla regulado básicamente por el artículo 135° del Código Procesal Penal.

140. El problema, no obstante, aparentemente es otro. Que de una lectura literal de dicho precepto legal pareciera desprenderse la obligación del juez penal, al dictar el auto apertorio de instrucción, y sin tomar en consideración las

causas legalmente establecidas en el artículo 135° del Código Procesal Penal, de decretar automáticamente el mandato de detención contra los procesados por el delito de terrorismo. Según este punto de vista, la detención judicial preventiva ya no constituiría una medida cautelar que deba dictarse cuando se ponga en riesgo la actividad probatoria o la misma eficacia del resultado del proceso penal, sino, en realidad, una medida de seguridad, susceptible de dictarse teniendo en consideración la gravedad del delito materia de investigación, que, en el caso de la disposición impugnada, es el delito de terrorismo.

141. Si ese fuera el sentido del inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N.° 25475, esto es, que la detención judicial preventiva se ha de ver legitimada sólo en atención a la naturaleza reprochable y las consecuencias socialmente negativas del delito de terrorismo, ésta sería violatoria del principio de presunción de inocencia, pues como lo ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la justificación de la detención de una persona en base a la peligrosidad o a la naturaleza del delito, "podría incluso considerarse (como) que se le impone un castigo anticipado, sin que el juez competente se haya pronunciado aún sobre su culpabilidad. Asimismo, esta situación puede dar origen a la aplicación arbitraria y desviada de la prisión preventiva, con fines distintos a los previstos en la propia ley" (Informe N.° 02/97, párrafo 51).

Y es que la detención preventiva, constituyendo una restricción de la libertad individual pese a que durante el proceso se presume que el encausado es inocente, sólo puede ser dispuesta si, en un asunto determinado, ésta es juzgada indispensable; lo que presupone, consiguientemente, que no se pueda establecer legislativamente el carácter obligatorio de su dictado. Este último criterio se deriva directamente de lo señalado en el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual "la prisión preventiva de las personas no debe ser la regla general", pues, como ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ello "sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos".

142. Sin embargo, más allá de lo que hasta aquí ha expresado este Tribunal Constitucional, al igual que lo ha sostenido respecto a la alegación de violación del principio de autonomía judicial, dicha disposición puede también entenderse en un contexto sistemático, esto es, que la atribución de dictar mandato de detención, regulada por el inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N.° 25475, necesariamente debe entenderse bajo los alcances del artículo 135° del Código Procesal Penal. Desde este punto de vista, la apertura de instrucción penal contra el encausado, eventualmente, podría terminar con el dictado de una medida cautelar, como la detención judicial preventiva, si es que se cumplen los presupuestos legales allí regulados y no porque el juez penal esté obligado a hacerlo.

Y es que, de conformidad con el artículo 7.° numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la

validez de la detención judicial preventiva no sólo está condicionada a la observancia del principio de legalidad, esto es, que las causales de su dictado sean previstas en el derecho interno, sino, además, a que dichas razones de justificación se encuentren conformes con la Constitución, ya que nadie puede ser privado de su libertad física "salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas". Lo que quiere decir que no sólo basta con que las razones que puedan dar origen a la detención judicial preventiva estén señaladas en la ley, sino, además, que ellas se encuentren conformes con la Constitución.

143. En torno a ello, el Tribunal Constitucional debe recordar, especialmente teniendo en consideración los graves problemas ocasionados por las prácticas terroristas en nuestro país durante los últimos años, que además de las razones previstas en el artículo 135° del Código Procesal Penal, el legislador puede introducir otras razones adicionales para decretar la detención judicial preventiva. En particular, las que tienen que ver con el riesgo de la comisión de nuevos delitos o, excepcionalmente, con la finalidad de preservar el orden público.

No obstante, si se introdujera la primera de las causales de justificación señaladas, no debe olvidarse que, como lo ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad" (Informe N.º 02/97, párrafo 32).

144. Y, en lo que se refiere a la necesidad de preservar el orden público, no debe perderse de vista las especiales advertencias que, sobre el particular, ha efectuado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según las cuales "en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto periodo, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar" (Informe N.º 02/97, párrafo 36).

145. No obstante, como también ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado", y que, "en todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y concluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causal" (Informe N.º 02/97, párrafos 36 y 37). En cualquier caso, esta

posible extensión de los motivos de justificación de la detención judicial preventiva, a fin de ser considerados judicialmente, previamente requieren ser incorporados a la legislación nacional, por expresa exigencia del artículo 7.º numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según se ha dicho.

146. Más allá de estos dos últimos párrafos, el Tribunal Constitucional considera que el inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N.º 25475 no es, *per se*, inconstitucional, lo que no quiere decir que, en su aplicación, no pueda juzgarse la validez de una detención judicial preventiva que resulte incompatible con la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

§10.5. Medios probatorios

147. Por otro lado, se cuestiona la constitucionalidad del inciso c) del artículo 13° del Decreto Ley N.º 25475, sobre la afirmación de que, "*con la prohibición al encausado de ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial se impide contradecir lo afirmado por la policía, dándole al atestado el valor de prueba plena*". Por conexidad el cuestionamiento aquí formulado alcanzaría a su vez a la norma contenida en el inciso b) del artículo 2° del Decreto Ley 25744. Sin embargo, habiéndose declarado la inconstitucionalidad de esta última norma –aunque por razón distinta (véase apartado III de esta misma sentencia)–, el juicio de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional solamente comprende a la primera disposición mencionada.

El texto legal de la citada norma, es el siguiente:

"Artículo 13°.- Normas para la Instrucción y el Juicio. Para la instrucción y el juicio de los delitos de terrorismo a que se refiere el presente Decreto Ley, se observarán las siguientes reglas: (...) c. En la instrucción y en el juicio no se podrán ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial".

148. En primer término, este Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución Política del Perú.

El derecho a "interrogar a los testigos presentes en el Tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos", como se enuncia en el literal "f", numeral 2), del artículo 8.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe ser interpretado conforme a la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

149. Como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión.

En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como

son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho.

150. Sin embargo, lo anterior no quiere decir que no puedan establecerse otra clase de límites, derivados esta vez de la necesidad de armonizarse su ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o, en su caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En cualquier caso, la posibilidad de justificar válidamente estos otros límites debe basarse en la necesidad de proteger otros derechos y bienes de la misma clase que aquel que se limita. Como expresa San Martín Castro *"en cuanto se trata de un derecho fundamental, destinado a la protección de todos aquellos que acuden al órgano jurisdiccional en defensa de sus derechos e intereses legítimos, la ley ordinaria no puede impedir la actuación de medios de prueba sustanciales para la defensa, ni priorizar otros intereses o bienes jurídicos, que no tengan expresa relevancia constitucional o igual nivel"* (San Martín Castro, César: "Derecho Procesal Penal", Volumen I, Grijley, 1999. Pág. 61).

151. Es en este contexto en el que el Tribunal Constitucional considera que debe analizarse los alcances del límite al derecho a la prueba previsto en el artículo 13º, inciso c), del Decreto Ley N.º 25475. Dicho precepto, como antes se ha recordado, señala que: "En la instrucción y en el juicio no se podrán ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial".

Se trata, como se observa, de un límite al derecho de interrogar a los testigos que, en concreto, por razón de sus funciones, hayan participado en la elaboración del atestado policial. Es decir, no se trata de una prohibición generalizada para interrogar a los testigos de cargo, cualquiera sea su clase, sino sólo circunscrita a quienes participaron en la elaboración del atestado policial, esto es, a los miembros de la Policía Nacional del Perú.

152. En consecuencia, cabe analizar si tal limitación, por ser irrazonable, no respeta el contenido esencial del derecho reconocido en el literal "f", numeral 2), del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A juicio del Tribunal Constitucional, dos son cuando menos los sentidos en los que cabe entender tal restricción:

- a) Por un lado, impedir, sin más, que los acusados por el delito de terrorismo puedan interrogar a su captore.
- b) Restringir tal interrogatorio, pues con ello se persigue proteger la vida e integridad de los miembros de la Policía Nacional del Perú y las de sus familiares.

153. Evidentemente, si la razón para justificar tal limitación se amparase sólo en la primera de las razones, la restricción impuesta al derecho en cuestión sería

inconstitucional, por adolecer de razones objetivas y razonables que la justifiquen. No es la misma situación, sin embargo, si se trata de comprender tal limitación con la perspectiva de los fines constitucionales que con ella se persiguen alcanzar y que son expuestos en el apartado "b", antes enunciado.

Aunque en la acción de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional no considera hechos, pues su razonamiento es abstracto entre la norma con rango de ley impugnada y la Constitución, no ignora la abundante prueba documental existente sobre asesinatos cometidos por los delincuentes terroristas contra miembros de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas que participaron en la lucha contra la subversión.

154. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima que, si bien la realización de un proceso con las debidas garantías es un derecho que se debe respetar en toda circunstancia, también lo es que, la limitación de determinados contenidos, como el de interrogar a los que elaboran el atestado policial, se encuentra perfectamente justificada si es que, con tal limitación, el legislador persigue proteger derechos fundamentales tan valiosos como la vida y la integridad personal.

155. No es ajeno a este Tribunal Constitucional lo que, a propósito de este derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de expresar, en particular, en el Caso Castillo Petrucci: "la legislación aplicada al caso imposibilita el derecho a interrogar a los testigos que fundamentaron la acusación contra las supuestas víctimas. Por una parte, se prohíbe el interrogatorio de agentes, tanto de la Policía como de las Fuerzas Armadas, que hayan participado en las diligencias de investigación. Por otra, la falta de intervención del abogado defensor hasta el momento en que declara el inculcado hace que aquél no pueda controvertir las pruebas recabadas y asentadas en el atestado policial. La Corte entiende que la imposición de restricciones a los abogados defensores de las víctimas vulnera el derecho, reconocido por la Convención, de la defensa de interrogar testigos y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos" (párrafos 153-155).

156. No obstante ello, los fundamentos expuestos por este Tribunal con relación a la validez de la limitación contenida en el artículo 13º del Decreto Ley N.º 25475 no deben entenderse como opuestos a lo declarado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular, por las siguientes razones:

- a) El pronunciamiento de la Corte en el sentido indicado se realizó en un caso concreto y no de manera abstracta, donde a la limitación del derecho reconocido en el literal "f", del numeral 2), artículo 8º de la Convención se sumó la violación del derecho a contar con un defensor desde el momento en que el procesado rindió su manifestación; este último tema sobre el cual el Tribunal antes ha tenido oportunidad de pronunciarse. Es decir, según la Corte, la violación del artículo 8º, numeral 2), literal "f", de la Convención se produjo como consecuencia de

la vulneración conjunta al derecho a ser asistido por un abogado defensor antes de su manifestación.

b) En nuestro ordenamiento interno, y concretamente, en el proceso penal, no existe el sistema de la prueba tasada o prueba plena, pues conforme a lo dispuesto por el artículo 283° del Código de Procedimientos Penales, existe la libertad de apreciación por el juez de todas las pruebas, la que deberá efectuarse bajo el criterio de conciencia.

157. En ese sentido el atestado policial no tiene, ni ha tenido en el pasado, el carácter de prueba plena. Excepcionalmente, el artículo 62° del mismo cuerpo adjetivo le ha conferido la calidad de elemento probatorio, siempre que en la investigación policial hubiera intervenido el representante del Ministerio Público, en cuyo caso su apreciación se sujeta a la norma anteriormente indicada.

158. En esa medida, el Tribunal Constitucional entiende que la justificación de las limitaciones al derecho en referencia, también impone al juez penal una carga adicional, que se deriva implícitamente de la limitación; es decir, que cualquier sentencia condenatoria que se pudiera expedir no sólo puede sustentarse en la versión del atestado policial, sino que debe ser corroborada con otros tipos o medios de pruebas.

159. Por todo ello, el Tribunal Constitucional considera que la limitación al derecho probatorio establecida por la norma cuestionada, dentro del marco del proceso que regula este tipo de delitos, es razonable, ya que: i) atiende a la necesidad de proteger o resguardar los derechos constitucionales de las personas que hayan intervenido en la investigación policial, como su derecho a la vida o integridad física, etc, ii) salvo tal limitación, se mantiene incólume la posibilidad de ofrecer y actuar toda la amplia gama de medios probatorios pertinentes; iii) conforme ya se mencionó anteriormente, el atestado policial, cuando en la investigación ha intervenido un representante del Ministerio Público, es un elemento probatorio más, lo que no quiere decir que sea el único o que tenga la calidad de prueba plena, pues en su caso éste deberá ser meritado por el Juez, conjuntamente con los demás medios probatorios, conforme a su criterio de conciencia (artículos 62° y 283° del Código de Procedimientos Penales); y iv) si de lo que se trata es cuestionar el contenido del atestado policial a través del interrogatorio a sus autores, la limitación no comprende el derecho de tacha que eventualmente pueden hacerse valer contra él.

160. El Tribunal Constitucional considera necesario señalar, en los casos que corresponda, que las pruebas actuadas en los procesos ante la jurisdicción militar no resultan viciadas o inutilizables por el hecho de que se haya violado el derecho al juez competente. En efecto, la eventual lesión de tal derecho constitucional no afecta de manera automática la validez de los medios de prueba que hubiesen sido recopilados o actuados antes de que se declare la existencia de ese vicio.

161. Existen determinados elementos referidos al tema probatorio, y, específicamente, a la obtención, valoración

y actuación de las pruebas en el proceso que deberían ser analizados en cada caso concreto, por lo que, en principio, no correspondería analizar tal temática en una sentencia como la presente, cuyo propósito es realizar un control en abstracto de la constitucionalidad de las normas impugnadas. Empero, de modo excepcional, y dada la especial trascendencia que la presente sentencia reviste, este Tribunal considera pertinente realizar un breve análisis acerca de la validez de las pruebas a la luz de los casos concretos que pudieran presentarse en el corto plazo.

162. Al respecto es conveniente realizar la diferenciación entre lo que son la fuentes de prueba y los medios de prueba. Según César San Martín ("Efectos Procesales de la Sentencia N.º 1011-2002-HC/TC", inédito), mientras que las primeras son realidades extra procesales cuya existencia es independiente al proceso, los segundos son actos procesales y por ende constituyen una realidad interna del proceso. De este modo las fuentes de prueba ingresan al proceso para dar lugar a los medios de prueba, pero la nulidad del proceso, dada la diferenciación recién expuesta, sólo puede acarrear la invalidez de los medios de prueba, es decir, la proposición, admisión, práctica y valoración de las pruebas en el proceso, pero no la invalidez de las fuentes de prueba. La validez o invalidez de una fuente de prueba depende exclusivamente de que su obtención se haya llevado a cabo con estricto respeto de los derechos fundamentales.

163. Por último, es pertinente recordar la opinión, respecto a la valoración de la prueba por el Juez penal, que hiciera el ilustre Presidente del Tribunal Constitucional español, trágicamente desaparecido, don Francisco Tomás y Valiente: "*Es muy frecuente el reconocimiento explícito de la necesidad de respetar la valoración de la prueba hecha por el juzgador porque es de su exclusiva incumbencia. Al llevarla a cabo el Juez penal, según su conciencia, o íntima convicción, la comprometida función de fijar los hechos probados, a los que se anuda, en su caso, la calificación penal y los efectos inherentes a ella.*" ("Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 129).

§10.6. El derecho a un proceso que dure un plazo razonable: Art. 1º del Decreto Ley N.º 25708

164. Por otro lado, se cuestiona la constitucionalidad del artículo 1º del Decreto Ley N.º 25708, según el cual:

"En los delitos de traición a la patria previstos en el Decreto Ley N.º. 25659, se aplicará el procedimiento sumario establecido en el Código de Justicia Militar para los juicios en el Teatro de Operaciones. El juez instructor expedirá sentencia en el término máximo de diez (10) días naturales, pudiendo emplear supletoriamente en la sustanciación de los procesos las normas contenidas en el artículo 13º del Decreto Ley N.º. 25475".

165. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional considera que, habiéndose declarado la inconstitucionalidad del delito de traición a la patria regulado por el Decreto Ley N.º. 25659, y tratándose

el artículo 1° del Decreto Ley N°. 25708 de una norma cuya finalidad fue establecer un procedimiento conforme al cual se debió juzgar aquel delito, por extensión éste también es inconstitucional, en la medida que, además, prevé un plazo extremadamente breve para la realización del procedimiento investigatorio, vulnerando así el contenido constitucionalmente protegido del derecho a ser oído con las debidas garantías "dentro de un plazo razonable", reconocido en el artículo 8°, numeral 1), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

166. En efecto, aunque la duración excesiva de los procesos sea el supuesto más común de violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, tal derecho también garantiza al justiciable frente a procesos excesivamente breves, cuya configuración esté prevista con la finalidad de impedir una adecuada composición de la litis o de la acusación penal. Y es que, como expresa Nicolo Trocker, en afirmación válida, *mutatis mutandis*, "Razonable es un término que expresa una exigencia de equilibrio en el cual estén moderados armoniosamente, por un lado, la instancia de una justicia administrada sin retardos y, por otro, la instancia de una justicia no apresurada y sumaria" (Trocker Nicolo: "Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il 'giusto processo' in materia civile: profili generali". En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N°. 2, 2001 citado, p. 407).

167. El Tribunal Constitucional considera que un proceso concebido con una duración extremadamente sumaria o apresurada, cuyo propósito no sea el de alcanzar que la litis se satisfaga en términos justos, sino ofrecer un ritual formal de sustanciación "de cualquier acusación penal", vulnera el derecho a un proceso "con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable". El factor razonabilidad aquí no está destinado a garantizar la duración excesiva del proceso, sino a cuestionar la desproporcionada perentoriedad con que éste ha sido configurado por el legislador. Tales alcances del derecho, por lo demás, se derivan directamente del artículo 25°, numeral 1), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención (...)".

168. En el "Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos", de fecha 22 de octubre de 2002, la Comisión Interamericana señaló que "Los componentes fundamentales del derecho al debido proceso y a un juicio justo incluyen también el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable. Si bien el concepto de plazo razonable no es fácil de definir, se han articulado ciertos requisitos previos en éste y en otros sistemas de derechos humanos que se consideran necesarios para dar debido efecto a este derecho. Se ha sostenido en particular que el plazo razonable abarca todo el proceso en cuestión, desde el primer acto del proceso hasta que se dicta una sentencia definitiva y firme, incluyendo toda apelación que se hubiere interpuesto".

§10.7. El derecho de no ser incomunicado

169. Asimismo, se cuestiona la constitucionalidad del inciso d) del artículo 12° del Decreto Ley N°. 25475 por violar el literal "g" del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución. Dicho precepto impugnado establece que:

"En la investigación de los delitos de terrorismo, la Policía Nacional del Perú observará estrictamente lo preceptuado en las normas legales sobre la materia y, específicamente, las siguientes: (...)

d) Cuando las circunstancias lo requieran y la complejidad de las investigaciones así lo exija, para el mejor esclarecimiento de los hechos que son materia de investigación, podrá disponer la incomunicación absoluta de los detenidos hasta por el máximo de ley, con conocimiento del Ministerio Público y de la autoridad jurisdiccional respectiva".

170. Se sostiene que dicho precepto viola el derecho "de toda persona de no ser incomunicada", ya que dispone "la incomunicación absoluta de los detenidos", produciéndose "la negación absoluta del derecho de defensa". Consideran los demandantes que "sólo el juez tiene facultad para disponer la incomunicación de un detenido, pero sólo en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito y respetando el derecho que tiene el detenido para comunicarse con su abogado defensor".

171. Dos son los temas que, a juicio del Tribunal Constitucional, son imprescindibles analizar: a) Los alcances del derecho a no ser incomunicado; y b) la autoridad responsable para disponerla.

172. En lo que atañe al primer aspecto, nuevamente el Tribunal Constitucional ha de recordar que el derecho a no ser incomunicado no es un derecho absoluto, sino susceptible de ser limitado, pues como el mismo literal "g", inciso 24), del artículo 2° de la Constitución se encarga de precisar, tal incomunicación puede realizarse en los casos indispensables para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. En tal supuesto, "la autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida".

En consecuencia, no hay un derecho absoluto a no ser incomunicado. Éste puede efectuarse, excepcionalmente, en los casos indispensables, y siempre que con ello se persiga el esclarecimiento de un delito, considerado como muy grave. Además, el Tribunal Constitucional considera que cuando la Constitución alude a la existencia de un "caso indispensable", con ello exige la presencia de una razón objetiva y razonable que la justifique. Pero, a su vez, sea cual fuere esa base objetiva y razonable, tal incomunicación no puede practicarse para otros fines que no sean el esclarecimiento de un delito, en la forma y plazo que la ley establezca. Como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "la incomunicación es una medida de carácter excepcional que tiene como propósito impedir que se entorpezca

la investigación de los hechos" (Caso Suárez Rosero. Ecuador, párrafo 51).

173. En segundo lugar, aunque el literal "g", inciso 24), del artículo 2º de la Constitución no indique expresamente la autoridad responsable para decretar la incomunicación, el Tribunal Constitucional entiende que ella debe ser efectuada necesariamente por el Juez penal, en tanto que se trata de una medida limitativa de un derecho fundamental.

174. Por ello, a juicio de este Supremo Intérprete de la Constitución, el inciso d) del artículo 12º del Decreto Ley N.º 25475 es inconstitucional.

175. Finalmente, el Tribunal Constitucional considera que con la incomunicación de un detenido por el delito de terrorismo no se afecta el derecho de defensa, ya que conforme se expresa en el segundo párrafo del artículo 2º de la Ley N.º 26447, éste garantiza la participación del abogado defensor en las investigaciones policiales y la entrevista con su patrocinado, la que no podrá limitarse, "aun cuando se hubiera dispuesto la incomunicación del detenido".

§10.8. El derecho de ser puesto, sin demora, a disposición del juez y el plazo de detención policial

176. Aunque por conexión, ya se haya declarado la inconstitucionalidad de todo el artículo 2º del Decreto Ley N.º 25744, el inciso a) de dicho artículo es inconstitucional también de manera directa, ya que autoriza a que la Policía Nacional del Perú pueda disponer que el plazo de detención se extienda por un "término mayor de quince días", con la posibilidad de ser prorrogado por un periodo igual a solicitud de la misma Policía, cuando el literal f), inciso 24), del artículo 2º de la Constitución establece un plazo máximo de detención de quince días, tratándose de los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas.

§10.9. El derecho a la pluralidad de instancias

177. Se ha cuestionado, asimismo, la violación del inciso 6) del artículo 139º de la Constitución, esto es, el principio de pluralidad de instancias. Alegan los demandantes que dicho principio exige la existencia de "un tribunal superior que funcione ajustado a las garantías del debido proceso, lo que no se cumple por cuanto todas las instancias judiciales están sujetas a la legislación antiterrorista vigente (por lo) que son violatorias del derecho".

No obstante, los demandantes no precisan qué disposición o disposiciones legales violan tal derecho. Como es obvio, y este Tribunal antes lo ha recordado, una afirmación tan general, como la realizada, que no individualiza la disposición legal que la pueda afectar, impide que este Colegiado pueda realizar pronunciamiento alguno. Si la impugnación se apoya, como parece ser, en que tal violación se produciría como consecuencia de la vigencia de todos los Decretos Leyes y cada una de las materias que allí se regulan, este Tribunal Constitucional se ha pronunciado y seguirá pronunciándose sobre cada uno de los dispositivos impugnados de dichos Decretos Leyes.

XI. La cadena perpetua y la reincorporación del penado a la sociedad

178. Los demandantes cuestionan la validez constitucional de la aplicación de la pena de cadena perpetua, por considerarla incompatible con el numeral 2) del artículo 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 139º, inciso 2), de la Constitución.

179. Al margen de la ardua polémica sobre el tema de los fines de la pena, es claro que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el "régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad", en armonía con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados".

180. Se trata, naturalmente, de un principio constitucional-penitenciario, que no por su condición de tal, carece de eficacia. Comporta, por el contrario, un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones cómo se ejecutarán las penas o, por lo que ahora importa rescatar, al establecer el *cuántum* de ellas y que los jueces pueden aplicar para sancionar la comisión de determinados delitos.

Desde esa perspectiva, el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución constituye un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el *cuántum* de la pena: en efecto, cualquiera sea la regulación de ese *cuántum* o las condiciones en la que ésta se ha de cumplir, ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" del penado a la sociedad.

181. La única excepción a tal límite constitucional es la que se deriva del artículo 140º de la propia Constitución, según la cual el legislador, frente a determinados delitos, puede prever la posibilidad de aplicar la pena de muerte. Sin embargo, como se deduce de la misma Norma Fundamental, tal regulación ha de encontrarse condicionada a su conformidad con los tratados en los que el Estado peruano sea parte y sobre, cuyos concretos alcances de aplicación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse, en la Opinión Consultiva N.º 14/94, del 9 de diciembre de 1994.

182. A juicio del Tribunal, de las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" como fines del régimen penitenciario se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la

exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad.

183. La denominada "cadena perpetua", en su regulación legal actual, es intemporal; es decir, no está sujeta a límites en el tiempo, pues si tiene un comienzo, sin embargo carece de un final y, en esa medida, niega la posibilidad de que el penado en algún momento pueda reincorporarse a la sociedad.

a) La cadena perpetua y los principios de dignidad y libertad

184. Sin embargo, a juicio del Tribunal Constitucional, el establecimiento de la pena de cadena perpetua no sólo resiente al principio constitucional previsto en el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución. También es contraria a los principios de dignidad de la persona y de libertad.

185. En primer lugar, es contraria al principio de libertad, ya que si bien la imposición de una pena determinada constituye una medida que restringe la libertad personal del condenado, es claro que, en ningún caso, la restricción de los derechos fundamentales puede culminar con la anulación de esa libertad, pues no solamente el legislador está obligado a respetar su contenido esencial, sino, además, constituye uno de los principios sobre los cuales se levanta el Estado Constitucional de Derecho, con independencia del bien jurídico que se haya podido infringir. Por ello, tratándose de la limitación de la libertad individual como consecuencia de la imposición de una sentencia condenatoria, el Tribunal Constitucional considera que ésta no puede ser intemporal sino que debe contener límites temporales.

186. En segundo lugar, este Colegiado considera que detrás de las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" como fines del régimen penitenciario, también se encuentra necesariamente una concreción del principio de dignidad de la persona (artículo 1º de la Constitución) y, por tanto, éste constituye un límite para el legislador penal.

Dicho principio, en su versión negativa, impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada uno, incluso los delincuentes, debe considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía.

187. En el ámbito penitenciario, la proyección del principio de dignidad comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídicos-penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria, y que ello se realice con respeto a su autonomía individual, cualquiera sea la etapa de ejecución de la pena. Sin embargo, y aunque no se exprese, detrás de medidas punitivas de naturaleza drástica como la cadena perpetua subyace una cosificación del penado, pues éste termina considerado como un objeto de la política criminal del Estado, sobre

el cual -porque nunca tendrá la oportunidad de ser reincorporado-, tampoco habrá la necesidad de realizar las medidas adecuadas para su rehabilitación.

188. El carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. No la de imponerle una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores que, a lo mejor, puede no compartir. Pero, en cualquier caso, nunca le puede ser negada la esperanza de poderse insertar en la vida comunitaria. Y es que al lado del elemento retributivo, ínsito a toda pena, siempre debe encontrarse latente la esperanza de que el penado algún día pueda recobrar su libertad. El internamiento en un centro carcelario de por vida, sin que la pena tenga un límite temporal, aniquila tal posibilidad.

Como antes se ha expresado, no sólo anula la esperanza de lograr la libertad. También anula al penado como ser humano, pues lo condena, hasta su muerte, a transcurrir su vida internado en un establecimiento penal, sin posibilidad de poder alcanzar su proyecto de vida trazado con respeto a los derechos y valores ajenos. Lo convierte en un objeto, en una cosa, cuyo desechamiento se hace en vida. La cadena perpetua, en sí misma considerada, es repulsiva con la naturaleza del ser humano. El Estado Constitucional de Derecho no encuentra justificación para aplicarla, aun en el caso que el penado, con un ejercicio antijurídico de su libertad, haya pretendido destruirlo o socavarlo.

189. El sistema material de valores del Estado de Derecho impone que cualquier lucha contra el terrorismo (y quienes lo practiquen), se tenga necesariamente que realizar respetando sus principios y derechos fundamentales. Aquellos deben saber que la superioridad moral y ética de la democracia constitucional radica en que ésta es respetuosa de la vida y de los demás derechos fundamentales, y que las ideas no se imponen con la violencia, la destrucción o el asesinato. El Estado de Derecho no se puede bajar al mismo nivel de quienes la detestan y, con sus actos malsanos, pretenden subvertirla. Por ello, si el establecimiento de la pena se encuentra sujeta a su adecuación con el principio de proporcionalidad, tal principio no autoriza a que se encarcele de por vida.

190. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no considera que la inconstitucionalidad de la cadena perpetua lo autorice a declarar la invalidez de la disposición que la autoriza, pues ciertamente tal incompatibilidad podría perfectamente remediarse si es que el legislador introdujese una serie de medidas que permitan que la cadena perpetua deje de ser una pena sin plazo de culminación. Además porque, so pretexto de declararse la inconstitucionalidad de tal disposición, podrían generarse mayores efectos inconstitucionales que los que se buscan remediar. En ese sentido, al tenerse que expedir una sentencia de "mera incompatibilidad" en este punto, el Tribunal Constitucional considera que corresponde al legislador introducir en la legislación nacional los mecanismos jurídicos que hagan que la cadena perpetua no sea una pena sin plazo de culminación.

191. Sobre el particular el Tribunal Constitucional debe de recordar que, actualmente, para supuestos análogos, como es el caso de la cadena perpetua en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, ya se ha previsto la posibilidad de revisar la sentencia y la pena, luego de transcurrido un determinado número de años. Y si bien dicho instrumento normativo no es aplicable para el caso de los sentenciados por los delitos regulados por los decretos leyes impugnados, el legislador nacional puede adoptar medidas de semejante naturaleza a fin de contrarrestar los efectos inconstitucionales de no haberse previsto una fecha de culminación con la pena de cadena perpetua.

192. En ese sentido, debe recordarse que el Estatuto en referencia forma parte del derecho nacional, al haber sido ratificado mediante Decreto Supremo N.º 079-2001-RE, y ella contempla la posibilidad de disponer la reducción de la pena, la que puede efectuarse sólo después de que el recluso haya cumplido las 2/3 partes de la pena o 25 años de prisión en el caso de la cadena perpetua.

193. Por otro lado, también el legislador nacional puede introducir un régimen legal especial en materia de beneficios penitenciarios, de manera que se posibilite la realización efectiva de los principios de dignidad de la persona y resocialización. Ese es el caso, por ejemplo, de la legislación italiana, que, con el objeto de que la cadena perpetua pueda ser compatibilizada con los principios de resocialización y de dignidad de la persona, a través de la Ley N.º 663 del 10 de octubre de 1986 ha posibilitado que, luego de quince años de prisión, el condenado pueda acceder al beneficio de la semilibertad y, luego, a la libertad condicional. Similar situación sucede en la mayoría de países europeos y también en algunos latinoamericanos, como en el caso argentino, donde la pena de cadena perpetua en realidad no es ilimitada, esto es, intemporal, pues como dispuso la Ley N.º 24660, el reo condenado a cadena perpetua goza de libertad condicional a los veinte años, y antes de esta posibilidad, del régimen de salidas transitorias y de semilibertad que pueden obtenerse a los quince años de internamiento. Incluso, puede considerarse la edad del condenado como uno de los factores importantes al momento de establecer los límites temporales.

194. En definitiva, el establecimiento de la pena de cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal, por lo que si en un plazo razonable el legislador no dictase una ley en los términos exhortados, por la sola eficacia de esta sentencia, al cabo de 30 años de iniciada la ejecución de la condena, los jueces estarán en la obligación de revisar las sentencias condenatorias.

XII. Proporcionalidad de las penas.

195. El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico,

éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona.

196. Sin embargo, el principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena.

En el presente caso, se ha cuestionado la desproporcionalidad de las penas establecidas en el Decreto Ley N.º 25475; esto es, la impugnación de inconstitucionalidad gira sobre uno de los ámbitos de la determinación de la pena. En concreto, sobre la denominada "determinación legal".

197. En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Este principio, en el plano legislativo, se encuentra en el artículo VII del título preliminar del Código Penal, que señala que "la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)".

198. El Tribunal Constitucional considera que, en materia de determinación legal de la pena, la evaluación sobre su adecuación o no debe partir necesariamente de advertir que es potestad exclusiva del legislador junto los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la proporción entre las conductas que pretende evitar, así como las penas con las que intenta conseguirlo. En efecto, en tales casos el legislador goza, dentro de los límites de la Constitución, de un amplio margen de libertad para determinar las penas, atendiendo no sólo al fin esencial y directo de protección que corresponde a la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas, como los señalados en el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución.

199. Corresponde al ámbito del legislador, al momento de determinar las penas, evaluar factores tales como la gravedad del comportamiento o la percepción social relativa a la adecuación entre delito y pena. Mientras que a dicho órgano le corresponde evaluar los elementos y circunstancias antes señaladas y de conformidad con ellas, establecer, entre otros supuestos, las penas aplicables para determinados delitos; al Tribunal Constitucional, en cambio, le corresponde indagar si los bienes o intereses

que se tratan de proteger son de naturaleza constitucional y por tanto, son socialmente relevantes; asimismo, evaluar si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos afectivas de la libertad y, finalmente, juzgar si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma.

200. Los demandantes sostienen que son inconstitucionales las penas establecidas (y aunque no lo señalen expresamente, habría que entender que se trata de las previstas en el Decreto Ley N.º 25475), porque "existe una gran desproporción entre el hecho delictuoso y la sanción aplicada al agente responsable. Son penas draconianas" y que " sólo se han previsto penas privativas de libertad", excluyéndose las demás.

201. No comparte, desde luego, tal criterio este Tribunal Constitucional. En efecto, y conforme se ha adelantado en la primera parte de esta sentencia, al Tribunal Constitucional no le cabe duda que el Terrorismo constituye un delito muy grave, como también son muy graves los derechos y bienes constitucionalmente protegidos que se afectan con su comisión, pues, sin importarle los medios, tiene la finalidad de afectar la vida, la libertad, la seguridad y la paz social, con el objeto de destruir el sistema constitucional.

202. Asimismo manifiestan, sostiene que no se ha establecido ni un máximo ni un mínimo de las penas previstas, por lo que el juzgador las aplica a su libre albedrío, sin tener en cuenta el grado de participación y la responsabilidad del procesado y tampoco las especificaciones contenidas en los artículos 45º y 46º del Código Penal y, dentro de ellas, los móviles que pueda tener el agente sentenciado.

Desde esta última perspectiva, dos son los aspectos que, en relación al tema propuesto, deben señalarse. En primer lugar, que hay que entender la impugnación planteada por los demandantes como referida a los artículos 2º, 3º, literales "b" y "c", 4º y 5º, del Decreto Ley N.º 25475, pues en los regulados por los artículos subsiguientes sí se han previsto límites máximos y mínimos de las penas. Y, en segundo lugar, que es inexacto que las disposiciones impugnadas no prevean un mínimo de pena, pues conforme se observa de todos y cada uno de los preceptos antes aludidos, allí se indican límites mínimos de pena.

203. Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que la cuestión es: ¿la ausencia de límites máximos es inconstitucional porque afecta el principio de proporcionalidad?

Naturalmente, la absolución de la interrogante en esos términos, parte de un dato previo; esto es, da por supuesto que no existe, como lo alegan los demandantes, un plazo máximo de penas que el juez debe aplicar.

204. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional debe advertir que, en efecto, en la actualidad no existe un plazo máximo de determinación de la pena. Pero esa inexistencia es sólo temporal, pues debe computarse a

partir del día siguiente que este mismo Tribunal (Exp. N.º 005-2001-AI/TC) declaró inconstitucional el Decreto Legislativo N.º 895, cuya Quinta Disposición Final modificó el artículo 29º del Código Penal, que señalaba que tratándose de las penas privativas de libertad temporales, éstas se extendían, con carácter general, entre dos días, como mínimo, a 35 años, como máximo.

Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que la inconstitucionalidad de los preceptos enunciados tiene un carácter temporal, esto es, que se originó a partir del día siguiente en que se publicó la sentencia en mención.

205. No obstante lo anterior, la inconstitucionalidad temporal advertida no está referida a lo que dichas disposiciones legales establecen, sino a la parte en que no prevén los plazos máximos de pena. Por ello, considera el Tribunal que, análogamente a lo que ha sostenido en cuanto al tratamiento de la pena de cadena perpetua, debe exhortarse al legislador para que, dentro de un plazo razonable, cumpla con prever plazos máximos de pena en cada una de la figuras típicas reguladas por los artículos 2º, 3º literales "b" y "c", 4º y 5º del Decreto N.º Ley 25475.

XIII. La negación de beneficios penitenciarios

206. Igualmente se cuestiona la constitucionalidad de las normas que establecen la prohibición de beneficios penitenciarios en los delitos de terrorismo y traición a la patria, esto es, el artículo 19º del Decreto Ley N.º 25475 y el artículo 3º."a" del Decreto Ley N.º 25744, respectivamente. Con relación a la segunda norma, es preciso aclarar que, aunque por razón diferente al cuestionamiento en examen, este Supremo Tribunal Constitucional ya se pronunció sobre su carácter inconstitucional.

El artículo 19º del Decreto Ley N.º 25475 textualmente señala: "*Los procesados o condenados por delitos de terrorismo, no podrán acogerse a ninguno de los beneficios que establecen el Código Penal y el Código de Ejecución Penal*".

207. En el Estado Democrático de Derecho, el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, lo cual, conforme a nuestra Constitución Política, artículo 139º, inciso 22), constituye uno de los principios del régimen penitenciario, que, a su vez, es congruente con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala "*el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados*".

208. Como antes se ha expuesto, no por su condición de principio carece de eficacia, ya que comporta un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones cómo se ejecutarán las penas o al momento de establecer el *cuántum* de ellas.

Dentro de las condiciones cómo se ejecutará la pena, se encuentra, desde luego, la posibilidad de que el legislador

autorice la concesión de determinados beneficios penitenciarios, pues ello obedece y es compatible con los conceptos de reeducación y rehabilitación del penado. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que estos principios suponen, intrínsecamente, la posibilidad de que el legislador pueda autorizar que los penados, antes de la culminación de las penas que les fueron impuestas, puedan recobrar su libertad si los propósitos de la pena hubieran sido atendidos. La justificación de las penas privativas de libertad es, en definitiva, proteger a la sociedad contra el delito. Tal protección sólo puede tener sentido, "si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo".

209. Sin embargo, la no concesión de determinados beneficios penitenciarios para los condenados por el delito de terrorismo u otros de lesa humanidad, no es, *per se*, contrario al inciso 22) del artículo 139° de la Constitución. No se deriva, en efecto, de dicho dispositivo constitucional, un mandato al legislador para que los prevea en la ley, en cuya ausencia, negación u omisión, éste pueda incurrir en un vicio de inconstitucionalidad.

210. El problema, a juicio del Tribunal Constitucional, se presenta una vez que el legislador los ha previsto para el caso de los condenados por determinados delitos, y, no obstante ello, los niega para los condenados por otros. Pero, en ese caso, el problema de la validez constitucional de la prohibición ya no se deriva de su infracción del artículo 139°, inciso 22, de la Constitución, sino de su conformidad o no con el artículo 2°, inciso 2°, de la misma Constitución, esto es, de su compatibilidad (o no) con el principio de igualdad jurídica.

211. En ese contexto, y recordando una doctrina consolidada por este Tribunal Constitucional, debe señalarse que el principio de igualdad no garantiza que siempre y en todos los casos deba tratarse por igual a todos, sino que las diferenciaciones que el legislador eventualmente pueda introducir, obedezcan a razones objetivas y razonables. Es decir, no está prohibido que el legislador realice tratamientos diferenciados. Lo que sí está prohibido es que dicha diferenciación en el trato sea arbitraria, ya sea por no poseer un elemento objetivo que la justifique o una justificación razonable que la respalde.

Desde esta perspectiva, independientemente de los que antes se han sostenido en relación a la cadena perpetua, el Tribunal Constitucional no considera que la no concesión de los beneficios penitenciarios para los condenados por el delito de terrorismo infrinja *per se*, el principio de igualdad, toda vez que se justifican en atención a la especial gravedad del delito en cuestión y a los bienes de orden público constitucional que, con su dictado, se persiguen proteger.

212. Por otro lado, el Tribunal Constitucional debe de observar que la restricción para acceder a los beneficios penitenciarios no posee carácter general, sino únicamente está referida a los beneficios previstos en los Códigos

Penal y de Ejecución Penal. Lo que no quiere decir que a los sentenciados por delito de terrorismo les esté negado, *a priori*, cualquier eventual beneficio penitenciario, sino sólo los que están establecidos en los citados cuerpos legales, correspondiendo al legislador la posibilidad de regular determinados beneficios penitenciarios de acuerdo con la gravedad de los delitos por los cuales sus beneficiarios hubieran sido condenados.

XIV. El derecho a la nacionalidad

213. El derecho de nacionalidad es el derecho que posee toda persona por el hecho de haber nacido dentro del territorio de la República del Perú, denominándose peruanos de nacimiento. También son peruanos de nacimiento los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad. Son también peruanos los que adquieren la nacionalidad por naturalización o por opción, siempre que tengan residencia en el Perú.

Este derecho está reconocido por el artículo 2°, inciso 21), de la Constitución Política, según el cual toda persona tiene derecho a la nacionalidad y nadie puede ser despojado de ella. El párrafo segundo del artículo 53° de la propia Constitución señala que la nacionalidad peruana no se pierde, salvo por renuncia expresa ante autoridad peruana.

214. En los instrumentos internacionales suscritos por el Perú también se declara el derecho a la nacionalidad. Así, el artículo XIX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, menciona que: "Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda". La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 15°, indica: "Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. A nadie se le privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad". La Convención Americana sobre Derechos Humanos, a su vez, se refiere a este tema en el numeral 3), artículo 20°: "A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad".

215. Uno de los casos previstos en el artículo 7° del Decreto Ley N.º 25475 es el delito de apología cometido fuera del territorio peruano, caso que va en la misma línea preventivista general, en la que accesoriamente a la pena privativa de libertad se sanciona con la pérdida de la nacionalidad.

216. En nuestro medio, la pérdida de la nacionalidad funciona respecto de los ciudadanos peruanos por nacimiento y extranjeros naturalizados. El artículo 7° del Decreto Ley N.º 25475 parece que ha creado un nuevo tipo de pena, aumentado el catálogo de penas diseñado en el Código Penal. Así los artículos 30° y 31° enumeran los casos de penas. La pérdida de la nacionalidad en tanto pena no se encuentra prevista en dichos artículos.

En conclusión, la pena de pérdida de la nacionalidad es violatoria de lo previsto en la Constitución Política y los tratados internacionales, debiendo declararse su inconstitucionalidad.

XV. El derecho a la integridad personal

217. La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el sólo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En efecto, este es el imperativo que transita en el primer artículo de nuestra Constitución.

218. Como el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia, ningún derecho fundamental es absoluto y, por ello, en determinadas circunstancias son susceptibles de ser limitados o restringidos. No obstante ello, en ningún caso puede ser permitido desconocer la *personalidad* del individuo y, por ende, su dignidad. Ni aun cuando el sujeto se encuentre justificadamente privado de su libertad es posible dejar de reconocerle una serie de derechos o atribuciones que por su sola condición de ser humano le son consustanciales. La dignidad, así, constituye un *minimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover.

219. El respeto al contenido esencial del derecho a la integridad personal, tanto en lo que respecta al ámbito físico como en lo que atañe al ámbito espiritual y psíquico de la persona, transita entre aquellos atributos que constituyen la esencia mínima imperturbable en la esfera subjetiva del individuo. Inclusive en aquellos casos en que pueda resultar justificable el uso de medidas de fuerza, éstas deben tener lugar en circunstancias verdaderamente excepcionales, y nunca en grado tal que conlleven el propósito de humillar al individuo o resquebrajar su resistencia física o moral, dado que esta afectación puede desembocar incluso en la negación de su condición de persona, supuesto inconcebible en un Estado Constitucional de Derecho. Así lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos al establecer que "todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado contra la dignidad humana". (Caso Loayza Tamayo, Párrafo 57).

220. Es cierto, que así como el *ius puniendi* del Estado puede manifestarse en distintas intensidades, pues el grado de severidad sancionadora puede variar en proporción directa a la gravedad del delito cometido, también es posible que las condiciones en que el individuo debe cumplir la pena puedan ser distintas en atención a las particulares circunstancias que rodean el caso de cada sentenciado, es decir, en atención al margen de peligrosidad que pueda ser deducido de sus características personales, su comportamiento, antecedentes penales, especial gravedad del ilícito cometido, etc. No obstante, en ningún caso puede justificarse la degradación del ser humano, de lo contrario el Estado, lejos de actuar cómo promotor de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (artículo 139°, inciso 22) de la Constitución), se convertiría en un colaborador del acrecentamiento de

la desviación social del condenado, negándole incluso su condición de persona humana.

221. La calificación de una pena como inhumana o degradante y, por lo tanto, como atentatoria del derecho a la integridad personal, depende, en buena cuenta, del modo de ejecución de misma. No puede desatenderse que, aunque proporcional, la simple imposición de la condena ya implica un grado importante de sufrimiento en el delincuente, por ello sería inconcebible que ésta venga aparejada, a su vez, de tratos crueles e inhumanos que provoquen la humillación y envejecimiento en la persona.

Dicho trato inhumano bien puede traducirse en una duración injustificada de aislamiento e incomunicación del delincuente. Siendo el ser humano un ser social por naturaleza, la privación excesiva en el tiempo de la posibilidad de relacionarse con sus pares genera una afectación inconmensurable en la psiquis del individuo, con la perturbación moral que ello conlleva. Dicha medida no puede tener otro fin más que la humillación y el rompimiento de la resistencia física y moral del condenado, propósito, a todas luces, inconstitucional.

222. El artículo 20° del Decreto Ley N.° 25475 dispone que los condenados por terrorismo cumplirán la pena "con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención". Asimismo, establece que "en ningún caso (...) los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación". Esta misma línea fue seguida por el inciso b) del artículo 3° del Decreto Ley N.° 25744, declarado anteriormente inconstitucional.

223. El Tribunal Constitucional considera, en atención a lo ya expuesto, que someter a un sentenciado a una pena que suponga el aislamiento absoluto durante el período de un año constituye una medida irrazonable y desproporcionada, constitutiva de un trato cruel e inhumano. Lo propio acontece con la exigencia de mantener al recluso en celdas unipersonales durante todo su período de confinamiento en un centro penitenciario. Por ello, los preceptos referidos, en cuanto consignan dichas medidas, son violatorios del artículo 2°, inciso 1) de la Constitución y del artículo 5°, incisos 1), 2) y 6), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al afectar el derecho a la libertad personal.

224. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que son inconstitucionales las frases "con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención y luego", así como "En ningún caso, y bajo responsabilidad del director del Establecimiento, los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación", por lo que el artículo 20° del Decreto Ley N.° 25475 subsiste, redactado de la siguiente forma:

"Artículo 20° (Decreto Ley N.° 25475): Las penas privativas de libertad establecidas en el presente Decreto Ley se cumplirán, obligatoriamente, en un centro de reclusión de máxima seguridad, con trabajo obligatorio por el tiempo que dure su reclusión.

Los sentenciados por delito de terrorismo tendrán derecho a un régimen de visita semanal estrictamente circunscrito a sus familiares más cercanos. El Sector Justicia reglamentará el régimen de visita mediante Resolución Ministerial”.

XVI. El derecho internacional humanitario y la legislación antiterrorista

225. Por otro lado, se han cuestionado los Decretos Leyes materia del petitorio de la demanda, señalando que *“violan flagrantemente las prohibiciones establecidas en el artículo 3° Común a los Convenios de Ginebra, los mismos que contienen el respeto a los derechos fundamentales que también están consagrados en la Constitución Política del Perú”.* En ese sentido, se denuncia específicamente vulneración de las garantías constitucionales del debido proceso, al haberse creado jueces y tribunales de excepción en el fuero civil y fuero militar, desviando la jurisdicción de los civiles al fuero militar, así como el sistema de penas y penitenciario establecidos; en este último aspecto se menciona que no se ha respetado la prohibición de los tratos crueles, humillantes y degradantes, atentatorios de la dignidad personal.

El artículo 3° de los Convenios de Ginebra, señala:

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en Conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1. Las personas que no participen directamente de las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

226. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba indicadas:

a. Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones y los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b. La toma de rehenes;

c. Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d. Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio, ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

(...)”.

227. En principio, desde el punto de vista estrictamente normativo, debe considerarse que la hipótesis fáctica de aplicación de la citada norma es la existencia de un conflicto armado no internacional que haya surgido en

el territorio de un país contratante, en cuyo caso, a las partes en conflicto le están prohibidos los actos que ella describe; en ese sentido, en forma previa a cualquier pronunciamiento que se refiera a esta norma, ello requiere de una previa determinación de si los hechos provocados por el accionar de las organizaciones subversivas tienen o no la calidad de conflicto armado, lo que ciertamente al Tribunal Constitucional no le compete; a lo que debe agregarse que las prohibiciones reguladas en la citada norma internacional están referidas a actos concretos, lo cual tampoco puede ser objeto de pronunciamiento por este Tribunal dentro de la acción de inconstitucionalidad, la ella está sujeta al juicio de constitucionalidad entre dos normas: la constitucional y la norma legal.

228. No obstante, y sin que ello signifique reconocimiento de calidad de conflicto armado, pues se trata simplemente de la represión de un delito reprochable por el ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional advierte que la legislación antiterrorista nacional cuestionada no vulnera las disposiciones de la normativa internacional en referencia, pues no autoriza, a sus agencias del control punitivo, ninguna de las prohibiciones taxativamente establecidas en la citada norma, máxime que en el fundamento precedente (XI de la presente sentencia) se consideró inconstitucional el artículo 20° del Decreto Ley N.º 25475, por cuanto el modo de ejecución de la pena venía aparejada de aislamiento e incomunicación del delincuente, lo que suponía trato cruel e inhumano.

XVII. Realización de nuevos procesos

229. Como en diversas ocasiones se ha tenido oportunidad de advertir en esta misma sentencia al juzgar la validez constitucional de las leyes, este Tribunal Constitucional está en la obligación de prever las consecuencias de sus decisiones y, por lo tanto, modular los efectos que sus decisiones generarán en el ordenamiento. En ese sentido, el artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional precisa que las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no permiten revivir procesos fenecidos en los que se haya hecho aplicación de las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103 (retroactividad benigna en materia penal) y último párrafo del artículo 74 de la Constitución.

230. Considera el Tribunal Constitucional que tal regla al autorizar la eventual realización de un nuevo juzgamiento, no limita la posibilidad del Tribunal Constitucional de modular los efectos en el tiempo de su decisión. Es decir, de autorizar que el propio Tribunal, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, pueda disponer una *vacatio sententiae*, y de esa manera permitir que el legislador democrático regulen en un plazo breve y razonable, un cauce procesal que permita una forma racional de organizar la eventual realización de un nuevo proceso para los sentenciados por el delito de traición a la patria.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la presente sentencia no anula automáticamente los

procesos judiciales donde se hubiera condenado por el delito de traición a la patria al amparo de los dispositivos del Decreto Ley N.º 25659 declarados inconstitucionales. Tampoco se deriva de tal declaración de inconstitucionalidad que dichos sentenciados no puedan nuevamente ser juzgados por el delito de terrorismo, pues como expone este Tribunal en los fundamentos N.ºs 36, 37 y 38, los mismos supuestos prohibidos por el decreto ley 25659 se encuentran regulados por el decreto ley 25475.

En consecuencia, una vez que el legislador regule el cauce procesal señalado en el párrafo anterior, la posibilidad de plantear la realización de un nuevo proceso penal, ha de estar condicionada en su realización a la previa petición del interesado.

Por ello, el Tribunal Constitucional exhorta al Poder Legislativo a dictar en un plazo razonable la forma y el modo con el que se tramitarán, eventualmente, las reclamaciones particulares a las que antes se ha hecho referencia.

XVIII. La excepción de prescripción de la acción

231. Finalmente, el Tribunal Constitucional debe declarar que las cuestiones planteadas en la excepción de prescripción de la acción fueron resueltas en el auto de admisibilidad.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

Declarando **INFUNDADA** la excepción de prescripción y **FUNDADA**, en parte, la acción de inconstitucionalidad interpuesta y, en consecuencia: decláranse inconstitucionales el artículo 7 y el inciso h) del artículo 13.º del Decreto Ley N.º 25475 así como la frase "con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención y luego" y "En ningún caso, y bajo responsabilidad del Director del establecimiento, los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación" del artículo 20º del Decreto Ley N.º 25475. También es inconstitucional el inciso d) del artículo 12.º del mismo Decreto Ley 25475.

Asimismo, son inconstitucionales los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 7º del Decreto Ley N.º 25659. También la frase "o traición a la patria" del artículo 6º del mismo Decreto Ley N.º 25659 y los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Ley N.º 25708; los artículos 1 y 2º del Decreto Ley N.º 25880. Finalmente, son también inconstitucionales los artículos 2º, 3º, y 4º del Decreto Ley N.º 25744.

DECLARA que carece de objeto pronunciarse sobre el fondo de la controversia por haberse producido la sustracción de la materia, en relación con el inciso f) del artículo 12º conforme a lo expuesto en el fundamento jurídico N.º 123; así como en relación con el artículo 18º, conforme a lo expuesto en los fundamentos 124 y 125; con los artículos 15º, 16º y la Primera Disposición Final y

Transitoria del Decreto Ley N.º 25475, según se expuso en el fundamento N.º 111 de esta sentencia;

E INFUNDADA, por mayoría, la demanda en lo demás que contiene, formando parte integrante de la parte resolutive de esta sentencia los fundamentos jurídicos N.ºs. 56, 58, 59, 62, 63, 65, 66, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 88, 93, 104, 106, 107, 128, 130, 131, 135, 137, 142, 146, 154, 159, 172 y 174, y, en consecuencia, son vinculantes para todos los operadores jurídicos dichos criterios de interpretación.

ASIMISMO, exhorta al Congreso de la República para que, dentro de un plazo razonable, reemplace la legislación correspondiente a fin de concordar el régimen jurídico de la cadena perpetua con lo expuesto en esta sentencia en los fundamentos jurídicos N.ºs 190 y 194 así como establezca los límites máximos de las penas de los delitos regulados por los artículos 2º, 3º, incisos b) y c); y 4º, 5º y 9º del Decreto Ley N.º 25475, conforme a lo expuesto en el fundamento jurídico N.º 205 de esta sentencia. Finalmente, a regular la forma y el modo como se tramitarán las peticiones de nuevos procesos, a los que se refieren los fundamentos 229 y 230 de esta sentencia.

Indica que esta sentencia no genera derechos de excarcelación para los procesados y condenados por la aplicación de las normas declaradas inconstitucionales en esta sentencia.

DISPONE la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* dentro de las 48 horas siguientes a su expedición, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 34º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; y su archivamiento.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REY TERRY
AGUIRRE ROCA
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

Lima, 03 de enero de 2003

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO **SEÑOR GUILLERMO REY TERRY**

NO ESTOY DE ACUERDO CON MIS HONORABLES COLEGAS EN LA PARTE DE LA SENTENCIA, QUE SE REFIERE, INNECESARIAMENTE, AL GOBIERNO DE DON AUGUSTO B. LEGUÍA, POR CUANTO DISCREPO DE LOS JUICIOS DE VALOR, QUE EN RELACIÓN AL REFERIDO MANDATARIO, SE ENCUENTRAN EN LA SENTENCIA.

EXP N.º 010-2002-AI/TC

LIMA

MARCELINO TINEO SILVA Y MAS DE 5,000 CIUDADANOS

**FUNDAMENTO DEL VOTO DEL MAGISTRADO
AGUIRRE ROCA**

En la demanda de inconstitucionalidad formulada contra los Decretos Leyes N.ºs 25475, 25659, 25708 y 25880, en el que se incluye su discrepancia respecto del artículo 13º, literales a) y c), del Decreto Ley N.º 25475, por considerar que ambos atentan contra las reglas del debido proceso.

Estando de acuerdo con el FALLO o parte dispositiva propiamente dicha de esta sentencia, he procedido a suscribirla, pues comparto el pronunciamiento detallado que en él se hace respecto de los artículos de los Decretos Leyes impugnados, con excepción del relacionado con el artículo 13º, literales a) y c), del Decreto Ley N.º 25475, respecto de los cuales mi voto es por la inconstitucionalidad. Sin embargo, debo dejar expresa constancia de que estimo que la llamada Ley Constitucional, del seis (6) de enero de 1993, que declara que los Decretos Leyes que motivan la demanda mantienen su vigencia mientras no sean "(...) revisados, modificados o derogados por el Congreso Constituyente Democrático", no puede retirar o borrar la inconstitucionalidad formal y congénita de los mencionados dispositivos, los mismos que, en consecuencia, siguen siendo —y siempre lo serán— inconstitucionales, por no reunir los requisitos mínimos y *sine qua non* que exige la constitucionalidad de los preceptos jurídicos en nuestro Estado de Derecho. Si en otra ocasión hubiese emitido opinión distinta, ahora la corrijo, pues me asiste la convicción de que lo mal nacido no puede mudar de naturaleza, por lo menos en el ámbito de la cuestión *sub-judice*.

Sin embargo, como la citada Ley Constitucional, de 06 de enero de 1993, ha declarado "vigentes" a los Decretos Leyes impugnados, este TRIBUNAL puede avocarse al examen de la compatibilidad, por el fondo, del articulado respectivo con la actual Constitución. Considero que el TRIBUNAL no se encuentra en la obligación de hacerlo, porque su cometido —que es su razón de ser— consiste en velar, dentro de su competencia, por el imperio de la Constitución, de modo que con la declaración de inconstitucionalidad solicitada, cumple ya con su deber, y puede dejar en manos de quien corresponda, la tarea de pronunciarse sobre la "vigencia" eventual de la norma declarada inconstitucional. Al respecto, valga recordar que el TRIBUNAL opera en el mundo del "deber ser", de la "validez" normativa, y no en el del "ser", que corresponde a la "eficacia", o "vigencia" del precepto. Los asuntos relacionados con la "eficacia" y la "vigencia" son problemas reales, de orden político, histórico o sociológico —insertos en el mundo del "ser", y no del "deber ser"— que toca resolver al gobierno, y, en su caso, al Legislativo, y no, por cierto, al TRIBUNAL. En cambio, la "validez", que es asunto distinto, pues está referido a la conformidad de la norma con la Constitución, y que se plantea, por tanto, en el mundo del "deber ser", sí constituye, por antonomasia, el problema propio de este Colegiado.

Empero, si bien el TRIBUNAL no está obligado, por lo dicho, a pronunciarse sino sobre la "validez" o

"constitucionalidad" (o "inconstitucionalidad") de la norma impugnada; cuando, como en el caso, la inconstitucionalidad detectada resulta de razones sólo formales, que no tocan —por definición— el contenido de las normas impugnadas, no existe, a mi juicio, impedimento constitucional para que, ampliando el radio de su análisis, aborde también el examen de la constitucionalidad, por el fondo, de las normas respectivas. Y menos puede existirlo cuando tales normas están vigentes y han venido aplicándose, ininterrumpidamente, desde su nacimiento hasta la fecha, y, además, no sólo cuentan con el aval —en cuanto a su "vigencia"— de una Ley Constitucional, sino que se encuentran en el ojo de la tormenta de un preocupante y crucial problema que afecta la paz social del país.

Por lo dicho, aunque a mi criterio este Colegiado podría haber concluido su tarea declarando inconstitucionales, por la forma, a los Decretos Leyes impugnados, estimo procedente y correcto que haya ingresado en el examen de la inconstitucionalidad, por el fondo, del articulado de los mismos. Tal es la razón que me lleva a suscribir la presente sentencia, pese a considerar, según aquí lo expreso, que la misión del TRIBUNAL pudo haber quedado cumplida con la simple declaración de inconstitucionalidad formal de los preceptos que han motivado la demanda de autos, la cual, sin embargo, no ha sido hecha en esta Sentencia.

SR.

AGUIRRE ROCA

**VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA REVOREDO
MARSANO RESPECTO AL ARTICULO 13º. INCISO A)
DEL DECRETO LEY N.º 25475.**

Discrepo con la resolución de constitucionalidad recaída en el art. 13 a) del D.L. 25475. Dicho dispositivo, impugnado en la demanda, establece que "... los detenidos serán puestos a disposición del juez penal QUIEN DICTARÁ EL AUTO APERTORIO DE INSTRUCCIÓN CON ORDEN DE DETENCIÓN EN EL PLAZO DE 24 HORAS, adoptándose las necesarias medidas de seguridad. Durante la instrucción no procede ningún tipo de libertad con excepción de la libertad incondicional".

En el fundamento N° 136 mis colegas aceptan que "podrían abrigarse ciertas dudas de inconstitucionalidad si el precepto se interpreta en su sentido literal", es decir, que el juez no tiene la opción de ordenar la libertad del sospechoso de terrorismo, sino que debe, necesariamente, ordenar la detención y dictar el auto de instrucción.

Buscan, entonces, una interpretación del mismo que sea constitucional. Interpretan, así, que la norma impugnada no dice lo que en verdad expresa en forma muy clara, sino más bien, lo que modificó y quiso suprimir.

En efecto, la mayoría indica a modo de interpretación que el art. 13 a) del Decreto Ley N.º 25475, arriba transcrito, "autoriza al juez penal a abrir instrucción si es que, formalizada la denuncia penal por el representante del Ministerio Público, concurren los requisitos establecidos en el artículo 77º del Código de Procedimientos Penales,

esto es, si considera que el hecho denunciado constituye delito, que se ha individualizado a su presunto autor y que la acción penal no haya prescrito, para lo cual el auto contendrá en forma precisa la motivación y fundamentos, y expresará la calificación de modo específico del delito o los delitos que se imputan al denunciado ...".

Si como interpretan mis colegas, la nueva norma –la impugnada– no pretendió modificar en nada a la antigua (CPP), no alcanzo a entender por qué ni para qué fue promulgada.

Es obvio que el legislador pretendió privar a los jueces de su potestad de decidir si en cada caso concreto procedía la libertad o la detención, y por eso reguló la obligatoriedad del juez de detener a todo denunciado por terrorismo y de abrirle instrucción, vulnerando con ello la autonomía jurisdiccional del Poder Judicial y los derechos fundamentales del denunciado.

Nótese que el inciso a) impugnado dispone que el juez penal "dictará el auto apertorio de instrucción con orden de detención en el plazo de 24 horas" ¿dónde está la frase o el resquicio que permita al juez ordenar la libertad?

Por otro parte, no estoy de acuerdo con la frase del fundamento N° 137 de que la "eventual inconstitucionalidad del inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N° 257475 puede perfectamente ser evitada si lejos de una interpretación literal ...". Considero que mi misión como magistrada del Tribunal Constitucional no es "evitar" la declaración de inconstitucionalidad de las normas, sino más bien, declarar tal inconstitucionalidad cuando así estime que procede.

Por otra parte, el art. 13° a) del Decreto Ley 25475 transcrito, en verdad, no deja opción al juez para ordenar la libertad del detenido, en los casos que considere ilegal el arresto o detención. No cabe la esperanza del arbitrariamente detenido de que el juez lo deje en libertad, por lo que el período de detención se prolonga inconstitucionalmente. En efecto, según la Constitución, los detenidos por terrorismo sólo pueden ser detenidos un máximo de 15 días antes de ser llevados ante un juez. Pero el constituyente lo dispuso así, en el entendimiento que ese juez, de inmediato, resolvería si la detención era o no era arreglada a derecho, a fin de garantizar la libertad personal. Si el juez, en cambio, está obligado a mantener la detención, se incumple la intención del constituyente y se vulnera la autonomía del poder judicial.

Mi voto es, entonces, por la declaración de inconstitucionalidad del inciso 13° a) del decreto ley N° 25475.

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA REVOREDO MARSANO RESPECTO AL ARTICULO 13°, INCISO C) DEL DECRETO LEY N.° 25475.

Los demandantes cuestionan la constitucionalidad del inciso "c", artículo 13° del D. Ley 25475, sosteniendo que, "con la prohibición al encausado de ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial se impide contradecir

lo afirmado por la policía, dándole al atestado el valor de prueba plena".

El texto legal de la citada norma, es el siguiente:

"Artículo 13.- Normas para la Instrucción y el Juicio. Para la instrucción y el juicio de los delitos de terrorismo a que se refiere el presente Decreto Ley, se observarán las siguientes reglas: (...) c). En la instrucción y en el juicio no se podrán ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial".

1.- En el fundamento N° 151 mis colegas expresan, respecto a la prohibición del artículo 13° c), que "No se trata de una prohibición generalizada, para interrogar a los testigos ... sino sólo circunscrita a quienes participaron en la elaboración del atestado policial, vale decir, a los miembros de la PNP". Pero ocurre que, precisamente, los testigos más importantes en estos casos, son los que intervinieron en el atestado policial y es obvio que el derecho de defensa no puede tener lugar en condiciones de plenitud si se impide de modo absoluto a alguna de las partes traer al proceso los medios justificativos o demostrativos de las propias alegaciones o los que desvirtúan las alegaciones de la parte contraria. En este caso, cuando no se permite contradicción de la prueba, se produciría una situación de indefensión material, constitucionalmente inadmisibles.

Siguiendo a César San Martín Castro, la actuación de las pruebas, en tanto derecho de configuración "legal", es posible que sea limitada por diversas consideraciones de relevancia "constitucional", y entonces sí cabe que la ley pueda instituir determinadas limitaciones o restricciones a la actuación de la prueba pertinente. Tal limitación nunca supone, sin embargo, su denegación absoluta, aun cuando se invoquen razones de seguridad o de protección de la integridad personal de los testigos o peritos (art. 2°, 1) de la Constitución). Estas razones no pueden conducir a impedir, de pleno derecho, que las partes interroguen a un efectivo policial, cuando éste intervino en una actuación de investigación concreta, especialmente si su versión constituye la noticia criminal e integra el fundamento fáctico de la acusación. Dentro de esta consideración, sin duda alguna, es factible que cuando existan razonables riesgos o peligros contra la seguridad o integridad de un testigo o perito, valorables por el órgano jurisdiccional, puedan articularse otras limitaciones y especificaciones para su protección, que respeten el derecho a la defensa.

2.- Mis colegas expresan en el fundamento 156 a) de la sentencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien declaró contrario a la Convención a este artículo 13° c), lo hizo porque se refería a un caso concreto (Castillo Petruzzi) y nosotros como Tribunal Constitucional, nos referimos de manera abstracta a la legislación; indican además, que la Corte se refirió a la violación conjunta con el derecho de ser asistido por un abogado antes de la manifestación.

En realidad, la Corte distinguió ambos impedimentos: "Por una parte", expresó, "se prohíbe el interrogatorio de

agentes, tanto de la Policía como de las Fuerzas Armadas que hayan participado en las diligencias de investigación. Por otra (parte) la falta de intervención del abogado defensor ...".

Considero que son 2 vulneraciones distintas y separadas al derecho de defensa. Mis propios colegas parecen pensarlo así, pues han tratado como temas distintos y separados el interrogatorio a los testigos (art. 13° c) y la prohibición de contar con abogado antes de la manifestación (art. 12°, f, del mismo decreto ley).

Respecto al derecho a ofrecer testigos, el art. 8°, 2) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos prescribe claramente que es una garantía mínima del proceso, el derecho de la defensa a "interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos".

3.- La mayoría de miembros del Tribunal Constitucional considera que la prohibición de interrogar a testigos se justifica porque es el modo de proteger a los miembros de la PNP que intervinieron en las investigaciones.

Pero ocurre que el Derecho Comparado nos ofrece técnicas de protección por parte del Estado a los testigos cuya vida o integridad física o psicológica está o puede estar amenazada. Una de esas técnicas consiste en permitir que los testigos intervengan sólo en la etapa de instrucción, actuándose un "incidente probatorio" del cual se sienta un acta, que servirá como prueba del testimonio. Otra técnica es la del video-conferencia, en la cual el testigo no es directamente confrontado con el sospechoso, pero rinde su declaración y ésta puede ser contradicha luego. Algunos países permiten que el testimonio sea rendido sólo ante el juez y el abogado del acusado, en privado y exigiendo estricta confidencialidad. También existen los programas de protección de testigos,

que les ofrecen total anonimato después de la declaración testimonial, protegiéndolos de eventuales venganzas por parte de los perjudicados con tal declaración. En nuestro país, en cierta medida, se ha brindado un tipo de protección parecida en los casos de "colaboración eficaz" con la justicia.

Como se ve, frente a la prohibición de ofrecer como testigos a quienes intervinieron en la elaboración del atestado, a fin de proteger a éstos de posibles venganzas, hay otros modos de protegerlos **que limitan en menor grado** el derecho a la defensa.

Lo expuesto significa, en principio, que no es posible una prohibición absoluta al derecho a la prueba pertinente, cuando caben soluciones intermedias para lograr la finalidad de la norma, por lo que el artículo 13° c) del decreto ley N.º 25475, **desde esa perspectiva y en mi opinión, carece de amparo constitucional**. Empero, igualmente, es constitucional incorporar precisas limitaciones a la actividad probatoria, en tanto no se impida de modo absoluto a la defensa interrogar a los testigos y contradecirlos, pues de lo contrario se lesionará el derecho de contradicción y la propia inmediación judicial, fundamentos esenciales de la regulación constitucional de la prueba.

El derecho legal a la prueba integra el contenido esencial del derecho constitucional de defensa (art. 139°, 14) de la Constitución) y no puede, en consecuencia, ser limitado en la forma que lo hace el art. 13 c) del decreto Ley N° 25475, por lo que, en mi opinión, éste es inconstitucional.

Por último no comparto lo expresado en el primer párrafo del fundamento 230 (vacatio sententiae)

Sra.

REVOREDO MARSANO

Exp. N° 0014-2002-AI/TC [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Abogados del Cusco. Se reafirma la constitucionalidad de la Ley N° 27600, Ley que suprime firma y establece proceso de reforma constitucional].

Fecha de Resolución: 21 de enero de 2002

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 25 de enero de 2003

Resumen: La demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 27600 permitió al Tribunal Constitucional (TC) establecer una serie de precisiones y pautas interpretativas en lo que a reforma constitucional se refiere.

Así, en uno de los extremos de la demanda se alegó que el mandato encomendado a la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República para que se proponga un Proyecto de Ley de Reforma Total de la Constitución debía ser aprobado mediante ley orgánica y no a través de una simple ley ordinaria. Al respecto, el Tribunal señaló que el artículo 106° de la Constitución delimita claramente las materias que pueden ser objeto de regulación mediante una ley orgánica; a saber: la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como aquellas materias cuya regulación mediante esta fuente del Derecho se encuentre expresamente prevista por la misma Carta, y que, en concreto, se refiere a lo regulado por los artículos 31°, 66° y 200° de la Constitución. Por lo que al no ser factible que Ley N° 27600 hubiese sido aprobada como ley orgánica, el Colegiado desestimó este extremo de la demanda.

El segundo tema planteado por el demandante estuvo vinculado con los efectos jurídicos de lo regulado en el artículo 1° de la Ley N° 27600, que establecía lo siguiente: "Suprimase la firma de Alberto Fujimori del texto de la Constitución Política del Estado de 1993, sin perjuicio de mantener su vigencia, en aplicación de la Resolución Legislativa N° 009-2000-CR, que declaró su permanente incapacidad moral y, en consecuencia, la vacancia de la Presidencia de la República". A juicio del demandante, dicho dispositivo traía como consecuencia la "despromulgación" de la Constitución de 1993, cancelando el acto mismo de promulgación.

El Tribunal opinó que la supresión de la firma del ex presidente Alberto Fujimori era jurídicamente viable y de ningún modo borraba los efectos, en lo simbólico que pueda tener su firma, de la promulgación de la Constitución de 1993. En primer lugar, porque ninguna ley puede borrar los hechos que sí ocurrieron, y ocurrió que la Constitución fue promulgada por el CCD y que ella fue firmada por Alberto Fujimori. En segundo lugar, porque la justificación o causa para retirar la firma de Alberto Fujimori, según la ley impugnada, es su incapacidad moral, la misma que fue declarada 6 años después que el Presidente suscribiera la Constitución: su incapacidad moral –al tiempo de suscribir la Constitución– no está, pues, declarada por ley alguna.

De otro lado el demandante también alegó que el artículo 2° de la Ley N° 27600 establecía un procedimiento de reforma total de la Constitución, hecho que de acuerdo a su consideración debía ser obra de una Asamblea Constituyente y no de un poder constituido.

Dicho artículo 2° establecía que: "La Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales propondrá un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú y en particular el texto de la Constitución de 1979. Tras su aprobación por el Congreso será sometido a referéndum. De ser aprobado quedará abrogada la Constitución de 1993".

En tal sentido, el Tribunal expresó que el cuestionamiento respecto de los alcances totales o parciales de una reforma constitucional resultaba ser prematuro, *nom nata*, dado que, en puridad, la norma impugnada, sólo se limita a autorizar a la Comisión de Constitución,

Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República a “proponer un proyecto” de reforma total de la Constitución, más no aprueba reforma constitucional alguna. Sin embargo, consideró que en razón a la labor que se le ha confiado de pacificar los conflictos jurídico-políticos, y en ejercicio de su función orientadora a los órganos del Estado sobre lo que deben hacer u omitir, debía analizar si lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley N° 27600 era o no constitucional. Por tanto, precisó que tal pronunciamiento no estaría referido al contenido mismo de la reforma, sino solo a la posibilidad de su realización.

Dentro de este marco, el TC se planteó las siguientes interrogantes: ¿puede reformarse totalmente la Constitución? ¿Tiene el Congreso de la República capacidad, *per se*, para efectuar la reforma total de la Constitución? ¿Puede un poder constituido, después de haberse aprobado la reforma total de la Constitución, ordenar la abrogación de la Constitución que le confiere la competencia de reformar?

Así, refirió que el artículo 206° de la Constitución ha encargado la competencia (jurídica) de reformar la Constitución a dos poderes constituidos: al Congreso de la República y al pueblo. Apuntó, además que el artículo 206° de la Constitución no señala los alcances de la reforma constitucional, por lo que consideró que, tratándose de una competencia jurídica, debe entenderse que la reforma solo puede tener alcances parciales. Siendo éste el sentido en el que debe entenderse la expresión ley de reforma constitucional que utiliza el mismo artículo 206°.

Sin embargo, señaló que si bien el artículo 206° de la Carta esencialmente alude a la competencia de la reforma parcial de la Constitución, el artículo 32° ha constitucionalizado la posibilidad de que la reforma constitucional pueda ser total. Lo que significa, en principio, que si la competencia de reformar parcialmente la Constitución tiene límites, de cuya observancia depende su validez, éstos no pueden extenderse a la hipótesis de la reforma total.

En este aspecto, precisó que 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; y, en ese sentido, aclaró que no es lo mismo hablar de la constitucionalización de la función constituyente, prevista en el artículo 32° de la Constitución de 1993, a que se haya constitucionalizado el poder constituyente. La primera alude a una capacidad, la de reformar totalmente la Constitución o, lo que es lo mismo, la autorización de instaurar un nuevo orden constitucional. La segunda, en cambio, al sujeto u al órgano titular de esa función, esto es, al Poder que está autorizado a llevarla a cabo.

Ahora bien, si la reforma total de una Constitución es posible, quién debe efectuarla: ¿el Congreso de la República? o, acaso, ¿una Asamblea Constituyente expresamente convocada para tal efecto? El Tribunal Constitucional precisó que, el Congreso de la República, en cuanto poder constituido, *per se*, no puede aprobar una Constitución distinta, pues sólo el Poder Constituyente está autorizado para llevar a cabo el ejercicio de una función semejante.

Por otro lado, expresó también que, una cosa es que el Congreso de la República, en cuanto poder constituido, no pueda ejercer la función constituyente y, por lo tanto, se encuentre impedido de aprobar *per se* una Constitución, sustituyendo a la que le atribuye sus propias competencias; y otra cosa muy distinta es que, en cuanto órgano de representación de la voluntad general, pueda proponer un “proyecto” de Constitución, para que sea el Poder Constituyente quien decida, en cuanto fuente originaria del poder, si la acepta o rechaza. Por tanto, en un ordenamiento como el nuestro donde se ha constitucionalizado la función constituyente, el proyecto de una Constitución puede ser elaborado por el Congreso de la República para posteriormente someterlo a la decisión del soberano a través del referéndum.

En tal supuesto, precisó el Tribunal que 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.

De allí que remarcará el Colegio que la elaboración del proyecto de la nueva Constitución en sede parlamentaria necesaria e inexorablemente deba concluir con su sometimiento a referéndum, so pena de declararse la inconstitucionalidad de dicho proceso.

Temas Claves: Poder constituido - poder constituyente - poder de reforma - promulgación de la ley - referéndum - reforma constitucional - Constitución Política de 1993.

EXP. N.º 014-2002-AI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DEL CUSCO
LIMA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de enero del año 2002, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, con el Voto Singular del Magistrado Aguirre Roca, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N.º 27600.

ANTECEDENTES

El demandante sostiene que el Congreso de la República, en virtud de la Ley N.º 27600, se está arrogando atribuciones que son propias del poder constituyente originario, inalienable e intransferible, pues bajo el membrete de "reforma total", pretende estatuir una nueva Constitución. Señala que la actual Carta Política no le ha conferido al Congreso la facultad de abrogarla y sustituirla por otra, sino solamente la de modificarla; es decir, le ha otorgado la posibilidad de actuar como un poder constituyente derivado, por lo que, en realidad, lo que el Parlamento está intentando realizar es dar un golpe de Estado. Aduce que la Constitución no ha establecido ningún trámite para que el Congreso efectúe una nueva Constitución, sino solamente para reformarla, pero manteniendo su identidad y continuidad, por lo que un análisis minucioso y doctrinario no puede dejar de lado que el poder de reforma sólo permite modificarla parcialmente, más aún si se considera que se puede reformar la Constitución en cualquiera de sus materias, salvo en las indicadas en el último párrafo del artículo 32º de la Carta Magna vigente. Afirmar que la facultad de dictar una nueva Constitución es exclusiva del pueblo, a través de una Asamblea Constituyente, elegida expresamente con dichas facultades.

De otro lado señala que, al haberse aprobado la Ley N.º 27600 por solamente 53 votos en favor, se ha violado la Constitución en cuanto a la forma, por cuanto no se ha cumplido con el procedimiento de aprobación de una ley orgánica.

Finalmente el demandante, incidiendo en la diferenciación entre promulgación y publicación de las leyes, afirma que

al haberse retirado la firma del texto constitucional lo que se ha ocasionado es la despromulgación de la Carta Política Fundamental.

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda indicando que el único procedimiento establecido en la Constitución que permite la reforma constitucional es el recogido en el artículo 206º y que sólo respetando tal procedimiento puede ser válida la reforma; únicamente de esta manera se observaría el principio de continuidad o estabilidad de nuestro ordenamiento jurídico. Señala que el poder reformador del poder constituyente no es la única alternativa para una reforma total de la Constitución, pues una interpretación sistemática de los artículos 32º y 206º permite sostener que también se le ha conferido dicha facultad al Congreso de la República. Asimismo afirma que la reforma total o parcial de la Constitución a cargo del poder legislativo, prevista en su propio texto, es consecuencia de la voluntad libre y autónoma del poder constituyente. Agrega que el segundo párrafo del artículo 32º de la Constitución no ha sido establecido para aquellos casos referidos al referéndum constituyente, sino para los que tengan por objeto consultar a la ciudadanía sobre normas específicas de rango infraconstitucional, de carácter tributario y presupuestal, o sobre los tratados internacionales en vigor.

En cuanto a la prohibición de someter a referéndum la supresión o disminución de los derechos fundamentales de la persona, el demandado indica que tal prohibición atañe tanto al referéndum constitucional como al legal, en atención a que tales derechos constituyen un núcleo de identidad personal y moral que ni el proceso político ni las normas jurídicas están éticamente autorizados a ignorar y que, por lo demás, se encuentran reconocidos internacionalmente. La propuesta de convocar a una Asamblea Constituyente para plasmar una nueva Carta Fundamental no tiene sustento en la Constitución, pues el artículo 45º de dicho texto es claro en esta materia al establecer que el poder, incluyendo al de naturaleza constituyente, sólo puede ejercerse dentro de los límites que prevé la Constitución y la ley. Refiere que el referéndum es el mecanismo que la Constitución ha previsto para otorgar a las reformas la legitimidad política necesaria que garanticen su perdurabilidad.

Por otra parte, afirma que el número de votos necesarios para la aprobación de la Ley N.º 27600 no tuvo porqué ser análogo al número de votos necesarios para aprobar una ley orgánica.

Finalmente enfatiza que el retiro de la firma del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori del texto de la

Constitución de 1993 constituye un gesto político necesario para la moral pública, en aplicación de la Resolución Legislativa N.º 009-2000-CR, que declaró su permanente incapacidad moral para gobernar, acto que sin embargo no afecta la vigencia de la Constitución de 1993.

FUNDAMENTOS

I. EL PETITORIO DE LA DEMANDA

1. El demandante solicita se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 27600 sobre la base de los siguientes fundamentos:

- a) Que dicha ley fue aprobada sin cumplir los requisitos establecidos para una ley orgánica, la cual es el instrumento jurídico requerido para canalizar el proceso de reforma.
- b) Que el artículo 1º de la Ley N.º 27600 “despromulga” la Constitución de 1993, al haber retirado la firma del Presidente de la República que la promulgó;
- c) Que el artículo 2º de la Ley N.º 27600 establece un procedimiento de reforma total de la Constitución, lo que consideran debe ser obra de una Asamblea Constituyente y no de un poder constituido; y,
- d) Que con la excusa de reformar la actual, el Congreso de la República pretende dictar una nueva Constitución.

II. LA FUENTE LEGAL COMPETENTE PARA AUTORIZAR EL ESTUDIO DE UN PROYECTO DE REFORMA TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN (Primer fundamento del petitorio)

2. El primer cuestionamiento a la validez constitucional de la Ley N.º 27600 hace referencia a los eventuales vicios de procedimiento en su aprobación, pues, considera el demandante, al haberse aprobado con una votación favorable de 53 congresistas, se ha transgredido el segundo párrafo del artículo 106º de la Constitución, que establece que los proyectos de ley orgánica “se tramitan como cualquier ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso”.

Alega que, si se autoriza la elaboración de un anteproyecto de ley de reforma total de la Constitución, que incidirá en la regulación de la estructura y funcionamiento de los órganos del Estado previstos en la Norma Fundamental, ella debió aprobarse mediante una ley orgánica.

3. El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio. Sin embargo, antes de precisar sus razones, es necesario detenerse en el análisis de un argumento que, aunque no se encuentra planteado, puede inferirse del tenor de la demanda. En efecto, si la impugnación contra la Ley N.º 27600 no es entendida en sus justos términos puede conducir al absurdo de sugerir, o desembocar en la idea de que cualquier reforma que afecte a uno de los órganos del Estado -prevista en la Constitución-, para ser válida sólo requeriría aprobarse mediante una ley orgánica y no a través de una reforma constitucional, de acuerdo con el artículo 206º de la Norma Fundamental.

4. Tal supuesto es inadmisibles, ya que ningún poder constituido, con excepción de la reforma constitucional, tiene competencia para alterar en absoluto la Constitución. Cualquier capacidad para modificar, suprimir o adicionar una o varias disposiciones constitucionales pasa porque estos mecanismos se aprueben según el procedimiento establecido en el artículo 206º de la Constitución. Y es que es indubitable que en un sistema jurídico que cuenta con una Constitución rígida, ninguna ley o norma con rango de ley (como las leyes orgánicas) tiene la capacidad para reformar, modificar o enmendar parte alguna de la Constitución.

5. No parece, sin embargo, que ese sea el sentido de la impugnación planteada contra la Ley N.º 27600. El propósito de la demanda parece estar destinado a exigir que el mandato encomendado a la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso debe ser aprobado mediante ley orgánica y no a través de una simple ley ordinaria.

6. El Tribunal tampoco comparte dicho criterio. En efecto, el artículo 106º de la Constitución de 1993 delimita claramente las materias que pueden ser objeto de regulación mediante una ley orgánica. A saber: la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado, previstas en la Constitución, así como aquéllas cuya regulación mediante esta fuente del derecho se encuentre expresamente prevista por la misma Carta, y que, en concreto, se circunscriba a lo regulado por los artículos 31º, 66º y 200º de la Constitución.

7. En efecto, la Norma Fundamental impone al legislador ordinario ciertos límites, no sólo de carácter procedimental o material, sino incluso de orden competencial. Así, por ejemplo, que determinadas fuentes, como la ley orgánica, sólo son capaces de regular determinadas materias. Aquéllas, precisamente, para las cuales se ha previsto una reserva de ley orgánica; o, formulada de modo inverso, que las materias establecidas en el artículo 106º y las conexas, únicamente pueden ser reguladas mediante determinada fuente del Derecho.

8. El Tribunal Constitucional destaca que esa reserva de ley orgánica no es un tema que, por analogía, pueda extenderse a otras materias no previstas en tal dispositivo. Y es que, como sucede con toda reserva de ley, de las que naturalmente no escapa la ley orgánica, ésta siempre es expresa y nunca implícita.

9. Es evidente que la Ley N.º 27600 no pretende regular la estructura y organización de un órgano constitucional o de relevancia constitucional. Mediante ella el Congreso de la República sólo ha encargado que una de sus comisiones -la de Constitución, Acusaciones Constitucionales y Reglamento- proponga un proyecto de reforma total de la Constitución.

10. En ese sentido, y contra lo que se afirma erróneamente en la demanda, el Tribunal Constitucional considera que si la Ley N.º 27600 hubiese sido aprobada como ley orgánica, ésta habría tenido que ser declarada inconstitucional. Ello porque mediante leyes orgánicas no es posible legislar

otras materias que las que el propio artículo 106° de la Constitución prescribe (incluyendo, desde luego, sus remisiones a otros preceptos constitucionales).

11. Finalmente, no está de más recordar que el encargo del Congreso de la República a una de sus comisiones para que proponga un mero Proyecto de Ley de Reforma Total de la Constitución no requiere de autorización previa mediante una ley ordinaria, dado que la elaboración de un proyecto, cualquiera sea la materia que se trate, es un tema que incumbe al Congreso de la República y, como es obvio, su tratamiento ya se encuentra regulado en su Reglamento, que también es una fuente que tiene rango de ley.

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Constitucional considera que este primer aspecto de la pretensión debe desestimarse.

III. LA "DESPROMULGACIÓN" DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y EL RETIRO DE LA FIRMA DEL EX-PRESIDENTE ALBERTO FUJIMORI (Segundo fundamento del petitorio)

12. El segundo tema planteado por el demandante tiene que ver con los efectos jurídicos de lo regulado en el artículo 1° de la Ley N.º 27600. Dicho dispositivo legal establece lo siguiente:

"Suprímese la firma de Alberto Fujimori del texto de la Constitución Política del Estado de 1993, sin perjuicio de mantener su vigencia, en aplicación de la Resolución Legislativa N.º 009-2000-CR, que declaró su permanente incapacidad moral y, en consecuencia, la vacancia de la Presidencia de la República".

13. El demandante considera que este dispositivo es inconstitucional, ya que uno de los efectos jurídicos del artículo 1° de la Ley N.º 27600 sería la "despromulgación" de la Constitución de 1993; ello porque, al retirarse la firma de quien ejercía la Presidencia de la República en el momento en que aquélla se promulgó, se cancelaría el acto mismo de promulgación.

§1. La promulgación de la Constitución de 1993

14. El artículo 136° del Decreto Ley N.º 25684, Ley de Elecciones para el Congreso Constituyente Democrático, dispuso que se considerara a dicho órgano, "por su naturaleza emanada del voto popular", como "soberano y autónomo respecto de los otros poderes del Estado". Éste tenía como finalidades "Elaborar y aprobar el texto de la nueva Constitución Política del Perú, definiendo la estructura, carácter y composición del futuro Poder Legislativo", así como "ejercer la función legislativa, con las atribuciones y facultades establecidas por la Constitución Política de 1979 para el Congreso de la República y las Cámaras Legislativas, en cuanto sean aplicables y procedentes de acuerdo con la presente Ley" (Art. 138, incisos 1) y 2).

15. El artículo 147° del referido decreto disponía que "El texto de la nueva Constitución Política que apruebe el Congreso Constituyente Democrático, será sometido a referéndum para su ratificación, según el procedimiento

que se fije por ley expresa. La promulgación de la Constitución Política la realiza el Presidente Constitucional de la República, luego que el Jurado Nacional de Elecciones publique los resultados del referéndum".

16. A su vez el artículo 148° del decreto en mención señalaba que "Si del resultado del referéndum no se ratificara el texto que le es sometido, el Congreso Constituyente Democrático procederá a reformular el mismo. El texto reformulado –agregaba–, será sometido a un segundo referéndum. De repetirse el resultado, el Poder Ejecutivo efectuará las rectificaciones correspondientes dejándolo expedito para su promulgación". La acotada norma, posteriormente, fue modificada por el artículo 1° del Decreto Ley N.º 25686, y su redacción final fue de la siguiente forma: "Si del resultado del referéndum no se ratificara el texto que le es sometido, el Congreso Constituyente Democrático procederá a reformular el mismo. El texto reformulado será sometido a referéndum".

17. Por otro lado, el artículo 1° de la Ley Constitucional de fecha 1 de setiembre de 1993 disponía que, "a efectos de conocer la voluntad del pueblo peruano respecto del nuevo texto constitucional aprobado por el Congreso Constituyente Democrático", "procedase a realizar un referéndum". Su artículo 3° señalaba que "Se considerará ratificada la nueva Constitución si los votos por el SÍ superan a los del NO".

Finalmente, la Decimosexta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 señalaría que, "Promulgada la presente Constitución, sustituye a la del año 1979". En suma, el artículo 147° del Decreto Ley N.º 25684, esto es, una norma dictada por el gobierno de facto, señalaba que la promulgación de la Constitución Política la realiza(ría) el Presidente Constitucional de la República.

18. A juicio del Tribunal Constitucional, una disposición semejante es inocua desde un punto de vista jurídico-constitucional, fundamentalmente por dos razones:

a) Por la propia naturaleza del denominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, éste no podía regular y limitar la actuación de un Poder Constituyente, como lo fue el Congreso Constituyente Democrático. Es decir, no podía condicionar a que la futura obra de dicho órgano tuviese que ser promulgada por un poder constituido; y,

b) El artículo 147 del Decreto Ley N.º 25684 condicionaba a que la promulgación de la nueva Constitución la realizase el Presidente Constitucional de la República, *status* que, desde el 5 de abril de 1992, perdió el Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori.

19. Por la consideración expuesta, la comunicación transmitida al gobernante de facto de ese entonces, con fecha 20 de diciembre de 1993, en virtud de la cual el Presidente del CCD y los miembros de su Junta Directiva, disponían que: "Comuníquese al Señor Presidente de la República para su promulgación", debe entenderse como el envío para que este último ordene la publicación de la Constitución de 1993.

§2. Promulgación de la Constitución y promulgación de la ley

20. Los demandantes sostienen que la promulgación de la ley tiene un carácter análogo a la promulgación de la Constitución. Sobre la materia es factible señalar lo siguiente:

21. La promulgación de la ley, según el artículo 108° de la Constitución, es realizada por el Presidente de la República, dentro del plazo de quince días desde que ésta es remitida por el Congreso de la República.

Dicha promulgación forma parte del procedimiento legislativo, ya que pertenece a la fase integradora de su eficacia, conjuntamente con la publicación. Quien lo hace, por ese mero hecho, no participa en el ejercicio de la función legislativa, pues como dispone el mismo artículo 108° de la Constitución, el Presidente de la República promulga "la ley aprobada según lo previsto por la Constitución" [Cf. Serio Galeotti, *Contributo alla Teoria del procedimento legislativo*, Giuffrè editore, Milano, 1985, Pág. 288 y ss.]. Esto es, la ley tiene la condición de tal una vez que ha quedado sancionada por el propio Congreso de la República, y no porque ella haya sido promulgada por el Presidente de la República. Sin embargo, la sola sanción de la misma no basta para que ella rija y, por consiguiente, sea obligatoria, ya que como lo disponen los artículos 108° y 109° de la Constitución, es necesario que ésta sea promulgada y publicada.

22. Mediante la promulgación de la ley, el Presidente de la República certifica su existencia, esto es, corrobora que se ha seguido el procedimiento constitucional para su elaboración (Domingo García Belaunde, "Sanción, promulgación y publicación de la Constitución de 1979", en *Lecturas sobre temas constitucionales*, CAJ, Lima, 1990, Pág. 26 y ss); Asimismo, mediante ella el Presidente de la República da fe de que el texto de la ley es efectivamente el que el Congreso de la República ha aprobado y sancionado.

Finalmente, la promulgación contiene el mandato para que se publique y sea cumplida por todos. [Nicolás Pérez Serrano, "Las erratas en las leyes", en *Escritos de Derecho Político*, T. II, INAP, Madrid 1984, Pág. 858-859].

23. El acto de promulgación se realiza en la autógrafa de la ley. Ésta, por su propia naturaleza, agota todos sus efectos en el acto mismo en que se realiza.

Por lo tanto, la promulgación de la ley no impide que pueda ser sometida a un control de constitucionalidad formal, esto es, que pueda ser evaluado el procedimiento de su aprobación señalado en la Constitución y en el Reglamento Parlamentario, so pretexto de que el Presidente lo hizo en el acto de la promulgación [Stefano María Cicconetti, "Promulgazione e pubblicazione delle legge", en *Enciclopedia del Diritto*, T. XXXVII, Varesse 1988, Pág. 100 y ss]. En ese sentido, la promulgación no tiene carácter constitutivo, sino meramente declarativo.

24. Por otro lado, es conveniente advertir que su obligatoriedad no depende exactamente de su

promulgación, sino que se deriva directamente de los artículos 51° y 109° de la Constitución, el último de los cuales señala que "La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial".

En razón de lo expuesto, la obligatoriedad de la ley es únicamente consecuencia de su publicación en el diario oficial.

25. Como expone Juan José Solazabal Echevarría ["Sanción y promulgación de la ley en la Monarquía parlamentaria", en *Revista de Estudios Políticos*, N.º 55, 1987, pág. 379], la promulgación "es un acto debido, de carácter declarativo, por consiguiente, no constitutivo de la ley, perteneciente, dentro del procedimiento legislativo, a la fase integradora de la eficacia y que se verifica por medio de una fórmula donde se contiene, en primer lugar, la proclamación formal de la ley como tal ley y, en segundo lugar, el mandato... de su publicación".

26. ¿Cabe extrapolar dicha doctrina para el caso de la promulgación de la Constitución y afirmar, como lo hacen los demandantes, que con el retiro de la firma del ciudadano japonés Alberto Fujimori Fujimori, la Constitución de 1993 quedó despromulgada?

El Tribunal Constitucional considera que, detrás de tal objeción, se oculta una particular perspectiva del significado y valor del acto de la promulgación. Como indica Santamaría Pastor (*Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1988, Pág. 562), el valor que a ella se le ha brindado es múltiple, y obedece, en sus primeras construcciones doctrinales, a la lucha entre el principio democrático y el principio monárquico.

En efecto, para un primer grupo de autores, "dicha fórmula no sería sino la materialización externa del acto de sanción real (en los regímenes republicanos, de la decisión presidencial de no ejercer su derecho de veto)".

Para un segundo grupo, "consistiría en una orden de ejecución de la ley, la que la haría ejecutoria y de obligado cumplimiento para los ciudadanos (por cuanto el Jefe de Estado expresaría así la voluntad de éste en su conjunto) y para la Administración y los jueces (que, conforme ocurría en el Antiguo régimen, se conciben como autoridades exclusivamente dependientes del Rey, único que les obliga con sus órdenes)".

Para un tercer grupo, "la promulgación sería un acto de reconocimiento de la adopción de la ley por el Parlamento y de certificación o autenticación de su texto". Y para un cuarto grupo, "se confundiría con la publicación (sería, en definitiva, la orden de publicación de la ley)".

27. El Tribunal Constitucional considera que la promulgación de una Constitución, por su propia naturaleza, es un asunto que sólo lo puede realizar el poder constituyente. Y cuando dicho poder ordena que la promulgación de la nueva Constitución la realice un poder constituido, este mandato no tiene sino un valor simbólico, que no afecta en nada a su obra.

28. Por todo ello, la supresión de la firma del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori es jurídicamente viable y de ningún modo borra los efectos, en lo simbólico que pueda tener su firma, de la promulgación de la Constitución de 1993. En primer lugar, porque ninguna ley puede borrar los hechos que sí ocurrieron, y ocurrió que la Constitución fue promulgada por el CCD y que ella fue firmada por Alberto Fujimori Fujimori. En segundo lugar, porque la justificación o causa para retirar la firma del Alberto Fujimori, según la ley impugnada, es su incapacidad moral, la misma que fue declarada 6 años después que el Presidente suscribiera la Constitución: su incapacidad moral –al tiempo de suscribir la Constitución- no está, pues, declarada por ley alguna.

29. En suma, el Tribunal Constitucional considera que la promulgación de la Constitución de 1993, por el Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, jurídicamente es irrelevante, pues éste no tenía, en diciembre de 1993, la condición formal de Presidente "Constitucional" de la República. Por consiguiente, la supresión de la firma de Alberto Fujimori en el texto de la Constitución de 1993, constituye un acto jurídico lícito que no tiene el efecto de "despromulgarla".

IV. LA REFORMA TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN (Tercer fundamento del petitorio)

30. El demandante alega que el artículo 2° de la Ley N.° 27600 autoriza la reforma total de la Constitución, lo que juzga incompatible con la Norma Suprema, pues ésta sólo autorizaría la reforma "parcial". Al respecto, el artículo 2° de la ley impugnada señala que:

"La Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales propondrá un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú y en particular el texto de la Constitución de 1979. Tras su aprobación por el Congreso será sometido a referéndum. De ser aprobado quedará abrogada la Constitución de 1993".

31. Pese a que la controversia se ha planteado (y desarrollado) en torno a los alcances de la reforma constitucional, lo primero que tiene que expresar este Tribunal es que aquella, vistas bien las cosas, es una problemática prematura, *nom nata*. En efecto, el artículo 2° de la Ley N.° 27600 no pretende plantear como problema si la reforma puede tener alcances totales o parciales: dicho dispositivo no aprueba reforma constitucional alguna. En puridad, sólo se limita a autorizar a la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República a "proponer un proyecto" de reforma total de la Constitución.

Como antes se ha anotado, la autorización para que una de las Comisiones del Congreso de la República se dedique al estudio y diseño de un proyecto de ley, cualquiera sea la materia sobre la que verse, no es un asunto vedado por la Constitución.

Antes bien, según señala el artículo 105° de la Constitución, "Ningún proyecto de ley puede sancionarse

sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso de la República". Y según establecen los artículos 72° y 73° del mismo Reglamento, la aprobación de leyes de reforma constitucional debe realizarse de conformidad con el procedimiento legislativo, que incluye su estudio en Comisiones. No en cualquier clase de comisiones, sino, como señala el artículo 77° del mismo Reglamento, en aquélla que le corresponda en aplicación del criterio de especialización. Y lo razonable, si es que la opción adoptada ha sido que una Comisión del Congreso realice la tarea de proponer un Proyecto de Ley de Reforma Total de la Constitución, es que esa Comisión no sea otra que la de Constitución, Acusaciones Constitucionales y Reglamento del Congreso de la República.

32. Las razones anteriormente expuestas servirían para desestimar, en este extremo, la controversia sometida al Tribunal Constitucional. Sucede, sin embargo, que ampararse en ese criterio para rehuir las cuestiones sustantivas que se han planteado, supondría una inadmisibles falta de consideración con las partes en el presente proceso y, principalmente, con la sociedad, que está a la expectativa de lo que pueda sostener este Tribunal sobre su futuro constitucional.

33. En efecto, este Tribunal, en una acción de inconstitucionalidad, debe tener en consideración que a él se le ha confiado constitucionalmente la función de pacificar los conflictos jurídico-políticos, clarificando y "fomentando el desarrollo del derecho objetivo", al mismo tiempo de ejercer una labor de "orientación a los órganos del Estado sobre lo que deben hacer u omitir, es decir, cómo debe ser en futuras situaciones típicas su comportamiento conforme a la Constitución" (Jutta Limbach, "Función y significado del recurso constitucional en Alemania", en *Cuestiones Constitucionales, Revista mexicana de derecho constitucional*, N.° 3, México 1999, pág. 73).

34. En consecuencia, el Tribunal Constitucional decide analizar si lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley N.° 27600 es o no constitucional.

Es conveniente señalar que este pronunciamiento no está referido al contenido mismo de la reforma, sino sólo a la posibilidad de su realización, pues es claro que entre tanto éstas no hayan sido aprobadas, este Tribunal no está en la capacidad de poder efectuar forma de control alguno.

35. El Tribunal Constitucional es, además, competente para evaluar la constitucionalidad o no de ciertas disposiciones que, eventualmente, mediante una reforma parcial, se puedan introducir, pues si bien el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución no prevé expresamente las leyes de reforma constitucional como objeto de la acción de inconstitucionalidad, también es verdad que ésta se introduce al ordenamiento constitucional mediante una ley y, además, porque el poder de reforma de la Constitución, por muy especial y singular que sea su condición, no deja de ser un auténtico poder constituido y, por lo tanto, limitado.

36. El problema, entonces, es el siguiente: ¿puede reformarse totalmente la Constitución? ¿Tiene el Congreso de la República capacidad, *per se*, para efectuar la reforma total de la Constitución? ¿Puede un poder constituido, después de haberse aprobado la reforma total de la Constitución, ordenar la abrogación de la Constitución que le confiere la competencia de reformar?

Previamente, antes de ingresar al análisis de los cuestionamientos precedentes, consideramos necesario referirnos a los antecedentes que se registran en la historia republicana del Perú en torno a este problema.

V. El Poder Constituyente, la Constitución y la Reforma Constitucional en la historia republicana del Perú

37. El origen de nuestra vida republicana está estrechamente ligado con nuestra historia constitucional. Como afirmara Jorge Basadre, al referirse a la Declaración de Independencia Nacional, las palabras del General San Martín, autoproclamado Protector del Perú, en torno a nuestro carácter "libre e independiente", simbolizaron la nueva forma que desde ese instante asumía el país y el salto audaz que éste emprendía.

Esa República, "libre e independiente", sustentada en la "justicia de su causa", aprobó sus "Bases de la Constitución Política" el 17 de diciembre de 1822, y posteriormente su primera Constitución, la de 1823, y desde entonces ha permanecido fiel a los principios políticos y sociales de organización de un Estado democrático.

Las Bases de la Constitución de 1822, como expresa García Belaunde, en realidad no eran una Constitución, sino (contenía) los principios sobre los cuales se aprobaría(n) la(s) futura(s) Constitución(es) [Domingo García Belaunde, "Los inicios del constitucionalismo peruano (1821-1842)", en *Revista Ayer*, N.º. 8, Madrid 1992, Pág. 150].

Es allí donde surgen los primeros contenidos de la Constitución histórica del Perú. A saber, que la soberanía reside en el pueblo (artículo 2º), que su forma de gobierno es republicana (artículo 4º) y representativa (artículo 7º); que en ella ocupan un lugar privilegiado el reconocimiento y promoción de los derechos fundamentales del ser humano (artículo 9º) y que éste se sustenta en la separación de funciones estatales.

38. No obstante ello, a lo largo de toda nuestra historia republicana se han sucedido diversas constituciones. Como expresara Manuel Vicente Villarán ["La Constitución de 1828", en *Páginas Escogidas*, P.L. Villanueva, Liman 1962, Pág. 45], hemos vivido "haciendo y desahaciendo constituciones". En efecto, en 181 años, la República se ha regido formalmente por 12 constituciones, una por cada 15 años, en promedio.

39. Detrás de esa práctica, subyace implícita una idea errada: que la Constitución, antes de ser una norma que contiene los principios y valores cívicos, políticos y éticos más importantes de nuestra sociedad, cuyo cumplimiento se aspira a alcanzar, es en realidad un plan de gobierno. Los estragos de ese modo de ver las cosas, no son menos

dramáticos, pues una vez finalizado el régimen en cuyo interregno se dio la nueva Constitución, ésta sucumbía con aquél.

Y cuando ello no ha sido así, el acto de darnos una nueva Constitución ha sido consecuencia de su falta de legitimidad, pues a su amparo se pretendieron legitimar golpistas y gobernantes de facto, que no dudaron en supeditar la Norma Fundamental a los espurios decretos leyes que en ese contexto se expedían y que sostenían con la fuerza de las armas [Domingo García Belaunde, "Bases para la historia constitucional del Perú", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N.º 98, México 2000, Pág. 547 y ss. Idem, *Las constituciones del Perú*, Ministerio de Justicia, Lima 1993, Pág. 9].

40. La situación precedente a la dación de la Constitución de 1993 no dejó de observar cierta similitud con el pasado. Así, la Constitución de 1993 se dictó con el objeto de legitimar un golpe de Estado y "revestir" de legalidad al gobernante de facto, a través de un referéndum de muy dudosa legitimidad. Ella se expidió no tanto por deseos del dictador, sino como consecuencia de la presión de la opinión pública y de los organismos internacionales.

Cancelado el régimen autoritario en noviembre del año 2000, en una muestra evidente de madurez cívica y constitucional del pueblo y sus autoridades, no se ha seguido la opción de buscar una salida informal, sino de utilizar los mecanismos que la Constitución de 1993 prevé para seguir regulando la vida institucional del país. Como corolario de todo lo expuesto, es que se declaró la vacancia del cargo del Presidente de la República, que precaria e infielmente venía ocupando el Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, nombrándose como Presidente Constitucional a don Valentín Paniagua Corazao, quien se encargó de iniciar la transición democrática.

41. El hecho de ligar el fenómeno constituyente como un acto posterior a los golpes de Estado, es recurrente en la historia republicana, como enseguida veremos:

42. Nuestros primeros constituyentes, los que aprobaron la Carta de 1823, atendiendo a las difíciles circunstancias en que ella fue promulgada, establecieron que la misma debía ser ratificada o reformada, concluida que fuera la guerra de Independencia, por un Congreso General, cuyos integrantes debían ser investidos con poderes explícitos. Según los artículos 191º y 192º de la Constitución de 1823, ésta quedaba sujeta "a la ratificación o reforma de un Congreso General compuesto por los diputados de las provincias actualmente libres, y de todas las que fueran desocupadas por el enemigo, concluida que sea la guerra" para cuyo efecto "deberán contener los poderes de los diputados cláusula especial que los autorice para ello".

43. La Constitución de 1826, presentada por Simón Bolívar, fue aprobada por el Consejo de Gobierno, sometido a los colegios electorales y ratificada por el mismo Consejo el 30 de noviembre de 1826, sin que en su texto o ratificación participaran representantes elegidos por el pueblo o por éste directamente [José Pareja Paz-

Soldán, *Las constituciones del Perú (Exposición, crítica y textos)*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid 1954, Pág. 157 y ss].

El procedimiento seguido para su aprobación, distinto al previsto en la Carta de 1823, además de instaurar una suerte de Monarquía no hereditaria [Manuel Vicente Villarán, "Ensayo sobre las ideas constitucionales de Bolívar", en Sociedad Bolivariana de Venezuela, *Testimonios peruanos sobre el libertador*, Imprenta Nacional, Caracas 1964, Pág. 87 y ss.], fue cuestionado por diferentes sectores de la sociedad, a tal punto que, después de seis semanas de haberse jurado, se tuvo que convocar a un Congreso General Constituyente para que decidiera cuál iba a ser la Constitución que debía regir.

La convulsión social y las difíciles circunstancias políticas –que incluían el receso del Parlamento, un levantamiento militar en la Capital y algunas provincias, además del peligro de guerra externa– obligaron al Presidente del Consejo de Gobierno, Mariscal Andrés Santa Cruz, quien ostentaba el Poder Ejecutivo en calidad de "encargado", a consecuencia del golpe de Estado de enero de 1827, a convocar dicho Congreso, el cual una vez reunido, por Ley del 11 de junio de 1827, declaró nula la Constitución de 1826 y restauró la de 1823, con modificaciones, hasta que se diera una nueva.

44. La Constitución de 1828, llamada también "la madre de nuestras constituciones" por don Manuel Vicente Villarán ("La Constitución de 1828", en *Páginas Escogidas*, citado, Pág. 45), fue debatida y sancionada por el Congreso General Constituyente, estableciendo su inmutabilidad por un lapso de 5 años, al cabo de los cuales debía reunirse una Convención Nacional para revisarla y eventualmente reformarla en todo o en parte. En cumplimiento a lo establecido por el artículo 177° de dicha Carta, la Convención se reunió en julio de 1833, pero no pudo abocarse de inmediato al debate de la reforma constitucional, por las difíciles circunstancias políticas que se vivían, especialmente la relacionada con la sucesión presidencial.

No pudieron efectuarse elecciones presidenciales en todos los colegios electorales, por lo que la Convención tuvo que elegir un Presidente Provisional para que se hiciera cargo del Poder Ejecutivo, una vez que concluyó el mandato del Mariscal Agustín Gamarra (el cual fue elegido de manera provisoria por el Congreso, luego del golpe militar encabezado por el General La Fuente). Dicha elección, que suscitó una guerra civil, concluyó algunas semanas antes de la promulgación de la Constitución, cuyo texto, salvo ligeras variaciones, era fundamentalmente idéntico al de la Carta de 1828.

45. La Constitución de 1834, a su vez, establecía un procedimiento sumamente agravado para la reforma de "uno o más artículos", recayendo en el Congreso ordinario su aprobación. Dicha Constitución fue elaborada por una Convención Constituyente, que fue convocada de conformidad con lo dispuesto por el artículo 177° de la Constitución de 1828.

46. Como resultado del golpe de Estado del 24 de agosto de 1838, se convocó a un Congreso Nacional unicameral, el cual tuvo que reunirse en Huancayo debido a que la Capital aún se encontraba ocupada por un ejército extranjero. Este Congreso, que designó a Gamarra Presidente Provisional de la República y ratificó todos sus actos desde que se investió del mando supremo, en poco más de tres meses aprobó la Constitución, soslayando el procedimiento establecido por la Carta de 1834 [Toribio Pacheco, *Cuestiones Constitucionales*, Editorial Grigley, Lima 1996, Pág. 47 y ss].

47. La Constitución de 1839, en esencia, repetía el oneroso procedimiento para la reforma que estableció su predecesora, el mismo que tampoco fue cumplido por la Convención Nacional en 1855.

La convocatoria a elecciones para dicha Convención, fue hecha a inicios de 1855 por el Mariscal Ramón Castilla, un año después del golpe de Estado. Uno de los primeros actos de los convencionales, como se recordará, fue la de nombrar Presidente Provisional a Castilla, ratificando y legalizando así su autoridad.

La Convención Nacional, que declaró "derogada" por la voluntad popular la Carta de 1839, para aprobar la de 1856, tampoco cumplió con el procedimiento de reforma dispuesta por aquélla, que preveía también trámites agravados para llevarla a cabo.

48. La Carta de 1856 establecía un procedimiento sencillo para la reforma de "uno o más artículos", esto es, que el proyecto sea aprobado por tres legislaturas, previa discusión como cualquier proyecto ley. Empero, el Congreso de 1860 sancionó la Constitución de ese año, dejando de lado dicho procedimiento, al considerar que sus representantes, al ser elegidos, habían recibido el mandato expreso del pueblo para llevar a cabo la reforma [Lizardo Alzamora Silva, *La evolución política y constitucional del Perú independiente*, Librería e imprenta Gil S.A., Lima 1942, Pág. 34 y ss].

Dicha Constitución fue expedida por el Congreso constituido, "autorizado por los pueblos para reformar la Constitución Política de 1856", y promulgada, también, por el Mariscal Ramón Castilla, el 13 de noviembre de 1860; el cual, previamente, disolvió el Congreso y convocó a elecciones legislativas, de las que emanó el Parlamento ordinario que se convirtió en Constituyente por propia decisión.

Debe recordarse que el artículo 131° de dicho texto disponía que para reformar uno o más artículos constitucionales se necesitaba que el proyecto sea aprobado en dos legislaturas distintas (por el Congreso constituido), previa discusión en cada una de ellas, como la de cualquier proyecto de ley.

49. La Constitución de 1867, de tan efímera vigencia, fue sancionada por un Congreso Constituyente convocado por el Gobierno de la dictadura bajo la presidencia del General Mariano Ignacio Prado. Y como ocurrió con las anteriores, el procedimiento seguido para su aprobación no tomó en cuenta lo dispuesto por su predecesora.

50. La Carta de 1920 fue producto de una situación extra constitucional. El 4 de julio de 1919 Augusto B. Leguía instauró su llamado "Gobierno Provisional" e inmediatamente después convocó a una consulta plebiscitaria para reformar la Constitución de 1860, cuya ejecución recaería en las cámaras legislativas reunidas en Asamblea Nacional.

Dicha Asamblea, inmediatamente después de instalada, no sólo se limitó a introducir las reformas aprobadas en la consulta popular, sino que decidió que en virtud de sus poderes constituyentes podía dictar una nueva Constitución. Elaborada ésta, fue sancionada y luego promulgada por el propio Leguía, y estuvo vigente en tanto éste se mantuvo en el poder.

La Carta de 1920 atribuía la competencia de su reforma, sin precisar si ésta podía alcanzar la totalidad de su articulado o sólo una parte de él, al Congreso Ordinario. Disponía la necesidad de su ratificación en otra legislatura ordinaria y el voto conforme de una mayoría calificada. Dicho procedimiento y requisitos no se cumplieron al aprobarse la Carta de 1933.

51. La Constitución de 1933 fue obra de un Congreso Constituyente, convocado por la llamada Junta Nacional de Gobierno en medio de una grave crisis política, que pasó por el derrocamiento de Leguía y los sucesivos gobiernos provisorios que se formaron inmediatamente después de este hecho. Dicho Congreso Constituyente, disminuido en razón de que una parte importante de sus miembros fue encarcelada y/o deportada, la aprobó y su promulgación la efectuó el General Oscar R. Benavides, el 9 de abril de 1933. Dicho Congreso Constituyente fue convocado mediante Decreto Ley N.º 7160, del 26 de mayo de 1931, y antes que sus miembros fueran elegidos, la Junta Nacional de Gobierno, que ejercía de hecho los Poderes Ejecutivo y Legislativo, designó una comisión de juristas eminentes, presidida por Manuel Vicente Villarán, para preparar un *Ante-proyecto de Constitución del Estado*, (Imprenta Torres Aguirre, Lima 1931) el mismo que, pese a ser presentado a la Asamblea, no se tomó en cuenta.

La Constitución de 1933, expedida por un Congreso Constituyente, sufrió numerosas interrupciones, siendo la más larga de ellas la iniciada en octubre de 1968, con el derrocamiento del Presidente Constitucional Fernando Belaunde Terry y la instauración del llamado Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, bajo la dirección del General Juan Velasco Alvarado.

Sin embargo, el desgaste político y la progresiva pérdida de legitimidad social de dicho gobierno, aunados a la movilización popular, obligaron a sus conductores a plantear el retorno al régimen democrático y a transferir el poder a la civilidad. Dicho proceso no derivó en la vigencia plena de la Carta de 1933, ni en la utilización de los procedimientos en ella dispuestos para reformarla, sino en la convocatoria a elecciones para una Asamblea Constituyente, cuya actividad debía limitarse a la dación de una nueva Constitución Política del Estado, según el

Decreto Ley N.º 21949, promulgado por el Presidente de la República designado por la Junta Revolucionaria, General Div. E.P Francisco Morales Bermúdez.

52. La Constitución de 1979 fue sancionada en julio de ese año, pero la transferencia del poder se realizó recién al año siguiente [Domingo García Belaunde, "Sanción y promulgación de la Constitución de 1979", en *Lecturas sobre temas constitucionales*, N.º 4, CAJ, Lima, 1990].

La Constitución de 1979 estableció un procedimiento de reforma constitucional que no se observó cuando, tras el golpe de Estado del 5 de abril de 1992, se decidió convocar a un Congreso Constituyente Democrático para que decidiera si reformaba la Constitución de 1979 o daba una nueva Constitución. Y ello no obstante que en su artículo 307º señalara que ella no perdía su vigencia ni podía ser modificada si es que no se seguía el procedimiento de reforma allí previsto. Más aún, señalaba que serían "juzgados, según esta misma Constitución (la de 1979) y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecen responsables" de cualquier cambio o modificación constitucional sin observarse sus disposiciones.

Al respecto, en el expediente N.º 010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que si bien ahora se encuentra vigente la Constitución de 1993, ello no impide que contra los golpistas del 5 de abril de 1992 y sus funcionarios se aplique ultraactivamente el artículo 307º de la Constitución de 1979, pues en el momento en que se cometieron tan luctuosos acontecimientos y hasta el 31 de diciembre de 1993, dicha Constitución se encontraba en vigencia, y, por lo tanto, ella es perfectamente aplicable para el juzgamiento de todos aquellos que participaron en la demolición de la institucionalidad democrática de nuestro país.

El Tribunal Constitucional deja constancia que a la fecha ni el Ministerio Público ni el Congreso de la República han procedido de acuerdo con sus atribuciones sobre la materia.

53. La Constitución de 1993 fue, como se ha dicho, consecuencia del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, además de la corrupción generada por el uso arbitrario, hegemónico, pernicioso y corrupto del poder, y se constituyó en un agravio al sistema democrático, pues se aprobó deformándose la voluntad de los ciudadanos.

Es de verse que, cuando se produjo la elección del Congreso Constituyente Democrático (CCD), se encontraban inscritos en el Registro Electoral del Perú 11'245,463 ciudadanos, de los cuales concurrieron a votar, el 18 de noviembre de 1992, 8'191,846 ciudadanos, a pesar de que en el Perú existe el sufragio obligatorio. El Jurado Nacional de Elecciones declaró válidos sólo 6'237,682 votos y estableció 1'620,887 votos nulos y 333,277 votos en blanco.

Por la agrupación oficial Cambio 90-Nueva Mayoría votaron únicamente 3'075,422, lo que representó el 36.56 % de los votantes y el 27.34 % del universo electoral.

Con esa votación, obtenida con coacción y con visos de fraude, la agrupación referida consiguió la aprobación del Proyecto de Constitución de 1993.

Sometida a referéndum el 31 de octubre de 1993, los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral del Perú alcanzaron a 1'518,669 y el número de votantes fue de 8'178,742. Los ciudadanos que supuestamente votaron por el SÍ (o sea aprobando la Constitución) fueron 3'895,763. Y los que votaron por el NO (o sea desaprobando la Constitución) fueron 3'548,334. Los votos nulos llegaron a 518,557 y los votos blancos a 216,088. (Fuente: Jurado Nacional de Elecciones)

En ese contexto, si se considera la intervención coercitiva de la cúpula militar, cogobernante, la falta de personeros en las mesas de votación, la adulteración de las actas electorales y la manipulación del sistema informático, hechos que fueron denunciados por los partidos de oposición y los medios de comunicación social, resulta bastante dudoso el resultado del referéndum del 31 de octubre de 1993 y, por lo tanto, cuestionable el origen de la Constitución de 1993.

A esta cuestionable legitimidad de origen, ya desde diciembre de 1993, Domingo García Belaunde ("La nueva Constitución del Perú", en el trabajo conjunto con Francisco Fernández Segado, *La Constitución peruana de 1993*, Editorial Grigley, Lima 1994, Pág. 31) apuntaba: "En los momentos actuales, con un Presidente autoritario respaldado en las Fuerzas Armadas, es difícil decir qué pasará. La prueba de fuego de la actual Constitución, repetitiva de la anterior y con muy escasos méritos, será recién en 1995, cuando se den las elecciones generales y cuando (es de esperar) no exista el actual ambiente autoritario".

En ese mismo sentido, César Landa (*Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, PUCP, Lima 1999, Pág. 475) enfatizaba que "La Constitución peruana, si bien es la fuente de fuentes del Derecho, en la actualidad se encuentra en una crisis de falta de legitimidad constitucional, dado el carácter puramente formal de la legalidad constitucional que utilizan sus operadores, al vaciar los valores y principios constitucionales que aseguran la defensa y desarrollo de los derechos fundamentales de la persona como el control y balance de poderes, en su actividad legislativa. En este sentido, la ley ha quedado desvinculada de la Constitución material y, por el contrario, se encuentra a merced del voluntarismo parlamentario y presidencialista".

54. En suma, como colofón a toda esta reseña histórica, hay un dato común en toda nuestra experiencia constitucional en materia de cambios de Normas Fundamentales: que normalmente la convocatoria a un Poder Constituyente para que elabore una nueva Carta siempre ha sido una salida política frente a la instauración de un régimen de facto, cuyo final o ya se había producido o era una crónica de su muerte anunciada. El cambio constitucional, en ese sentido, ha sido una cuestión de higiene democrática y de reinscripción en los principios del Estado de Derecho.

55. Contra lo que es un hecho constante en la historia peruana, los sucesos de los últimos meses permiten aseverar que la situación del Perú, en el momento en que se está discutiendo el cambio de la Constitución, no tiene parangón. En efecto, pues si bien la actual Carta fue elaborada por un Congreso Constituyente Democrático y aprobada a través de un referéndum, de muy dudosa legitimidad, también lo es que el debate sobre la posibilidad de su reforma no se plantea en un contexto en el que se convive con un gobernante de facto, cuyo final es anunciado, sino en un ambiente en el que se ha restablecido plenamente la democracia en el país y a través de los mecanismos que esa misma democracia proporciona. En ese sentido, el Tribunal observa que la intención de propiciar un proceso de reforma constitucional, con las reglas que el propio ordenamiento constitucional proporciona, constituye un hito importante en la consolidación del Estado Constitucional de Derecho.

56. El problema, sin embargo, no es tanto la oportunidad o pertinencia del proceso de reforma, sino, como lo ha sugerido el demandante y como se ha planteado en el fundamento 36, la forma en que ella pretende llevarse adelante. En ese contexto, cabe preguntarse ¿Puede el Congreso de la República cambiar la Constitución de 1993 por otra?

VI. EL PODER CONSTITUYENTE, LA CONSTITUCIÓN Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL

57. Respecto a este punto, el Tribunal Constitucional considera que es necesario dilucidar los problemas jurídico-constitucionales que entraña la presente acción de inconstitucionalidad, lo cual exige que previamente este Colegiado se detenga a esclarecer los alcances de conceptos tales como Poder Constituyente, Constitución y Reforma Constitucional.

§1. El Poder Constituyente

58. 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, "Il potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale", en G. Zagrebelsky, P. Portinaro y J. Luther (a cura di), *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.

59. Cabe precisar que ello no excluye la existencia previa de un Estado. Como expresa Sigifredo Orbegoso, "El poder constituyente es aquél que se instituye y funciona con el objeto de dar una Constitución a un Estado que nace por primera vez (sic) o que ha decidido cambiar

de Constitución" [*Poder constituyente y otros ensayos*, Editorial Normas Legales, Trujillo 2002, Pág. 73].

En tales supuestos, se dice que el Poder Constituyente, más que una fuente de creación, es una fuerza de transformación, ya que, como tal, puede llevar a cabo la refundación del ordenamiento constitucional sobre nuevos supuestos, sean estos políticos, sociales, económicos, culturales o propiamente jurídicos.

60. El Poder Constituyente responde, entre otras, a tres características: es único, extraordinario e ilimitado. Único como consecuencia de que ningún otro poder o forma de organización, puede, en estricto, ejercer la función que aquél desempeña. Se trata, por consiguiente, de un poder omnimodo, que no admite ningún poder paralelo en el ejercicio de sus atribuciones. Es, a su vez, extraordinario, en tanto que la responsabilidad por él ejercida, no es permanente sino excepcional; como tal, sólo puede presentarse en momentos o circunstancias históricas muy específicas (como las de creación o transformación de la Constitución).

Es, finalmente, ilimitado, en tanto asume plenipotenciariamente todas las facultades, sin que puedan reconocerse restricciones en su ejercicio, salvo las directamente vinculadas con las que se derivan de las valoraciones sociales dominantes.

§2. El Poder Constituyente y los Poderes Constituidos

61. De las características atribuidas al Poder Constituyente, queda claro que aquél, en cuanto poder creador, es único en su género, y que de él derivan a través de la Constitución, los llamados poderes constituidos o creados, es decir, los órganos ejecutivo, legislativo, judicial y los demás de naturaleza constitucional. Los poderes constituidos, por consiguiente, deben su origen, su fundamento y el ejercicio de sus competencias a la obra del poder constituyente, esto es, a la Constitución.

62. En caso que los poderes constituidos pretendieran distorsionar el marco de las atribuciones que les ha conferido la Constitución, estarían desconociendo la voluntad del poder creador e invadiendo competencias que, por principio, se encuentran totalmente vedadas. Consecuentemente, que el Poder Constituyente no pueda ser desconocido por los poderes constituidos, depende, en buena medida, de que la Constitución haya establecido sobre aquéllos un sistema de limitaciones explícitas en su ejercicio y un adecuado sistema de control que asegure el cumplimiento de tales límites.

Como afirma Manuel Aragón [*Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1995, Págs. 15 y ss.] el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución. De allí que el Tribunal Constitucional considere que "no es concebible una Ley Fundamental en la que desapareciera el Tribunal Constitucional con sus amplias competencias, sin que ella sufriera una reforma en su esencia" [Helmut Simon, "La jurisdicción constitucional", en Benda, Maihoffer, Vogel, Hesse y

Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons librero, Madrid 1996, pág. 823].

63. En ese sentido, y como en su momento lo intuyera el Abate Emmanuel Sieyès (*¿Qué es el Tercer Estado?*, Alianza Editorial, Madrid 1989), el Poder Constituyente es un plenipotenciario del pueblo, mientras que los poderes constituidos sólo son portavoces o hacedores de una tarea 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.

§3. El Poder Constituyente y la Constitución.

64. La razón fundamental por la que se admite una concentración de facultades alrededor del Poder Constituyente responde al objetivo de regular jurídicamente al Estado sobre la base de una Constitución, norma que, por otra parte, debe entenderse como el instrumento jurídico receptor de los valores fundamentales de la sociedad en la que se adscribe.

65. En la medida que una Constitución es la depositaria de las aspiraciones del pueblo expresadas por el Poder Constituyente, su contenido reviste una "pretensión más fuerte de validez", y aspira a tener una permanencia o duración indeterminada. Por el contrario, si aquella careciera de la vocación de regir los destinos de una sociedad u omitiere el plus de realizar efectivamente sus contenidos, su destino no tendría por qué ser diferente al de las leyes ordinarias, circunscritas sobre intereses y proyecciones mucho más específicas. Sin embargo, el que una Constitución aspire a prolongarse en el tiempo, permite predicar de la misma una característica de suyo especial y única, que en modo alguno puede ser ignorada por los poderes constituidos.

66. No es, pues, una razón formal la que convierte a la Constitución en norma jurídica suprema, sino una razón de orden material, que, como tal, impone restricciones o líneas de obligado comportamiento a quienes corresponde aplicarla y desarrollarla. Dicha razón empieza entonces, desde su propio origen y se proyecta hasta el último valor que aquella recoge.

§4. El Poder Constituyente y el Poder de Reforma Constitucional

67. Que el Poder Constituyente se configure como el artífice de la Constitución y que esta última sea la fuente de sustento jurídico en la que reposan los más importantes valores sociales, no significa que dicho poder, durante su misión constructora, no pueda incurrir en omisiones, pues, por principio, si sus criterios y proyecciones devienen como producto de un momento histórico determinado y no de una permanente voluntad evolutiva, el resultado constitucional viene siempre impregnado de una cierta dosis de relatividad histórica.

68. Si el resultado de la tarea constituyente, *prima facie*, resulta aceptable en términos sociales, como típico producto de un esfuerzo en el tiempo, la evolución que,

por el contrario, experimenta la sociedad en la que la referida Constitución se aplica, tiende a desvirtuar, con el paso de los años, cualquier hipotético perfeccionismo. En dicho contexto, y ante la evidencia de constatar la presencia de vacíos, incongruencias, inadaptaciones y todo tipo de omisiones en el texto de una Constitución y la necesidad de que los mismos puedan quedar superados en algún momento, es que cobra legitimidad el llamado poder de reforma constitucional; que es, en esencia, aquel que se encarga de modificar, suprimir o enmendar una o más disposiciones constitucionales.

69. El carácter de poder constituido de la reforma constitucional viene asociado a la presencia de determinados límites en su ejercicio. Quiere ello decir que, para que una reforma pueda considerarse válidamente realizada, debe respetar los criterios que la Constitución, por voluntad del Poder Constituyente, expresamente estableció; criterios que, por lo general, aunque no exclusivamente, se encuentran relacionados a la presencia de mayorías calificadas en el procedimiento de su aprobación o a una eventual ratificación directa por parte del pueblo.

70. El que se asuma que el poder de reforma constitucional tiene connotaciones formales, no significa que este Colegiado excluya la legitimidad de aquellas reformas a las que la doctrina califica de informales o de auténticas "mutaciones constitucionales". Así, por ejemplo, lo realizado por este Tribunal Constitucional en relación con la segunda parte del artículo 173° de la Constitución, a fin de adecuar su sentido interpretativo a la Convención Americana de Derechos Humanos en el expediente N.º 010-2002-AI/TC [Cf. sobre el tema, Hsü Dau Lin, *Mutación de la Constitución*, Onaiti (España) 1998].

Sin embargo, si se admite su procedencia, ello no significa que aquellas puedan operar sin ningún referente mínimamente objetivo. Se trata, en tales casos, de distinguir entre mutación (reforma informal legítima) y desvirtuación (manipulación fraudulenta) del texto constitucional.

§5. Los límites del Poder de Reforma Constitucional

71. En la medida que se admite que el poder de reforma constitucional está revestido de ciertos criterios en su forma de ejercicio, éstos se instituyen como auténticos límites o reglas de obligatoria observancia. El Poder de Reforma Constitucional en tal sentido, y a diferencia de lo que ocurre con el Poder Constituyente, es un poder limitado. Mientras que el poder creador carece de referentes objetivos y en el último de los casos, sólo puede condicionarse por las valoraciones sociales dominantes (no sería admisible un Constituyente que destruya la voluntad del pueblo), el poder creado para reformar tiene en sí mismo diversas restricciones, todas ellas nacidas de la Constitución.

72. Los límites que caracterizan al órgano reformador pueden, ser formales y materiales.

a) Los límites formales se encuentran referidos a todos y cada uno de los requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para que la reforma prospere. En esta

perspectiva, pueden vislumbrarse diversas variables:

i. En primer lugar, la Constitución individualiza al órgano investido con la capacidad para ejercer la potestad modificatoria. En el caso del Perú, como de la mayoría de países, este órgano es, en principio, el Congreso de la República, en calidad de poder constituido.

ii. En segundo lugar, la Constitución describe cuál es el procedimiento que ha de seguir el órgano legitimado, lo que a su vez ha de comprender el número de legislaturas empleadas, el sistema de votación a utilizar, la habilitación o prohibición de observaciones en el proyecto, etc.

iii. En tercer lugar, es la misma norma fundamental la que se encarga de establecer si el proyecto de reforma constitucional es sometido o no a una ratificación por parte del pueblo, que de esta forma participa en el proceso de reforma de la norma fundamental.

73. La existencia de límites formales, en los términos descritos, 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.

Dicha condición no sólo es una garantía de que la organización constitucional democrática mantenga su coherencia, que pueda hablarse de supremacía constitucional, sino también que la propia norma constitucional sea capaz de controlar sus procesos de transformación.

74. b) Los límites materiales se refieren a los contenidos de la Constitución. Con ellos no se indica la presencia de condicionamientos de tipo procedimental, sino algo mucho más trascendente; esto es, la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional, inmunes a toda posibilidad de reforma.

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

76. 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 aquéllos 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 contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la "destrucción" de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado.

Como puede verse de lo anotado, la existencia de cláusulas pétreas exceptuadas de la reforma constitucional no niega la posibilidad de que, por fuera de ellas, se consideren otros principios supremos como impedidos de ser modificados. Es el caso de Italia, por ejemplo, en el que si bien su Constitución republicana de 1947 ha individualizado que su artículo 139° no es objeto de reforma constitucional, sin embargo, su *Corte Costituzionale* ha extendido esos límites materiales a otros principios supremos de su ordenamiento, como los derechos inviolables del ser humano.

77. En consecuencia, aquella reforma que no observara dichos límites, o simplemente los ignorara, resultaría ilegítima en términos constitucionales.

§6. La posibilidad o imposibilidad de reformar totalmente la Constitución

78. A la luz de todo lo expuesto cabe preguntarse si mediante la reforma constitucional se puede emprender una modificación hasta un punto tal en que se sustituya integralmente los alcances de la Constitución, terminando por habilitar una nueva norma fundamental en reemplazo de la reformada.

79. Desde una perspectiva doctrinaria, la reforma constitucional es siempre parcial. Como expresa Carl Schmitt [*Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid 1982, Pág. 119], "Una facultad de 'reformular la Constitución', atribuida a una normación legal-constitucional, significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo: La facultad de reformar la Constitución contiene, pues, tan sólo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc., pero manteniendo la Constitución; no la facultad de dar una nueva Constitución, ni tampoco la de reformar, ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional".

Como bien refiere, a guisa de ejemplo, Guillermo Calandrino ("Reforma Constitucional", en AA.VV. *Curso*

de Derecho Constitucional, Editorial La Ley, Buenos Aires 2001) "El poder constituyente originario es aquél que establece los cimientos de una casa (techo, hormigón y columnas), en tanto que el poder constituyente reformador es aquél que se ejerce para modificar el orden en que recibimos una casa (anular una ventana, abrir una puerta, recortar el jardín)".

80. En efecto, si el poder de la reforma constitucional es una competencia jurídica, una reforma que pretendiera la sustitución integral de la Carta, incluyendo la propia cláusula que autoriza tal competencia, implica un acto de revolución y es, por ello, antijurídica.

81. Sucede, sin embargo, que esto que pareciera ser un asunto doctrinal perfectamente definido, tiende a relativizarse en aquellos sistemas que, como el peruano de 1993, prevé expresamente la hipótesis de la reforma "total" (artículo 32°). Con lo cual alternativamente, o descartamos la capacidad de reformar totalmente la Constitución, al amparo de lo que la teoría constitucional expone, en cuyo caso, nuestro parámetro deja de ser la norma constitucional y la sustituimos por la doctrina [lo que sería un verdadero contrasentido]; o, admitimos que algún sentido debe tener la disposición constitucional que señala que es posible efectuarse la reforma total.

82. Al Tribunal Constitucional no le cabe duda que él no es una instancia académica donde puedan pacificarse los problemas que se presentan en la teoría constitucional, sino un órgano jurisdiccional que resuelve sus causas con la autoridad que le proporciona la Constitución, que es la que lo crea y, desde luego, le confía la tarea de preservarla hasta donde ella misma se lo permite.

El tema, desde luego, es complejo. Pero no es nuevo, ni en el Perú (como se ha visto) ni en el derecho comparado, donde existen cláusulas de naturaleza semejante. Es el caso, por ejemplo, de lo que, *mutatis mutandi*, sucede en Alemania con el artículo 146° de la Ley Fundamental de Bonn, de 1949 (según el cual, "La presente Ley Fundamental perderá su vigencia el día en que entre en vigor una Constitución que haya sido aprobada por libre decisión del pueblo alemán") o del artículo 168° de la Constitución española de 1978 [según el cual "1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución (...), se procederá a la aprobación del proyecto por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes. 2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. 3. Aprobada la reformas por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación"].

83. Al margen de la polémica que, en cada uno de esos países, hayan suscitado cláusulas de esta naturaleza, lo cierto es que más allá de lo que en el plano teórico se pueda especular, se sostiene que allí se encuentra el "poder constituyente legal" [Caso de Alemania; Cf. Steiner, *Verfassunggebung und verfassunggebende Gewalt des Volkes*, Berlín, 1966, págs. 23 y ss; 223 y ss, citado por Pietro Giusseppe Grasso, "Potere Costituente", en *Enciclopedia del*

Diritto, T. Varesse 198, pág. 643], o, lo que es lo mismo, se haya constitucionalizado el poder constituyente (Caso de España; Cf. Manuel Aragón, "Reforma Constitucional (Derecho Constitucional)", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. IV, Editorial Civitas, Madrid 1995, pág. 5655-5656]. Esto es, como sostiene Pérez Royo se haya previsto en la práctica "la constitucionalización de la destrucción de la Constitución en la terminología de Carl Schmitt" [Javier Pérez Royo, *La reforma de la Constitución*, citado, pág. 208]

Lo que significa que, cualquiera sea el pronunciamiento que en torno a la hipótesis de la reforma total de la Constitución este Tribunal tenga que expedir, necesariamente habrá de realizarse a partir de lo que sobre tal asunto haya previsto la Constitución de 1993.

VII. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

84. El artículo 206° de la Constitución regula el poder de reforma de la Constitución, condicionando su ejercicio a la observancia de su procedimiento. A saber, que ésta deba ser aprobada por el Congreso con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros y, posteriormente, se someta a referéndum. O, que se puede omitir el referéndum, siempre que el acuerdo del Congreso se obtenga en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. En cualquiera de los supuestos, la ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

85. De esta forma, el artículo 206° de la Constitución ha encargado la competencia (jurídica) de reformar la Constitución a dos poderes constituidos: Por un lado, en calidad de sujeto titular de la competencia, al Congreso de la República, quien la podrá llevar adelante por sí solo en la medida que la reforma se apruebe en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de miembros del Congreso; y, de otro, el pueblo, quien se expresa mediante referéndum.

86. La Constitución de 1993 regula la participación del pueblo en el proceso de reforma constitucional, para aquellos casos en los que el Congreso no haya logrado la aprobación de la reforma parcial de la Constitución con el voto conforme de los dos tercios del número legal de miembros del Congreso en dos legislaturas ordinarias sucesivas. Adicionalmente, su participación es facultativa cuando, pese a haberse alcanzado el número de votos necesarios a los que se hace referencia en el artículo 206° de la Constitución, el Congreso decide que ella debe también ser aprobada mediante referéndum [artículo 32°, inciso 1) de la Constitución].

87. 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 la expresión ley de reforma constitucional que utiliza el mismo artículo 206° de la Carta, cuando se refiere a que 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. Y no puede ser observada por el Presidente de la República porque éste no participa del proceso de aprobación o sanción de la competencia de la reforma constitucional, sino, como antes se ha explicado, únicamente el Congreso de la República y/o el pueblo a través del referéndum.

88. Pero si el artículo 206° de la Carta esencialmente alude a la competencia de la reforma parcial de la Constitución, su artículo 32° constitucionaliza que la reforma pueda ser total.

89. El demandante considera que la hipótesis de "reforma total" es sólo nominal, ya que si bien en el primer inciso del artículo 32° se enuncia su posibilidad, sin embargo, la segunda parte del mismo artículo prohíbe que se pueda someter a referéndum "la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona", "las normas de carácter tributario y presupuestal" y "los tratados internacionales en vigor". Desde este punto de vista, la negación de la facultad de reformar totalmente la Constitución se derivaría del hecho de que, al menos las normas constitucionales que regulan las materias antes señaladas, no podrían ser objeto de reforma. En consecuencia, sino pueden reformarse, no cabe la posibilidad de sustituir la Constitución.

90. El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio. En primer lugar, porque la prohibición a la que se alude en el segundo párrafo del artículo 32° de la Constitución, en principio, no está dirigida a limitar la competencia del Congreso de la República para realizar la reforma constitucional, sino a la posibilidad de que tales materias puedan someterse a referéndum. La primera, como se ha dicho, es la capacidad jurídica que se tiene para enmendar, modificar, suprimir o quitar una o algunas disposiciones constitucionales; en tanto, que mediante la segunda, se somete a la consulta del pueblo la aprobación de determinadas materias, incluso las reformas constitucionales, conforme dispone el artículo 206° de la Constitución.

91. En segundo lugar, no todas las materias señaladas en el segundo párrafo del artículo 32°, por estar prohibidas de someterse a referéndum, constituyen límites materiales de la potestad de la reforma de la Constitución. En efecto:

a) Cuando en dicho precepto constitucional se dice, por ejemplo, que no puede someterse a referéndum las normas de carácter tributario, es claro que ella no comprende a cualquier clase de norma o fuente del derecho que la regule, sino, concretamente, a las que por expresa disposición de la Constitución están llamadas a regular, por debajo de ella, la materia tributaria, esto es, a las leyes o los decretos legislativos.

b) Algo similar, sucede con la exclusión del referéndum respecto a los tratados internacionales en vigor. En efecto,

el impedimento son los tratados en vigor; esto es aquellos que, de conformidad con el artículo 55° de la Constitución, forman parte del derecho nacional.

92. c) A diferencia de los anteriores, la prohibición de que se someta a referéndum la "supresión o disminución de los derechos fundamentales", no constituye una autorización de que tal regulación pueda ser dispuesta por cualquiera de los poderes constituidos.

c.1) En primer lugar, el Congreso de la República, en el ejercicio de su función legislativa, no puede "suprimir o disminuir los derechos fundamentales", pues, en su condición de poder constituido, se encuentra vinculado no sólo por los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo primero del Título I de la Constitución, sino por todos los derechos de la persona reconocidos en dicho texto, independientemente del capítulo y título cómo éstos se hallen consagrados.

93. Como en diversas ocasiones ha tenido oportunidad de recordar este Tribunal, si bien en el Estado Constitucional de Derecho no hay derechos absolutos, pues, con poquísimas excepciones, todos ellos son susceptibles de ser regulados y limitados; sin embargo, ello no autoriza a que el legislador los pueda vaciar de contenido, suprimir o disminuirlos.

Una cosa, en efecto, es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, disminuirlo o suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su disminución o supresión, sino sólo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. De allí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende de ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción.

94. Aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente.

95 c.2) En segundo lugar, del hecho que la "supresión y disminución de los derechos fundamentales" no puedan ser sometidas a referéndum, esto es, que se trate de materias que incluso no puedan ser decididas por el pueblo en cuanto poder constituido, se deriva que, en la totalidad del Texto Constitucional, las cláusulas que reconocen los derechos fundamentales ocupan una posición muy especial, en cuanto recogen el plexo de valores materiales de todo el sistema constitucional y que, en ese sentido, legitiman toda la organización estatal.

96. Precisamente por ello, el Tribunal Constitucional considera que las cláusulas que los reconocen constituyen

verdaderos límites materiales sobre la potestad de reforma parcial de la Constitución. De esta forma, el órgano autorizado a realizarla no podrá disponer "la disminución o supresión de los derechos fundamentales", ni siquiera siguiendo el procedimiento señalado en el artículo 206° de la Carta Política.

Desde luego, se trata de un límite que opera sólo en sentido negativo, esto es, que impide que el órgano de la reforma pueda suprimir o disminuir los derechos fundamentales; pero no en sentido positivo, es decir, la licitud de la reforma constitucional, si es que ella tiene por propósito ampliar, optimizar o reconocer nuevos derechos constitucionales.

97. En definitiva, el segundo párrafo del artículo 32° de la Constitución, en la parte que prevé que no se puede suprimir o disminuir derechos fundamentales, establece un verdadero límite material, de carácter expreso, a la reforma parcial de la Constitución, que no alude al procedimiento o a los requisitos formales que deben observarse cada vez que se intente una reforma constitucional, sino al contenido mismo de la reforma, esto es, a la materia que ella pretenda incidir, que, como recuerda el tantas veces referido segundo párrafo del artículo 32°, no puede suponer ni disminución ni supresión de los derechos fundamentales.

98. Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional considera que por perversos que hayan sido los fines de quienes dieron la Constitución de 1993, en ella hay la afirmación de que nuestro ordenamiento constitucional no es ajeno, neutro o desligado a un sistema material de valores.

99. En definitiva, el Tribunal Constitucional considera que una interpretación que respete el principio de unidad de la Constitución, exige del intérprete comprender necesariamente que la potestad de reformar parcialmente la Constitución, en cuanto poder constituido, no sólo se encuentra sujeta a límites formales o procedimentales (artículo 206° de la Constitución), sino también a límites materiales, entre los cuales se encuentran los derechos de la persona y, en general, a los principios supremos del ordenamiento constitucional.

VIII. LOS ALCANCES DE LA "CONSTITUCIONALIZACIÓN" DE LA REFORMA TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN

100. Ahora bien, si en el artículo 206° de la Carta esencialmente se ha previsto la competencia de la reforma parcial de la Constitución, su artículo 32° ha constitucionalizado la posibilidad de que la reforma constitucional pueda ser total. Lo que significa, en principio, que si la competencia de reformar parcialmente la Constitución tiene límites, de cuya observancia depende su validez, éstos no pueden extenderse a la hipótesis de la reforma total.

Pero entonces, surge la pregunta ¿cómo entender la posibilidad de reformar totalmente la Constitución? ¿se trata de una competencia jurídica que pueden realizarla los mismos órganos autorizados a reformar parcialmente

la Constitución? ¿Deberá seguirse el procedimiento señalado en el artículo 206° de la Constitución?

101. A tales interrogantes, el demandante ha respondido que, pese al expreso reconocimiento de los alcances totales de la reforma, tal disposición (el artículo 32° de la Constitución), en realidad no autoriza ni permite que el Congreso la efectúe, pues ésta es siempre una función que debe realizar el Poder Constituyente y no un poder constituido. A su juicio, la posibilidad de que se sustituya la Constitución de 1993 por otra o, lo que es lo mismo, se la abrogue, como expresa el artículo 2° de la Ley N.° 27600, debe sujetarse a la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

102. El Tribunal Constitucional no comparte tales criterios. 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 ello lo que, 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").

103. Con ello, como expresa Pedro de Vega, "No se niega de este modo las facultades soberanas del poder constituyente, que, como poder previo, ilimitado y sin control, en cualquier momento tiene derecho a reformar y cambiar la Constitución. Lo que en realidad se consagra en este artículo es una separación fundamental (...) en el ejercicio de la facultad constituyente. Puede, en efecto, concebirse la actividad constituyente como una actividad libre y soberana y, como tal, no sometida a ningún tipo de procedimientos jurídicos. Pero puede también entenderse como actividad reglada por la propia Constitución. El poder constituyente que es libre y soberano, decide, en este caso, como diría Frochet, estatuir su propia limitación" (Pedro de Vega, *La reforma de la constitución y la problemática del poder constituyente*, citado, Pág. 64).

104. Pero no es lo mismo hablar de la constitucionalización de la función constituyente, prevista en el artículo 32° de la Constitución de 1993, a que se haya constitucionalizado el poder constituyente. La primera alude a una capacidad, la de reformar totalmente la Constitución o, lo que es lo mismo, la autorización de instaurar un nuevo orden constitucional. La segunda, en cambio, al sujeto u al órgano titular de esa función, esto es, al Poder que está autorizado a llevarla a cabo [Néstor Pedro Sagués, *Teoría de la Constitución*, Editorial Astrea, Buenos Aires 2001, Pág. 284 y ss].

105. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que si la elaboración de una Constitución es posible, el problema se traslada a dilucidar quién debe efectuarla: ¿el Congreso de la República? O, acaso, ¿una Asamblea Constituyente expresamente convocada para tal efecto?

106. Como antes se ha expresado, el artículo 32°, inciso 1), de la Constitución, ha constitucionalizado la función constituyente, al señalar que puede practicarse una reforma total de la Constitución, pero no ha previsto quién la pueda

ejercer. Y no podía ser, en verdad, de otro modo, pues si se hubiese previsto que uno de los órganos constituidos llevase adelante tal función constituyente, ello no podría entenderse de otra manera que la constitucionalización del ejercicio de una competencia jurídica y, por lo mismo, reglada, vinculada y, por lo tanto, limitada.

107. Por ello, el Tribunal Constitucional considera, como lo ha expuesto el demandante, que el Congreso de la República, en cuanto poder constituido, *per se*, no puede aprobar una Constitución distinta, pues sólo el Poder Constituyente está autorizado para llevar a cabo el ejercicio de una función semejante.

108. El Congreso de la República, como se ha expuesto, es uno de los órganos que puede efectuar la reforma parcial de la Constitución, y tal competencia está regulada en el artículo 206° de la Carta. Evidentemente, la competencia para reformar parcialmente la Constitución no puede entenderse como la constitucionalización de un poder constituyente originario, sino como la condición de un poder constituyente derivado y, en esa medida, como un poder constituido, sujeto por lo tanto a un régimen especial de limitaciones (procedimentales, formales y materiales).

109. Ahora bien, una cosa es que el Congreso de la República, en cuanto poder constituido, no pueda ejercer la función constituyente y, por lo tanto, se encuentre impedido de aprobar *per se* una Constitución, sustituyendo a la que le atribuye sus propias competencias; y otra cosa muy distinta es que, en cuanto órgano de representación de la voluntad general, pueda proponer un "proyecto" de Constitución, para que sea el Poder Constituyente quien decida, en cuanto fuente originaria del poder, si la acepta o rechaza.

110. El demandante sostiene que la aprobación de una Constitución sólo puede efectuarse si ésta es realizada directamente por una Asamblea Constituyente para, posteriormente, someter su aprobación a un referéndum. El Tribunal Constitucional entiende que tal forma de ver las cosas soslaya que el Poder Constituyente no sólo puede expresarse mediante una Asamblea Constituyente, esto es, a través de un órgano de representación, como lo propusiera el Abate Sieyès, sino también en forma directa.

111. Cuando se decide instaurar un nuevo orden constitucional con el concurso de una Asamblea Constituyente, pero se condiciona la aprobación de la nueva Constitución a que ésta sea ratificada mediante referéndum; en realidad, en tal caso, la Asamblea Constituyente, más allá de su nombre, si bien ejerce la función no tiene la potestas de decisión del Poder Constituyente, pues ésta es mantenida por el Pueblo, quien tiene la capacidad soberana de aceptar o desestimar la obra de sus representantes.

112. En cambio no sucede lo mismo si el Pueblo encomienda la elaboración y aprobación de un distinto ordenamiento constitucional, en exclusiva, a la Asamblea Constituyente, pues en este caso, este órgano *ad hoc* es la expresión del auténtico Poder Constituyente Originario, ya que el contenido de su obra sólo depende de sí mismo.

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 soberana, o con la instalación de 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.

114. 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.

115. De allí que la elaboración del proyecto de la nueva Constitución en sede parlamentaria, necesaria e inexorablemente deba concluir con su sometimiento a referéndum, so pena de declararse la inconstitucionalidad de dicho proceso.

Es preciso, pues, que de continuarse como se está haciendo el proceso de cambio de Constitución, la aprobación de la nueva Norma Fundamental tenga que realizarse a través del referéndum, la única forma como puede expresarse directamente el Poder Constituyente. Y es que cuando mediante referéndum se aprueba sólo una reforma parcial de la Constitución, en tal caso la intervención del pueblo se presenta como un elemento que incide exclusivamente sobre la eficacia. Lo que no sucede, por cierto, cuando el pueblo actúa en calidad de Poder Constituyente, en cuyo caso la aprobación de la Constitución la realiza él mismo y su decisión es un elemento constitutivo de su elaboración.

Detrás de esta afirmación está implícita la distinción entre pueblo como poder constituido y el pueblo en cuanto titular del Poder Constituyente.

116. El Pueblo como legitimador de los poderes constituidos se expresa por ejemplo cada vez que elige periódicamente a sus representantes ante los diversos órganos públicos o cuando se le somete a su consulta la aprobación de determinadas leyes o reformas parciales de la Constitución.

Como señala el artículo 1° de la Ley de Participación y Control Ciudadanos, el ejercicio de los derechos de participación y control ciudadanos, que incluye los de iniciativa de reforma parcial, se realiza de "conformidad con la Constitución".

En efecto, el pueblo actúa en calidad de poder constituido, pues si actuara como poder constituyente, no podría ser objeto de limitaciones jurídicas más allá de las que él mismo pudiera autoimponerse. Como señala Alessandro Pace ["Muerte de una Constitución", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid

1999] "la autorizada afirmación, conforme a la cual 'en el Estado Constitucional no hay soberano', significa, precisamente, que la soberanía jurídica no corresponde en el Estado constitucional a ningún sujeto u órgano, sino que se encuentra dividida y distribuida en forma de funciones públicas y de derechos funcionales, todos ellos intrínsecamente limitados".

117. Aunque no con la claridad que se hubiese deseado, fue eso lo que se pensó durante los debates en el Congreso Constituyente Democrático. Allí, en efecto, al analizarse la introducción de los mecanismos de democracia directa y, entre ellas la del referéndum, se concordó (tácitamente) en la absoluta necesidad de que en el supuesto de reforma total de la Constitución, tuviera que participar el pueblo directamente. Ello, en atención a la trascendencia que tiene el acto de instaurar un nuevo orden constitucional [Congreso Constituyente Democrático, *Diario de los Debates del Congreso Constituyente Democrático. Pleno de 1993*, T. 3, Lima 1993, pág. 2010-2020].

118. Como sostiene Manuel Aragón, aplicable, *mutatis mutandis*, para explicar el caso peruano, allí "se ha positivizado, en realidad, al poder constituyente. Justamente por ello, la declaración de que la *soberanía* nacional 'reside en el pueblo' ("El poder del Estado emana del pueblo", artículo 45° de la Constitución) es una prescripción jurídica y no un enunciado meramente político o la descripción de lo que fue (el poder constituyente) en el momento de emanación de la Constitución, pero que nunca va a partir de la entrada en vigor del texto constitucional.

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 la voluntad de las generaciones del presente o, dicho de otra manera, asegurando a esas generaciones del futuro, si quisiesen apartarse de lo impuesto por la generación del presente, que pueden hacerlo mediante el Derecho y no condenándolas a tener que hacerlo mediante la fuerza.

En resumen, pues, podría decirse que el artículo 32°, inciso 1) en la parte que autoriza 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)..." (Manuel Aragón, "Reforma constitucional (D.° Constitucional)", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, citado, pág. 5656).

119. Lo expuesto, no implica que al aprobarse por el Congreso un proyecto de Constitución, tal aprobación se realice sin observarse las reglas o las del Reglamento del Congreso, pues sucede que, en su condición de poder constituido, toda su actividad, incluso cuando elabora simples proyectos, debe realizarse conforme al ordenamiento jurídico.

120. El Tribunal considera constitucional que la propuesta del Congreso de la República se venga aprobando con las exigencias agravadas que prevé el artículo 206° de la Constitución, esto es, con el voto conforme de más de los dos tercios del número legal de miembros del Congreso;

pues, una cosa es que el procedimiento de reforma total de la Constitución no lo pueda aprobar el Congreso de la República, y otra, muy distinta, es que al elaborarse un Proyecto de nueva Constitución, este no se realice conforme a las reglas constitucionales y reglamentarias que regulan su actuación.

Y es que para que dicho proyecto sea una obra del Congreso como órgano, y no de una facción o parte de él, es preciso que se tenga que observar el procedimiento señalado en el artículo 206° de la Constitución.

IX. EL PRETEXTO DE LA REFORMA COMO MEDIO PARA ELABORAR UNA NUEVA CONSTITUCIÓN (Cuarto fundamento del petitorio)

121. Sobre esta materia ya el Tribunal Constitucional se ha pronunciado implícitamente en el desarrollo del punto anterior. No obstante, es necesario agregar algunas consideraciones adicionales. En particular, los alcances de ciertos términos empleados en la ley impugnada, en la demanda, en su contestación y en la Audiencia Pública, como son los de "reforma total", "reforma parcial", "Constitución nueva" y "sustitución de la Constitución". Para tal efecto, el Tribunal Constitucional apela a una metodología estipulativa para precisar el contenido y alcances de dichos términos.

122. En cuanto a la reforma total o parcial, a juicio del Tribunal Constitucional, el factor numérico de los artículos constitucionales no es necesariamente el factor determinante para decidir si se trata de una reforma parcial o total. Tampoco lo es el simple cambio de redacción, pues el contenido puede permanecer igual. Por ende, ha de analizarse si el contenido esencial de la Constitución vigente permanece o es cambiado, según el contenido del texto propuesto: si se varía en este nuevo texto lo que en doctrina se llama "núcleo duro" de la Constitución (o la Constitución histórica, como se refiere a él la ley impugnada) será una reforma total, aunque no se modifiquen todos los artículos de la Constitución vigente.

123. En consecuencia, cuando el Tribunal alude a una reforma total, ésta será aquella que modifica los principios y presupuestos básicos de la organización política, económica y social, que sirven de fundamento o núcleo duro a la Constitución de 1993. En cambio, cuando se refiera a una reforma parcial, ésta será aquella que no modifica tales principios y fundamentos.

124. Más problemático es el término "Constitución nueva", pues, por "nueva" puede interpretarse "la última Constitución en el tiempo", con independencia de si se han cambiado o no, en ella, los principios fundamentales plasmados en la anterior. También puede interpretarse que la "nueva" debe ser, por definición, distinta en su contenido esencial a la antigua, es decir, si por Constitución nueva se entiende esto último, estaríamos en igual premisa que con el término "reforma total"; y si por Constitución nueva entendemos sólo la que es posterior a otra en el tiempo, no se trataría necesariamente -aunque podría serlo- una reforma total de la Constitución vigente.

125. Al respecto, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, "nuevo" significa "recién hecho", y también "repetido o reiterado para renovarlo", "distinto a lo anterior", "que se añadía algo que había antes", por lo que debemos concluir que la palabra "nuevo" es algo concurrentemente "distinto y posterior" en el tiempo, pero que, empero, presupone algo que anteriormente estuvo vigente.

Pero ¿qué tan distinto? No puede ser "otra" Constitución completamente diferente, pues ya no sería "nueva", ya que este calificativo presupone una anterior. Por consiguiente, debe concluirse que Constitución nueva quiere decir una Constitución posterior en el tiempo, algo distinta, pero basada en la anterior.

126. En cuanto a la expresión "sustitución" de una Constitución por otra, el Tribunal Constitucional interpreta que es el cambio total de un texto por otro. En consecuencia, el término se asimila a una Constitución que rompe con el contenido de sus predecesoras.

127. Aclarados los significados de estos términos y volviendo al texto del art. 2° de la Ley N.° 27600, vemos que éste dispone, por un lado, la "reforma total" de la Constitución -vale decir, su sustitución *in integrum*, incluyendo su núcleo duro- y por el otro, ordena tomar en cuenta la Constitución histórica y la Constitución de 1979.

128. Esta aparente incongruencia sólo puede explicarse como que el legislador entendió "reforma total" como sinónimo de Constitución "nueva", a saber, permitió el inicio de un proceso de reforma parcial de la Constitución -parcial porque respeta su Constitución histórica- que culminaría, previa aprobación por el Congreso en un necesario e inexorable referéndum, en una Constitución "nueva".

129. El demandante parece estar de acuerdo con esa intención, aunque no con la expresión escrita de ella, que se presta a confusiones. En efecto, este acepta que el Congreso de la República tiene facultades, según el artículo 206° de la Constitución, para reformarla "parcialmente", pero no para sustituirla por otra completamente distinta, criterio que el Tribunal Constitucional comparte. El demandado, por otro lado, coincide en que se realizará una reforma parcial de la Constitución, en el sentido que no se modificará la Constitución histórica, tal como lo expresaron en la Audiencia Pública.

130. El Tribunal Constitucional es sensible al clamor de la población por desvincularse de la Constitución de 1993 debido a su origen espúreo, que ofende a todos los peruanos. Por ende, comprende que el Congreso, con la ley impugnada, recoge ese clamor y trata de iniciar el proceso de apartamiento de la actual Carta Política, por lo que incluyó en la ley el término "reforma total" de la Constitución de 1993.

131. El Congreso de la República, en este caso, debe cumplir con el artículo 2° de la Ley N.° 27600, es decir, el Proyecto a aprobarse deberá de basarse en la Constitución histórica del país y, por consiguiente, implícitamente restablecer los principios y valores de la Constitución de 1979. Dicho proceso debe culminar con el referéndum

ciudadano, que apruebe o rechace el proyecto de nueva Constitución.

X. EL INFORME DE LA COMISIÓN DE ESTUDIO DE LAS BASES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PERÚ Y LOS ALCANCES DE LA LEY N.º 27600

132. Es pertinente advertir que el Congreso de la República, al dictar la Ley N.º 27600, recogió la segunda opción que planteara el Informe de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú.

En efecto, el gobierno transitorio, presidido por el doctor Valentín Paniagua Corazao, creó la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, mediante el Decreto Supremo N.º 018-2001-JUS; y designó a sus integrantes mediante Resolución Suprema N.º 232-2001-JUS, de 31 de mayo de 2001. La mencionada Comisión fue instalada el 7 de junio de 2001 y designó como Presidente y Vice-Presidente, respectivamente, a los doctores Diego García Sayán, Ministro de Justicia, y Domingo García Belaunde. Esta cumplió con presentar su propuesta el 15 de julio del mismo año, después de ser largamente debatida y aprobada por los siguientes juristas: Javier de Belaunde López de Romaña, Samuel Abad Yupanqui, Alberto Borea Odría, Francisco Eguiguren Praeli, Javier Alva Orlandini, Jorge Danós Ordóñez, Jorge Avendaño Valdez, Martín Belaunde Moreyra, Enrique Bernales Ballesteros, Carlos Blancas Bustamante, Ernesto Blume Fortini, Roger Cáceres Velásquez, Ernesto de la Jara Basombrío, Patricia Donayre Pasquel, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Gerardo Eto Cruz, Carlos Fernández Sessarego, Raúl Ferrero Costa, Magdiel Gonzáles Ojeda, Baldo Kresalja Rosselló, César Landa Arroyo, Beatriz Merino Lucero, Sigisfredo Orbegoso Venegas, Víctor Ortecho Villena, Jorge Santistevan de Noriega, César Valega García, Armando Zolezzi Möller, Juan Federico Jiménez Mayor, Viceministro de Justicia y Secretario Técnico de la Comisión.

133. Efectivamente, según la referida Comisión, el procedimiento para la reforma constitucional, consistente en dar una nueva Constitución, incluyó la posibilidad de usar cualquiera de las tres alternativas siguientes:

1. PRIMERA ALTERNATIVA

a) Lo primero que debe aceptar el Congreso de la República, de ser posible en el mismo mes de agosto del año en curso, es declarar la nulidad de la Constitución de 1993, y declarar la vigencia de la Carta de 1979. Los argumentos que sustentan esta medida son los siguientes:

- El artículo 307º de la Constitución de 1979, en cuanto estipula que dicha Carta no perderá vigencia en ningún caso y que todos están obligados a restablecerla, tan pronto sea posible.
- El que la Constitución de 1993 fue aprobada por un Congreso Constituyente Democrático, fruto de un golpe de Estado y en dependencia de un gobierno autoritario y corrupto, como los hechos posteriores lo han confirmado.
- Adicionalmente, la Constitución de 1993 fue aprobada en un debate controlado y no libre, y ratificada

por un referéndum que se realizó sin ninguna seguridad ni garantía en sus resultados, y con un propósito fraudulento.

- La Constitución de 1993 sólo ha servido como un instrumento de la dictadura, pues ha sido vaciada de contenido, incumplida en los pocos preceptos novedosos y democráticos que fueron incorporados y, adicionalmente, ha servido para proteger actos de corrupción y de violación de derechos humanos, perdiendo así cualquier legitimidad que pudiera haber tenido o que hubiera aspirado a tener. Si bien no tuvo legitimidad de origen, bien pudo tener legitimidad de ejercicio de la que también careció.

b) Sin embargo, en el mismo acto deben declararse convalidadas todas las acciones, nombramientos, compromisos, etc., que hayan sido hechas bajo su imperio, incluyendo aspectos tributarios, financieros, administrativos, judiciales, etc., con independencia de su revisión futura, en los casos que el tiempo transcurrido y las leyes correspondientes, así lo configuren y posibiliten. Expresamente debe señalarse entre otros puntos que:

- Se reconoce los efectos de las elecciones del año 2001.
- Se reconocen los derechos humanos aprobados por los tratados internacionales de la materia y ratificados por el Perú.
- Se deja en suspenso la parte relativa a los aspectos laborales, de la seguridad social, salud y bienestar, y régimen agrario.
- La institución de la Defensoría del Pueblo debe mantenerse como tal, con sus atribuciones.
- El actual Congreso de la República pasa a llamarse Cámara de Diputados.
- Se deja a salvo el proceso de ratificaciones judiciales que viene realizando el Consejo Nacional de la Magistratura.

- Debe mantenerse el nombre de Tribunal Constitucional, con sus miembros y competencias actuales, hasta que sea renovado totalmente.

- Se convoca a elecciones para una Asamblea Constituyente de 80 miembros, para que en el plazo de seis meses introduzca en la Constitución de 1979, los cambios que corresponda. Al término de su mandato, de los 80 constituyentes, los 50 más votados -y que cumplan los requisitos- pasarán a formar el Senado, y los 30 restantes se incorporarán a la Cámara de Diputados, que de esta manera tendrá un total de 150 miembros.

- Se establece que la ONPE es parte integrante del Jurado Nacional de Elecciones. En igual sentido es el RENIEC. Ambos dependerán del Jurado, en tanto se hagan las reformas correspondientes.

- Los cambios efectuados son sancionados por un referéndum posterior.

2. SEGUNDA ALTERNATIVA

Utilizar los mecanismos que la actual Constitución de 1993 prevé para la reforma constitucional, teniendo en cuenta lo siguiente:

a) Introducir una reforma total incorporando la Constitución de 1979, aprobando esta decisión en dos legislaturas ordinarias sucesivas o en una y ulterior ratificación en referéndum.

b) Simultáneamente, introducir las reformas de actualización de la Carta de 1979, con las correspondientes disposiciones transitorias, estableciendo los plazos correspondientes.

3. TERCERA ALTERNATIVA

a) Aprobar una ley de referéndum, para consultar al pueblo si quiere retornar a la Constitución de 1979 y, si es así, convocar a una Asamblea Constituyente para que reforme, actualice y ponga en práctica dicha Constitución.

b) Aprobar una ley de referéndum para que el pueblo decida si quiere que se apruebe una nueva Constitución que recoja lo mejor de la tradición histórica del Perú. De ser el caso, sería convocada una Asamblea Constituyente expresamente para ello."

(*Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú*, Ministerio de Justicia, Lima 2001, pág. 101-103).

134. En conclusión, y conforme a los fundamentos precedentes, el Tribunal Constitucional considera que no está prohibido a las Comisiones del Congreso presentar proyectos de ley; que el retiro de la firma de Alberto Fujimori en el documento de promulgación es legítimo, pues no despromulga la Constitución de 1993; que el texto resultante, una vez aprobado por el Congreso y aceptado mediante referéndum, será una Constitución nueva, conforme al sentido estipulado en el fundamento N.º 125, la que debe recoger la Constitución histórica de la República y los principios y valores establecidos en la Constitución de 1979; por lo que la pretensión debe desestimarse.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y su Ley Orgánica

FALLA

DECLARANDO INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 27600. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial El Peruano y la devolución de los actuados.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REY TERRY
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

EXP. N.º 014-02-AI
CUSCO
COLEGIO DE ABOGADOS DEL CUSCO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MANUEL AGUIRRE ROCA

Disiento de la presente sentencia —con el debido y recíproco respeto por las opiniones de mis honorables colegas— porque considero fundada la demanda en sus dos principales petitorios, vale decir, que estimo que el objetivo que la ley impugnada persigue (abrogar la Constitución del 93' y reemplazarla por una nueva), no puede lograrse mediante el procedimiento que ella misma autoriza, esto es, que al otorgar, dicha ley (N.º 27600), facultades al Congreso para a) abrogar la Constitución vigente; y b) reemplazarla por otra, cuyo texto sería elaborado y aprobado por él mismo, y no por un órgano *ad hoc* con facultades constituyentes recibidas expresamente del pueblo, desconoce los límites de las facultades de reforma que la Constitución vigente le otorga, esto es, los límites de las que recibe del artículo 206 de la misma, pues tal es la fuente de tales atribuciones reformadoras.

La inconstitucionalidad incurrida radica, pues, tanto en el propósito de otorgar al Congreso facultades para abrogar la Constitución vigente, que resultan reñidas con los procedimientos de reforma que ella regula, y que sólo permiten conseguir objetivos más modestos (introducción de "reformas" en la Constitución vigente), e insusceptibles de alcanzar semejante resultado; cuanto en el paralelo, y no menos traumático propósito de generar, por el mismo sencillo mecanismo del artículo 206', el nacimiento de una nueva Constitución.

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 depositario 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, mediando un determinado respaldo (dos legislaturas ordinarias sucesivas y el apoyo de más de los dos tercios del número legal de sus miembros) no es ya necesaria 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 y aprobación del poder constituyente originario.

Es cierto que luego de aprobada la reforma en dos legislaturas ordinarias sucesivas, con más de 80 votos cada vez, nada impide, según el artículo 206' examinado, que el Congreso someta el texto aprobado a referéndum popular; pero también lo es que nada lo obliga a tal sometimiento. Ahora bien, la opción indicada (someter

el texto final, o no, a referéndum) no hace sino subrayar lo ya dicho: que no existe obligación de hacerlo y, en consecuencia, que las reformas autorizadas por el comentado dispositivo no comprenden a las que no pueden introducirse sin la participación y aprobación popular (entre las cuales están, por cierto, la derogación o abrogación de una Constitución; el lanzamiento de una nueva; y, consecuentemente, la operación conjunta de reemplazar a una por otra, pues ello supone ambas cosas: el ocaso de la primera y el amanecer de la segunda).

Sin salir del texto del artículo 206° comentado, se puede corroborar la tesis expuesta glosando su última parte, pues allí se lee que las reformas que, según el procedimiento reglado en él, se decida introducir en la Constitución, se ponen en vigencia mediante la promulgación de la correspondiente ley, cosa que, por cierto, parece impensable respecto tanto de la abrogación de una Constitución vigente, como del alumbramiento de la llamada a reemplazarla. Las constituciones, en efecto, no se abrogan ni promulgan mediante simples leyes, pues éstas, siendo de menor jerarquía, no pueden privar de efectos a aquéllas, ni tampoco extenderles partidas de nacimiento. Las constituciones se ponen en vigencia en forma directa, y no a través de leyes, y es, precisamente, al poner en vigencia a la nueva, como resulta abrogada la vieja. La partida de nacimiento de la nueva, equivale a la de defunción de la anterior.

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 partida de nacimiento y su fuente jurisdiccional) y su continuidad (esto es, su imperio temporal ininterrumpido), pero nada más. Si se trata de elaborar el texto para una nueva Constitución, 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.

Se comprende, pues, que un buen número de muy distinguidos y sobresalientes constitucionalistas, de comentaristas versados en la materia, y especialmente, de ilustres Colegios de Abogados de toda la República (parece que todos, o casi todos), incluyendo al que oficia de demandante en estos autos y al de Lima, hayan hecho conocer su opinión en el sentido expuesto: el Congreso, según el artículo 206° comentado, tiene atribuciones

para introducir cambios en la Constitución vigente, y para preparar, redactar y aprobar, en última instancia, los textos correspondientes; pero si se trata de preparar una nueva Constitución, el Congreso no tiene las facultades necesarias para elaborar y aprobar los textos respectivos. Quien las tiene, en tal caso, es el pueblo, el mismo que puede —y suele— ejercerlas a través del órgano constituyente *ad hoc* que él mismo, en tal circunstancia —esto es, si desea una nueva Constitución, y no sólo la vigente reformada— tendría que designar. A este órgano *ad hoc* suele denominarse “Asamblea Constituyente”, aunque puede dársele otro nombre, si bien su función será siempre la misma: preparar, debidamente investido por el pueblo, los textos de la futura Constitución, los cuales, a su turno, una vez listo el proyecto final, habrán de someterse a conocimiento y aprobación del pueblo mismo.

Conviene agregar, como complemento de un punto ya esbozado, que la parte de la ley impugnada que dispone que los textos elaborados y aprobados por el Congreso, ya organizados en forma de nueva Constitución, sean sometidos a la aprobación del pueblo, vía referéndum, pone de manifiesto que el Congreso ha advertido que el procedimiento reglado por el comentado artículo 206°, no le permite la elaboración del proyecto final de una nueva Constitución, pues, según ya se ha indicado, tal artículo no exige la consulta popular. Dicho de otro modo, para lograr dar cima a su propósito (preparar por sí y ante sí —sin perjuicio de la colaboración externa que pueda solicitar— el texto de una nueva Constitución), el Congreso ha creado un procedimiento no previsto en la Constitución, es decir, que ha agregado al procedimiento del artículo 206°, la obligación de someter el texto final a referéndum; o, si se prefiere, lo hecho equivale a la modificación, mediante simple ley (la 27600), del artículo 206° tantas veces citado; cosa que, como se sabe, no es posible y tampoco constitucional. Lo dicho significa que por el simple hecho de someter a referéndum su propuesta de reforma, el Congreso no puede adquirir, ni ha adquirido, la potestad de elaborar y aprobar, por sí y ante sí, el texto de la nueva Constitución proyectada, materia del referéndum.

Debe destacarse, en este contexto, que la decisión de someter el texto final elaborado y aprobado por el Congreso a un referéndum, no obstante que el artículo 206° de la Constitución no lo exige, es un paso positivo que pone de manifiesto la buena fe y la seriedad con que viene actuando el Congreso. El mismo propósito encomiable se refleja en el artículo 3° de la Ley impugnada (27600) que tiene el siguiente tenor:

“El proceso de reforma se llevará a cabo promoviendo el más amplio debate nacional, mediante la permanente realización de eventos académicos como foros, conversatorios, entre otros actos que tiendan a la difusión y discusión de las propuestas para el cambio constitucional”.

Sin embargo, el hecho de someter a referéndum el proyecto final elaborado y aprobado por el Congreso, no es suficiente, según lo expuesto, para otorgarle las

atribuciones que el artículo 206° no le otorga —y, antes bien, *contrario sensu*, le deniega— esto es, las de someter a referéndum un texto final elaborado y aprobado, en última instancia, por él mismo, como proyecto final de una nueva Constitución.

Respecto de los otros dos petitorios —a mi juicio de menor importancia, si no, en último análisis, inclusive ajenos al problema central planteado en la demanda de autos— que se relacionan, el primero, con el retiro de la firma del Ing. Fujimori Fujimori del texto de la Constitución del 93'; y, el otro, con la votación que aprobó la ley impugnada (sólo 53 votos), mis conclusiones concuerdan con las que obran en la presente sentencia, aunque los fundamentos no siempre resulten compartidos, toda vez que, a mi juicio, el retiro de la firma susodicha, visto el texto de la Ley 27600 —que precisa que ello no priva de vigencia a la Constitución del 93'— es un acto de naturaleza sólo *material* y que, así entendido y por ello mismo, no puede trascender al plano jurídico correspondiente, esto es, al ámbito de la validez y de la vigencia de la Constitución del 93', ni más ni menos que tampoco podría hacerlo, salvando alguna pequeña distancia, la eliminación, p.ej., de alguna mancha de tinta filtrada en el mismo documento. La validez de la Constitución vigente, según su propio tenor, depende —y dependió siempre, *ab initio*— de sólo dos actos (ellos sí de naturaleza jurisgénica) sucesivos y complementarios, a saber: la aprobación otorgada, primero, por el Congreso Constituyente Democrático, y la aprobación subsiguiente, sancionada por el pueblo, a través del referéndum. Así resulta del texto, claro y preciso, de la Decimocuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente, cuyo tenor es el siguiente:

"Decimocuarta.- La presente Constitución, una vez aprobada por el Congreso Constituyente Democrático, entra en vigencia, conforme al resultado de referéndum regulado mediante ley constitucional".

A la vista de lo expuesto, la participación del Ing. AFF no era necesaria ni para la validez ni para la vigencia de la Constitución, de modo que el retiro de su firma tampoco puede afectar ni lo uno ni lo otro, pues lo que la firma no dio, su retiro no puede quitar.

Corolario de lo dicho es que el retiro de la firma no produce el efecto de "despromulgar" —y menos de invalidar— la Constitución del 93'.

Entrando en el último petitorio, el relativo a la tesis de que la Ley (N.º 27600) impugnada es inconstitucional por la forma, por haberse aprobado sólo con 53 votos a favor, debo confesar, con el mayor respeto por el ilustre demandante, que no le encuentro fundamento atendible. En mi criterio, dada su naturaleza, la Ley 27600 no está comprendida en el artículo 106° de la Constitución, ni en sus reglas concordantes. El problema consiste, en este caso, en una operación lógica de encaje o simple subsunción de un objeto en una clase, o, si se prefiere, concretamente, de determinar si un individuo dado pertenece a una especie dada. Y, lo confieso, no encuentro razones que lleven a considerar que la Ley 27600

pertenece, como objeto o individuo, a la clase definida en el precitado artículo 106° de la Constitución —esto es, a la familia de las leyes orgánicas— puesto que, en efecto, mediante ella no se regula —ni se pretende hacerlo— el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, sino sólo promover la elaboración de proyectos de reforma constitucional, los mismos que, por lo demás, pueden ser preparados y presentados, por iniciativa propia, por cualquier congresista, y en ausencia de autorizaciones otorgadas por leyes especiales.

Unas precisiones antes de terminar

He querido mantenerme al margen de toda consideración de tipo político, porque ellas suelen nublar el criterio técnico—jurisdiccional, de modo que en ningún momento, a lo largo de la emisión de este voto, me he detenido a pensar sobre si "conviene", o no, derogar la Constitución del 93', ni sobre si "conviene" reemplazarla, ya sea por la del 79' o por alguna otra, incluyendo a la proyectada por el Congreso.

Tampoco he querido adornar esta opinión con citas doctrinarias, jurisprudenciales o de derecho comparado, por temor a que ellas pudieran difuminar u oscurecer los perfiles estrictamente lógico—jurídicos de la misma. Además, las citas eruditas, que abundan tanto en la demanda de autos como en su contestación y en la extensa y excelentemente documentada sentencia de este Tribunal (con la que, según he manifestado líneas arriba, en parte concuerdo, pero en parte discrepo) hacen innecesaria mi incursión en tales ámbitos, pues cuanto en ellas se expresa lleva, a mi juicio, a la conclusión de que una cosa es "reformar" una Constitución, y otra, muy distinta, "sustituirla" por una nueva, tal como lo vengo sosteniendo en este voto singular.

Finalmente, porque considero un deber —en asunto tan delicado— el evitar interpretaciones inexactas, me complace declarar que estimo que el intenso trabajo de estudio constitucional que, con el serio propósito de enriquecer y elevar el nivel de nuestra Carta Magna, viene realizando el Congreso, es ciertamente meritorio y útil, y que, por lo demás, tal esfuerzo sí puede desembocar, por medio del procedimiento del comentado artículo 206°, en la introducción de las respectivas reformas en la Constitución vigente. Lo que no puede el Congreso, según aquí lo he expresado, es convertir sus proyectadas reformas, por inspiradas y lúcidas que sean, en el texto de una nueva Constitución, mediante el sólo sometimiento de ellas a un único y definitivo referéndum. El proyecto de una nueva Constitución debe ser elaborado —si se quiere una nueva Constitución— por un órgano *ad hoc* designado por el pueblo, y no, por sí y ante sí, por el Congreso, pues éste sólo tiene —según la tesis aquí sostenida— facultades para elaborar y aprobar proyectos finales de reformas constitucionales de la Constitución vigente.

SR.

AGUIRRE ROCA

Exp. N° 0005-2003-AI/TC [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por Jonhy Lescano Ancieta en representación de 64 Congresistas de la República. Se reafirma la constitucionalidad de los artículos 1°, 2° y 3°, así como de la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley N° 26285, sobre desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios de portadores de larga distancia].

Fecha de Resolución: 3 de octubre de 2003

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 15 de octubre de 2003

Resumen: En la demanda de inconstitucionalidad recaída en el Expediente N° 0005-2003-AI/TC se alegó que el artículo 1° de la Ley N° 26285 ("Los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de larga distancia nacional e internacional serán desmonopolizados progresivamente mediante la fijación de un período de concurrencia limitada durante el cual se adecuarán estos servicios a un régimen de libre competencia") era inconstitucional, pues al establecerse un período de concurrencia limitada de cinco años a los concesionarios se violaba el artículo 61° de la Constitución que señala expresamente que "ninguna ley o concertación puede autorizar ni establecer monopolios". Asimismo se planteó que la segunda fracción de la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución propiciaba una contradicción con la norma prevista en el artículo 61° de la Constitución.

Al respecto, el Tribunal Constitucional (TC) resolvió la aparente antinomia denunciada por los demandantes empleando los criterios específicos de interpretación constitucional y, en particular, el "principio de unidad de la Constitución".

En esa línea advirtió que debe entenderse que con el artículo 61° de la Constitución se prohíbe *ex novo* la creación o el establecimiento de monopolios legales, en tanto que con la Octava Disposición Final de la Constitución se establece un mandato al legislador para que, respecto de los monopolios preexistentes (segunda fracción), se dicten las leyes necesarias que prevean los mecanismos y el proceso para eliminarlos progresivamente. En tal sentido, lejos de presentarse un problema de incoherencia entre dos disposiciones constitucionales existe, por el contrario, una relación de complemento entre ellas. Por lo que el Colegiado precisó que esa prohibición de crear monopolios legales no puede extenderse análogamente a la regulación de los mecanismos y el proceso de eliminación de los monopolios preexistentes a la Constitución de 1993.

Asimismo, el Tribunal concluyó que no existió un monopolio en la prestación de los servicios de telefonía en los términos que refiere la Ley N° 26285, es decir, legalmente creado; y que la desmonopolización progresiva en la prestación de los servicios públicos de telefonía se encontraba dentro de los alcances de la segunda fracción de la Octava Disposición Final de la Constitución.

De otro lado, el artículo 3° de la Ley N° 26285, el mismo que señalaba: "Los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen el carácter de contrato-ley", también fue materia de impugnación en el sentido que viola el artículo 62° de la Constitución, al otorgar el carácter de "contrato-ley" a la concesión pactada con Telefónica del Perú.

Al respecto, el TC precisó en primer término lo que debe entenderse por contrato-ley. Señaló en tal sentido que un "contrato-ley" es un convenio que pueden suscribir los contratantes con el Estado, en los casos y sobre las materias que mediante ley se autorice. Por medio de él, el Estado puede crear garantías y otorgar seguridades, dándoles a ambas el carácter de intangibles. Es decir, mediante tales contratos-ley, el Estado, en ejercicio de su *ius imperium*, crea garantías y otorga seguridades y, al suscribir el contrato-ley, se somete plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió éste.

De ahí que señaló que no comparte la interpretación restrictiva sobre el contenido del contrato-ley que los demandantes alegan, en el sentido que no pueden comprender a la concesión del servicio de telefonía, sino solo al régimen de estabilidad jurídica y tributaria. Por un lado, porque el segundo párrafo del artículo 62° de la Constitución establece que "mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades", sin establecer qué tipo de garantías y seguridades son las que se pueden brindar. Y, de otro, porque en la práctica una aseveración como la que expresan los demandantes, lejos de optimizar que se cumpla el *telos* de la institución del contrato-ley, lo termina desnaturalizando.

Remarcó que, en abstracto, no existe una limitación para que el Estado mediante el contrato-ley solo extienda las garantías que se derivan de su suscripción al ámbito tributario o jurídico. Puede perfectamente extenderse, dentro de los límites que la Constitución y la ley fijen, a todas las cláusulas contractuales en aquellos casos en los que el contrato-ley constituya un contrato administrativo, precisamente con el objeto de que, con posterioridad a su suscripción, el Estado no invoque la existencia de una cláusula exorbitante y se desvincule de los términos contractuales pactados.

Asimismo, precisó que no sólo gozan de inmodificabilidad las cláusulas que compongan el contrato-ley cuando así se acuerde, sino también el estatuto jurídico particular fijado para su suscripción. Es decir, tanto la legislación a cuyo amparo se suscribe el contrato-ley, como las cláusulas de este último. Ello, como producto de una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62° de la Constitución.

En lo referente a la declaración de inconstitucionalidad solicitada respecto del contrato-ley de concesión celebrado entre la Compañía Peruana de Teléfonos (Telefónica del Perú S.A.A.) y el Estado peruano, el Colegiado señaló que éste constituye una figura *sui generis* de la institución del "contrato", no siendo una "categoría normativa", una fuente formal del derecho constitucional, como cualquiera de las enunciadas en el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución, por tanto no es pasible de control constitucional mediante este proceso. Advirtió que una cosa es reconocer a los contratos, en general, fuerza vinculante u obligatoriedad de sus términos, y otra, muy distinta, atribuirles la calidad de "fuentes primarias" o, como la Constitución denomina a las fuentes susceptibles de impugnarse mediante este proceso, de "normas con rango de ley".

Temas Claves: Contratos de concesión - contratos-ley - fuerza de ley - normas con rango de ley - principio de igualdad - principio de coherencia normativa - principio de jerarquía normativa - principio de unidad en la interpretación constitucional - prohibición del establecimiento de monopolios - servicio de telefonía fija local - supervisión y fiscalización del mercado de los servicios públicos.

EXP. N.º 005-2003-AI/TC
LIMA

CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de octubre de 2003, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por sesenta y cuatro Congresistas de la República, representados por el Congresista Jonhy Lescano Ancieta, contra los artículos 1º, 2º, 3º, y la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley N.º 26285, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 14 de enero de 1994. Acumulativamente, solicitan que se declare inconstitucional el contrato-ley de concesión celebrado entre la Compañía Peruana de Teléfonos, hoy Telefónica del Perú S.A.A., y el Estado peruano.

ANTECEDENTES

Sesenta y cuatro Congresistas de la República, con fecha 20 de mayo de 2003, , interponen acción de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 26285, que autoriza la suscripción del "contrato-ley" de concesión celebrado entre la Compañía Peruana de Teléfonos -hoy Telefónica del Perú S.A.A.- y el Estado peruano, por considerar que es inconstitucional por la forma y el fondo.

Alegan que el artículo 1º y la Segunda Disposición Final y Transitoria de la ley cuestionada, han establecido un monopolio por cinco años a favor de Telefónica del Perú, para que preste, de forma exclusiva, los servicios de telefonía fija local y de portadores de larga distancia nacional e internacional, atentando de esta forma contra el artículo 61º de la Constitución Política del Perú, que declara que el Estado combate el abuso de posiciones dominantes o monopólicas, y, por ende, que ninguna ley puede autorizar la creación de monopolios.

Sostienen que el artículo 3º de la ley en cuestión viola el artículo 62º de la Constitución, ya que otorga el carácter de "contrato-ley" a la concesión pactada con Telefónica del Perú, pese a que el segundo párrafo del artículo en mención sólo permite la celebración de contratos-ley para otorgar garantías y seguridades; más aún, los Decretos Legislativos N.ºs 662 y 757 precisan los casos en que pueden suscribirse, y, entre ellos, no figuran los de concesión de un servicio público; agregando que dichos contratos tienen como finalidad que el Estado establezca garantías y otorgue seguridades a los inversionistas, lo que no sucede con los contratos de concesión.

Refieren que también se viola el artículo 65º de la Carta Magna, ya que se han pactado una serie de beneficios

a favor de Telefónica del Perú y se ha omitido defender a los millones de usuarios. Dichas ventajas se traducen en haber creado un monopolio a favor de la empresa, el cobro de la renta básica, el cobro por minuto y el pago que se hace la misma empresa por gerenciar su negocio, todo lo cual resulta perjudicial para los consumidores y usuarios, añadiendo que se atenta contra el artículo 103º de la Constitución, toda vez que la mencionada ley se expidió sólo para celebrar el contrato de concesión con la Compañía Peruana de Teléfonos, hoy Telefónica del Perú S.A.A.

Indican que la Primera Disposición Transitoria de la ley cuestionada transgrede la Octava Disposición Transitoria de la Constitución, que aun no siendo parte de la Carta Magna, dispone la eliminación progresiva de los monopolios otorgados, es decir, los ya existentes, y no crear uno nuevo, como ha sucedido en el presente caso; además, señalan que, a su criterio, la misma Octava Disposición Transitoria es contraria a la Constitución, porque la Carta Magna de 1979 y la de 1993 no permiten, aun por excepción, la creación de monopolios. La violación se produce porque las leyes de desarrollo constitucional relativas a los mecanismos y al proceso para eliminar progresivamente los monopolios legales otorgados en las concesiones y licencias de servicios públicos, se deben aplicar a las concesiones y licencias de servicios públicos otorgados antes de la entrada en vigencia de la actual Constitución, esto es, antes del 1 de enero de 1994, y no con posterioridad, como ocurre con el contrato de concesión cuestionado, suscrito el 16 de mayo de 1994.

Afirman que el contrato-ley celebrado con Telefónica es inconstitucional, por cuanto ha sido suscrito y pactado inválidamente, violando los artículos 2º, inciso 14), 62º, 65º y 103º de la Constitución, y, además, porque contraviene lo dispuesto en la Ley N.º 25988, y, asimismo, por haberse autorizado su suscripción mediante una ley inconstitucional, de modo que teniendo en cuenta que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, deviene igualmente inconstitucional. Expresan que el artículo 39º del Decreto Legislativo N.º 757 establece que los contratos de estabilidad son contratos con fuerza de ley, es decir, que tienen la categoría de ley, por lo que es posible que se declare su inconstitucionalidad.

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente o, en su caso, infundada. Alega que es improcedente, por las siguientes razones:

- a) La parte demandante no tiene legitimidad para obrar, ya que varios Congresistas se han apartado del proceso al retirar sus firmas y, en el proceso de inconstitucionalidad, el retiro de cualquiera de los miembros de la parte demandante que signifique el incumplimiento de contar con la cantidad mínima de personas necesarias para interponer la demanda, afecta la legitimación procesal que exige la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
- b) La demanda fue interpuesta vencido el plazo de prescripción establecido por ley, debido a que la Ley N.º

26618, de fecha 8 de junio de 1996, fijó en seis meses el plazo para que prescriba la acción de inconstitucionalidad; y, según la Tercera Disposición Transitoria de la Ley N.º 26435, este plazo empezó a computarse desde el día en que quedó constituido el Tribunal Constitucional, esto es, el 24 de junio de 1996. Lo que significa que, a la fecha de publicación de la Ley N.º 27780, esto es, el 12 de julio de 2002, que amplió el plazo de prescripción a 6 años, éste ya se había cumplido.

c) La demanda es jurídicamente imposible, pues dicha ley ya agotó sus efectos, dado que el período de concurrencia limitada establecido en ella, culminó el 1 de agosto de 1998, por lo que carece de sentido y utilidad declarar la inconstitucionalidad, por lo menos, de los artículos 1º y 2º de dicha norma, así como de su Segunda Disposición Transitoria, que se refieren al período de concurrencia limitada.

d) La demanda de inconstitucionalidad contra el contrato – ley es jurídicamente imposible, pues el “blindaje” de contrato-ley no lo convierte en ley, no sólo porque no es expedido por el Estado, en uso de su potestad de imperio y con las formalidades que una ley requiere, sino porque, además, no rige para una generalidad de sujetos y para supuestos abstractos; únicamente obliga a las partes que lo acordaron, en ejercicio de su libertad contractual y dentro de su relación jurídico-patrimonial.

e) La demanda incurre en una indebida acumulación de pretensiones, porque el Tribunal Constitucional no tiene competencia para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un contrato-ley, pues, conforme al artículo 62º de la Constitución Política del Perú, cualquier conflicto derivado de una relación contractual sólo puede ser solucionado en la vía judicial o arbitral.

Por otro lado, solicita que la demanda se declare infundada, aduciendo que:

a) La Ley N.º 26285 no viola el artículo 61º de la Constitución, pues es una consecuencia de la Octava Disposición Transitoria de la misma, ya que el plazo de 5 años de concurrencia limitada no crea un monopolio, sino fija un plazo para la culminación de un monopolio legal y real ya existente (desmonopolización progresiva) al momento de entrada en vigor de la Constitución y de la propia ley impugnada, ejercido por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú S.A. y la Compañía Peruana de Teléfonos S.A.; por consiguiente, lo que hizo la ley cuestionada fue finiquitar el plazo determinado de exclusividad; concretizando, así, la Octava Disposición Transitoria de la Constitución.

b) La Ley N.º 26285 no vulnera el artículo 62º de la Constitución, pues el contrato de concesión se encuentra vinculado estrechamente a los convenios de estabilidad jurídica, teniendo en cuenta que a través de éstos el Estado brinda al concesionario las garantías y seguridades para la adecuada ejecución del contrato de concesión que implica, esencialmente, la prestación de un servicio público, como en el presente caso. Además, dicho artículo no restringe el otorgamiento de garantías y seguridades a través de los

contratos-ley únicamente a los convenios de estabilidad jurídica, excluyendo a los contratos de concesión, pues el contrato – ley constituye un instrumento para fomentar la inversión; y desde esa perspectiva, es aplicable también a las concesiones. Afirma que el contrato de concesión es un contrato administrativo, al que la ley le confiere el carácter de contrato-ley, y las garantías y seguridades que lo caracterizan están vinculadas con los contratos de concesión.

c) La ley cuestionada no atenta contra el artículo 65º de la Constitución, dado que cuando ésta le dio el carácter de contrato-ley al contrato de concesión, el Estado se obligó a no modificarlo o resolverlo unilateralmente, pero no renunció a su potestad protectora de los usuarios de los servicios de telefonía, ejerciéndola a través de OSIPTEL en sus facultades reguladora, fiscalizadora, sancionadora, y resolutora de controversias y de reclamos de los usuarios, en virtud del propio contrato-ley que está siendo impugnado. Por tal motivo, ni el Tribunal Constitucional, ni el Congreso de la República, son los órganos pertinentes para resolver los conflictos surgidos entre los usuarios y las empresas que brindan el servicio de telecomunicaciones.

d) No transgrede el artículo 103º de la Carta Fundamental, debido a que antes de que se dicte la ley impugnada, ya existía un monopolio, que la norma no crea, fijando más bien un plazo para la culminación de dicho monopolio. Sostiene que tampoco es posible afirmar que la ley cuestionada haya sido dictada con nombre propio, pues esta norma fue dictada en enero de 1994, casi mes y medio antes de la subasta pública internacional en la que se otorgó la buena pro a Telefónica del Perú y en la que participaron tres consorcios que agrupan a importantes operadores telefónicos internacionales.

e) Cuando la ley señala que se otorgaría un plazo de concurrencia limitada de 5 años, no se viola la Octava Disposición Transitoria de la Constitución ni ninguna otra norma constitucional, pues el legislador fue consciente de que la eliminación de los monopolios legales no podía darse automáticamente, sino de forma gradual o paulatina.

A efectos de mejor ilustrar su criterio, dada la peculiaridad de la controversia, este Tribunal Constitucional solicitó información al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, OSIPTEL, INDECOPI y la Defensoría del Pueblo; y a las siguientes personas jurídicas: AT & T, TIM Perú S.A.C., AMERICATEL PERÚ, NEXTEL, TELEFÓNICA, José I. Távora, Jefe del Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a título personal, y la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios.

FUNDAMENTOS

§1. Petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1º, 2º y 3º, la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley N.º 26285

y, acumulativamente, del "contrato-ley" de concesión celebrado entre el Estado peruano y la Compañía Peruana de Teléfonos, hoy Telefónica del Perú S.A.A.

§2. Objeto de la acción de inconstitucionalidad y la impugnación del Contrato-Ley de Concesión

2. Antes de ingresar en el análisis de la primera parte de la pretensión, el Tribunal Constitucional examinará si tiene competencia para efectuar el control de constitucionalidad, sobre un contrato-ley, como el celebrado entre el Estado peruano y la Compañía Peruana de Teléfonos, hoy Telefónica del Perú S.A.A.

Ello ha de partir, como es obvio, del análisis de las disposiciones constitucionales que regulan las competencias de este Tribunal y, en particular, del inciso 4) del artículo 200° de la Constitución, concordante con el artículo 20° de la Ley N°. 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional [en adelante, LOTC], según los cuales, a través del proceso de inconstitucionalidad, se evalúa si una *ley onorma con rango de ley* son incompatibles, por la forma o por el fondo, con la Constitución Política del Estado.

§3. El marco conceptual del orden jurídico

3. El orden jurídico es un sistema orgánico, coherente e integrado jerárquicamente por normas de distinto nivel que se encuentran interconectadas por su origen, es decir, que unas normas se fundan en otras o son consecuencia de ellas.

El ordenamiento jurídico se conceptualiza como una pluralidad de normas aplicables en un espacio y tiempo determinados, y se caracteriza por constituir una normatividad sistémica, y por su plenitud hermética.

En puridad, una norma jurídica sólo adquiere valor de tal, por su adscripción a un orden. Por tal consideración, cada norma está condicionada sistémicamente por otras. Ello debido a que el orden es la consecuencia de una previa construcción teórico-instrumental.

Al percibirse el derecho concreto aplicable, en un lugar y tiempo determinados, como un orden regulador, se acredita la constitución de una totalidad normativa unitaria, coherente y organizadora de la vida coexistencial.

Ariel Álvarez Gardiol (*Manual de Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1982) afirma que el orden jurídico comporta la existencia de una normatividad sistémica, puesto que "(...) el derecho es una totalidad, es decir, un conjunto de normas entre las cuales existe tanto una unidad como una disposición determinada". Y agrega que, por ende, se le puede conceptuar como "el conjunto o unión de normas dispuestas y ordenadas con respecto a una norma fundamental y relacionadas coherentemente entre sí".

Esta normatividad sistémica se rige bajo el criterio de la unidad, dado que se encuentra constituida sobre la base de un escalonamiento jerárquico, tanto en la producción como en la aplicación de sus determinaciones regulatorias.

Hans Kelsen (*Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1987) precisa que un orden normativo sistémico es unitario, porque todas sus normas convergen en una norma fundamental, de la cual derivan directa o indirectamente, en sucesión, grado o escalera, hasta llegar a las normas más concretas.

Toda norma encuentra su fundamento de validez en otra superior, y así sucesivamente, hasta llegar a la norma fundamental. Tal concepto de validez no sólo alude a la necesidad de que una norma se adecue formalmente a otra superior, sino también a su compatibilidad material.

Esta normativa está sujeta al criterio de coherencia, pues la normatividad sistémica es una totalidad armónicamente ordenada, en la que las normas que la conforman guardan una relación de compatibilidad entre sí, lo que excluye cualquier posibilidad de contradicción permanente.

Esta vocación por la coherencia exige la exclusión de cualquier situación en que dos normas que se contradicen en sus consecuencias jurídicas, pertenezcan o sigan perteneciendo a un mismo ordenamiento legal.

En consonancia con todo lo expuesto, puede señalarse que la normatividad sistémica del orden jurídico descansa en los siguientes principios: la coherencia normativa y el principio de jerarquía de las normas.

§3.1. El principio de la coherencia normativa

4. Dicha noción implica la existencia de la unidad sistémica del orden jurídico, lo que, por ende, presume una relación armónica entre las normas que lo conforman.

Ello es así por la necesaria e imprescindible compenetración, compatibilidad y conexión axiológica, ideológica y lógica entre los deberes y derechos asignados, además de las competencias y responsabilidades establecidas en el plano genérico de las normas de un orden jurídico.

Lo opuesto a la coherencia es la antinomia o conflicto normativo, es decir, la existencia de situaciones en las que dos o más normas que tienen similar objeto, prescriben soluciones incompatibles entre sí, de modo tal que el cumplimiento o aplicación de una de ellas acarrearía la violación de la otra, ya que la aplicación simultánea de ambas resulta imposible.

Como puede colegirse de lo expuesto, la coherencia se ve afectada por la aparición de las denominadas antinomias. Estas se generan ante la existencia de dos normas que simultáneamente plantean consecuencias jurídicas distintas para un mismo hecho, suceso o acontecimiento. Allí se cautela la existencia de dos o más normas afectadas "por el síndrome de incompatibilidad" entre sí.

La existencia de la antinomia se acredita en función de los siguientes presupuestos:

- Que las normas afectadas por el "síndrome de incompatibilidad" pertenezcan a un mismo orden jurídico; o que encontrándose adscritas a órdenes distintos, empero, estén sujetas a relaciones de coordinación o

subordinación (tal el caso de una norma nacional y un precepto emanado del derecho internacional público).

- Que las normas afectadas por el "síndrome de incompatibilidad" tengan el mismo ámbito de validez (temporal, espacial, personal o material).

El ámbito temporal se refiere al lapso dentro del cual se encuentran vigentes las normas.

El ámbito espacial se refiere al territorio dentro del cual rigen las normas (local, regional, nacional o supranacional).

El ámbito personal se refiere a los status, roles y situaciones jurídicas que las normas asignan a los individuos. Tales los casos de nacionales o extranjeros; ciudadanos y pobladores del Estado; civiles y militares, funcionarios, servidores, usuarios, consumidores, vecinos; etc.

El ámbito material se refiere a la conducta descrita como exigible al destinatario de la norma.

- Que las normas afectadas por el "síndrome de incompatibilidad" pertenezcan, en principio, a la misma categoría normativa; es decir, que tengan homóloga equivalencia jerárquica.

Atendiendo a ello, puede definirse la antinomia como aquella situación en que dos normas pertenecientes al mismo orden jurídico y con la misma jerarquía normativa, son incompatibles entre sí, debido a que tienen el mismo ámbito de validez.

§3.2. El principio de jerarquía piramidal de las normas

5. La normatividad sistémica requiere necesariamente que se establezca una jerarquía piramidal de las normas que la conforman.

Al respecto el artículo 51° de la Constitución, recogiendo dicho principio, declara: "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado".

Con ello se postula una prelación normativa con arreglo a la cual, las normas se diversifican en una pluralidad de categorías que se escalonan en consideración a su rango jerárquico.

Dicha estructuración se debe a un escalonamiento sucesivo tanto en la producción como en la aplicación de las normas jurídicas.

Esta jerarquía se fundamenta en el principio de *subordinación escalonada*. Así, la norma inferior encuentra en la superior la razón de su validez: y, además, obtiene ese rasgo siempre que hubiese sido creada por el órgano competente y mediante el procedimiento previamente establecido en la norma superior.

Como señala Francisco Fernández Segado [*El sistema Constitucional Español*, Madrid: Dykinson, 1992], la pirámide jurídica "(...) implica la existencia de una diversidad de normas entre las que se establece una jerarquización, de conformidad con la cual una norma

situada en un rango inferior no puede oponerse a otra de superior rango. Ello, a su vez, implica que el ordenamiento adopte una estructura jerarquizada, en cuya cúspide obviamente se sitúa la Constitución". Un sistema jurídico no está constituido por normas yuxtapuestas y coordinadas, sino por normas jerárquicas y superpuestas.

Ello presupone una clara correlación entre la fuente de la que emana una norma, la forma que ésta ha de adoptar y la fuerza jurídica de la misma. El precepto que regula la producción normativa es, *prima facie*, una norma superior; mientras que la producida conforme a esa regulación es una la norma inferior.

En toda estructura jerárquica existen tres tipos de normas, a saber, las productoras, las ejecutoras y las ejecutoras-productoras:

- Las normas productoras, en un sentido amplio, son las que revelan la expresión y ejercicio de un poder legislativo (originario o derivado), por el que se promueve y condiciona la expedición de otras normas, a las cuales se les asigna una jerarquía inferior. Es el caso de la Constitución y de buena parte de las leyes.

- Las normas ejecutoras son aquellas que dan cumplimiento a lo dispuesto o establecido en una norma productora. Tal el caso de las resoluciones.

- Las normas ejecutoras-productoras son aquellas que realizan ambas tareas simultáneamente. Tal el caso de una buena parte de las leyes y los decretos.

La producción de normas deja constancia del inseparable binomio poder-deber.

El poder del legislador consiste en la facultad de crear, modificar, abrogar, -etc.-, normas dentro de un Estado, siempre que se respeten las reglas de elaboración.

Este poder se manifiesta descendentemente en cinco planos: poder constitucional, poder legislativo ordinario, poder reglamentario, poder jurisdiccional y poder negocial o de declaración de voluntad.

El deber de legislar consiste en la atribución de dictar normas que permitan hacer cumplir, respetar o ejecutar los alcances de otras de mayor jerarquía.

Este deber ascendentemente se manifiesta en cuatro planos:

- Deber negocial o de declaración de voluntad, dentro del marco de la Constitución y demás normas de carácter público.

- Deber de aplicar la ley y ceñirse a ésta para resolver los conflictos de carácter judicial o administrativo.

- Deber de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas.

- Deber de legislar dentro del contexto señalado por la Constitución.

Debe advertirse que si bien todo ordenamiento tiene forma piramidal, no todos tienen el mismo número de categorías y grados.

§3.3. Los principios constituyentes de la estructura jerárquica de las normas

6. El orden jurídico no es un sistema de preceptos situados en un mismo plano y ordenados equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos o categorías normativas.

Esta disposición estratificada es producto del uso de una pluralidad de principios que, en algunos casos, pueden determinar la ubicación de una norma dentro de una categoría normativa, o su prelación al interior de la misma.

a) Principio de constitucionalidad

Las normas constitucionales poseen supremacía sobre cualesquiera otras del sistema, por lo que cuando éstas se les oponen formal o materialmente, se preferirá aplicar las primeras. Como acota Manuel García Pelayo: "Todo deriva de la Constitución y todo ha de legitimarse por su concordancia directa o indirecta con la Constitución".

b) Principio de legalidad

Es una regla que exige sujeción a la ley y a aquellas normas de similar jerarquía. En tal virtud, condiciona la validez de las normas de inferior rango.

Tal supremacía está prevista en el artículo 51° de la Constitución, que dispone que después del texto fundamental, la ley prevalece sobre toda otra norma de inferior jerarquía.

c) Principio de subordinación subsidiaria

Establece la prelación normativa descendente después de la ley y contiene a los decretos, las resoluciones y las normas de interés de parte.

Esta disposición normativa se encuentra contemplada en el ya citado artículo 51° de la Constitución y en el artículo 3° del Decreto Legislativo N.° 560, conocido con el *nomen juris* de Ley del Poder Ejecutivo.

d) Principio de jerarquía funcional en el órgano legislativo

Expresa que a falta de una asignación específica de competencia, prima la norma producida por el funcionario u órgano funcional de rango superior. Se aplica preferentemente al interior de un organismo público.

Este principio se deduce lógicamente de la estructura de jerarquía funcional operante en cada organismo público. Así, en el Gobierno Central, se deberán tener en cuenta las normas generales previstas en los artículos 37° y siguientes del Decreto Legislativo N.° 560 -Ley del Poder Ejecutivo-, además de lo dispuesto por otras leyes.

7. Ahora bien, la pirámide jurídica nacional debe comprenderse a la luz de dos criterios rectores: las categorías y los grados.

Las categorías son expresión de un género normativo que ostenta una cualificación formal y una condición preferente determinada por la Constitución o por sus normas reglamentarias.

Ellas provienen de una especie normativa; es decir, aluden a un conjunto de normas de contenido y valor semejante o análogo.

En nuestro ordenamiento, la primera categoría se encuentra ocupada por las normas constitucionales y las normas con rango constitucional; la segunda está conformada por la ley y normas con rango de ley; la tercera está constituida por los decretos y normas de naturaleza ejecutiva; la cuarta por las resoluciones; y la quinta por las normas con interés de parte. Estas últimas incluyen las decisiones del Estado surgidas a petición de los particulares, o actos de éstos sin intervención estatal, que generen derechos y deberes de carácter personal.

Desde esta perspectiva, las acciones de inconstitucionalidad operan contra las normas contenidas en la segunda categoría; es decir, contra las leyes y normas con rango de ley, donde se incluye a las leyes orgánicas, las leyes ordinarias en sus distintas denominaciones [leyes generales, de bases, de desarrollo constitucional, etc.], los tratados (aprobados por el Congreso), los decretos legislativos, las resoluciones legislativas, el Reglamento del Congreso, las ordenanzas municipales, las normas regionales de carácter general, las ordenanzas regionales, el decreto de urgencia y los decretos leyes.

Cabe precisar que, respecto a las últimas categorías, no todas ellas tienen el mismo grado. Entre ellas existen grados. Los grados son los que exponen una jerarquía existente entre las normas pertenecientes a una misma categoría. Esta prelación interna se establece por la utilización de los principios de formalidad extraordinaria y jerarquía del órgano que la expide. Tal el caso de las resoluciones (en cuyo orden decreciente aparecen las resoluciones supremas, las resoluciones ministeriales, las resoluciones viceministeriales, etc.).

§3.4. Las normas con interés de parte y la declaración de voluntad

8. Se trata de instrumentos normativos que permiten a las personas regular sus intereses y relaciones coexistentiales de conformidad con su propia voluntad.

Se manifiestan como expresiones volitivas, tendentes a la creación de normas jurídicas con interés de parte.

Como expresión del albedrío humano, la declaración de voluntad constituye una norma jurídica obligatoria y no una mera declaración u opinión. Es un acto jurídico en el cual el sujeto expresa algo que está en su pensamiento, y que está encaminado a la producción de efectos jurídicos, tales como la creación, modificación o extinción de una relación jurídica.

Su validez se ampara en alguna de las siguientes normas:

- Inciso 14) del artículo 2° de la Constitución: "Toda persona tiene derecho: [...] A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público".

- Apartado "a" del inciso 24) del artículo 2° de Constitución: "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe".

· Artículo 140° del Código Civil: [...] Para [la validez del acto jurídico] se requiere: [...] Agente capaz [...] Objeto física y jurídicamente posible [...] Fin lícito [...] Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad".

§3.5. Efectos jurídicos de la declaración de voluntad

9. Las consecuencias de la declaración de voluntad, es decir, el corolario jurídico deseado por la persona, y por ende amparado por el ordenamiento jurídico, se traduce en la creación, regulación, modificación o extinción de una relación jurídica, generando la adquisición de un derecho o el establecimiento de una responsabilidad.

La declaración de voluntad tiene dos categorías:

Declaración unilateral de voluntad

A pesar de su carácter intersubjetivo, no supone un acuerdo de voluntades para generar un efecto o consecuencia jurídica. Es el caso del testamento, que por ser exclusiva liberalidad del testador, no implica acuerdo previo con los beneficiarios. Este acto formal (una vez fallecido el testador) funciona como un verdadero conjunto de normas jurídicas.

Declaración contractual de voluntad

Se genera por el concurso de voluntades de dos o más personas, que convienen en generar obligaciones a partir de un acuerdo. Conforme a los alcances de sus efectos, plantea dos posibilidades:

El contrato que establece normas jurídicas obligatorias sólo para las partes que lo celebran (aunque en la negociación colectiva es frecuente que el acuerdo firmado por la representación sindical y la empresarial, alcance incluso a aquellos que no pertenecen a la organización sindical).

Los contratos que realiza el Estado, que tienen consecuencias y significación que, con frecuencia, se extienden a toda la sociedad y por varias generaciones.

Generalmente su fin es la búsqueda del bien común y la satisfacción de intereses concretos de los ciudadanos en sus roles de usuarios o consumidores.

10. Según el artículo 200° de la Constitución, el objeto del proceso o, lo que es lo mismo, aquello que ha de evaluarse en su compatibilidad o no con la Constitución, comprende aquellas categorías normativas a las que la Constitución les ha asignado el "rango de ley". Con la expresión "rango" se denota la posición que una fuente formal del derecho pueda ostentar en el ordenamiento jurídico; en tanto que con la fórmula "rango de ley" se indica que las fuentes a las que se ha calificado como tales, se ubican en el ordenamiento en el grado inmediatamente inferior al que ocupa la Constitución. Sin embargo, "rango de ley" no equivale, necesariamente, a que se tenga la condición de "fuente primaria", esto es, que se encuentren creadas y disciplinadas, única y directamente, por la Constitución.

En efecto, muchas de las fuentes mencionadas en el inciso 4) del artículo 200° de la Ley Fundamental, no sólo

tienen en las normas constitucionales a las que regulan el proceso de su producción jurídica, es decir, las reglas mediante las cuales el ordenamiento regula su proceso de creación, modificación y extinción. En efecto, en ocasiones, sobre las diversas fuentes aludidas en el inciso 4) del artículo 200°, la propia Norma Suprema establece que otras fuentes del mismo rango formal cumplan, por reenvío, la función de regular el proceso de su elaboración. En tal situación, por ejemplo, se encuentran el decreto legislativo, las normas regionales o la ordenanza municipal, por sólo citar algunas cuyas reglas de producción normativa, como es evidente, no provienen sólo de la Constitución, sino también de aquellas fuentes, como la ley, a las que aquella remite.

Por tal razón, sólo las fuentes que ocupan esa posición en el ordenamiento jurídico, pueden ser impugnadas en el proceso de inconstitucionalidad de las leyes.

De modo que, como el Tribunal precisó en la sentencia recaída en el Exp. N.° 0010-2003-AI/TC [Caso de la Legislación Antiterrorista], el objeto del control de la acción de inconstitucionalidad recae sobre las disposiciones y normas que pertenecen a una fuente con rango de ley, es decir, sobre la situación normativa que se deriva de una o varias disposiciones y las normas que de ellas se puedan extraer.

11. Dado que el contrato-ley de concesión cuestionado no constituye una categoría normativa contemplada en el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución, los demandantes han alegado que éste debería integrarse al objeto del proceso por dos razones:

a) El artículo 39° del Decreto Legislativo N.° 757 les ha otorgado "fuerza de ley".

b) El contrato-ley de concesión celebrado entre el Estado peruano y la Compañía Peruana de Teléfonos (hoy Telefónica del Perú S.A.A.), ha sido aprobado y forma parte del Decreto Supremo N.° 11-94-TCC.

12. El Tribunal Constitucional no comparte ninguna de las razones expuestas por los demandantes.

En primer lugar, sin perjuicio de que más adelante se precise mejor los contornos de la institución denominado "contrato-ley", éste, constituyendo una figura *sui generis* de la institución del "contrato", no es una "categoría normativa", una fuente formal del derecho constitucional, como cualquiera de las enunciadas en el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución. Y tal afirmación nada tiene que ver con que al contrato, como se expuso en la audiencia pública, se tenga que reconocer fuerza vinculante. Ciertamente, las estipulaciones de un contrato vinculan a las partes que los suscriben, y su inobservancia, acarrea la posibilidad de que se sancionen dichos incumplimientos. Pero una cosa es reconocer a los contratos, en general, fuerza vinculante u obligatoriedad de sus términos, y otra, muy distinta, atribuirles la calidad de "fuentes primarias" o, como la Constitución denomina a las fuentes susceptibles de impugnarse mediante este proceso, de "normas con rango de ley".

13. En la audiencia pública se ha destacado que ese “rango de ley” del contrato cuestionado habría que reconocérselo *de facto*, pues si bien éste vincula al Estado y al particular que lo suscribió, sin embargo, tiene la particularidad de que sus efectos se extienden con carácter general. Desde esta perspectiva, se alega, el carácter general de sus efectos sería el que lo dotaría de la condición de “norma con rango de ley”.

El Tribunal Constitucional no comparte dicho criterio. En primer lugar, no es el ámbito de aplicación o el carácter general que se pueda desprender de las estipulaciones de un acto jurídico lo que los convierte, o permite su equiparación, a las “normas con rango de ley”. Las fuentes formales del Estado constitucional de derecho, y el rango que pudieran tener, son aquellas a las que el propio ordenamiento constitucional les atribuye dicha condición y rango. Y tales cualidades son independientes de los efectos o la eficacia *erga omnes* que puedan poseer. Repárese, por ejemplo, en las denominadas “leyes de medida”, esto es, en las leyes que, por la naturaleza de las cosas, tienen como propósito regular la situación jurídica de un ámbito reducido de destinatarios (artículo 103° de la Constitución). En similar condición se encuentran las leyes expropiatorias exigidas por el artículo 70° de la Constitución, o las normas regionales y las ordenanzas municipales, estas dos últimas cuyo ámbito de eficacia, como se sabe, está territorialmente delimitado. Y no porque cualquiera de éstas carezcan de efectos generales, similares a la ley, puede de ellas predicarse que no tienen “rango de la ley”.

En definitiva, no son razones lógicas, materiales, sus efectos más o menos generales, o cuestiones inherentes a la estructura de los diversos actos normativos, los que hacen que determinadas fuentes del derecho puedan ser consideradas como con rango de ley. El rango que una fuente ocupa en el ordenamiento jurídico es aquel que el propio ordenamiento constitucional ha dispuesto producto de una decisión de naturaleza esencialmente política expresada en la Constitución. Y sucede que, al menos por lo que se refiere a nuestro ordenamiento constitucional, ese rango no se ha conferido a los denominados contrato-ley.

14. El Tribunal Constitucional tampoco comparte el criterio sostenido por los demandantes, de que el contrato-ley impugnado debería ser evaluado en este proceso, debido a que el artículo 39° del Decreto Legislativo N.° 757 le ha otorgado “fuerza de ley”.

En el constitucionalismo decimonónico, la noción de “fuerza de ley” estuvo ligada a la idea de la ley como expresión de la voluntad general, es decir, como una propiedad derivada de su ubicación como la norma cimera del ordenamiento jurídico. Ésta, a su vez, reconocía a la expresión de la voluntad popular, por medio de sus representantes –la ley–, dos cualidades. Por un lado, una fuerza activa, consistente en la capacidad ilimitada de innovar el ordenamiento jurídico, y, por otro, una fuerza pasiva, es decir, la capacidad de resistir frente a modificaciones o derogaciones que procediesen de otras fuentes del derecho que no tuviesen sus mismos atributos.

Evidentemente, una dimensión semejante de la noción de “fuerza de ley”, hoy no es de recibo en el Estado Constitucional de Derecho. En éste, en efecto, la posición de la norma suprema ya no la ocupa la ley, sino la Constitución. Y aunque el legislador democrático goza de una amplia discrecionalidad para ejercer la función legislativa, es claro que su capacidad para innovar el ordenamiento jurídico está condicionada por los límites formales, materiales y competenciales que se deriven de la Constitución, que es la *Lex legum*.

Desde luego que no es sólo la fuerza activa de la ley la que ha tenido que replantearse a partir del establecimiento de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico. Otro tanto, ahora, cabría afirmar con relación a su fuerza pasiva. La multiplicación de fuentes normativas con el mismo rango ha supuesto que la modificación, suspensión o derogación de la ley, no necesariamente tenga que provenir de otra ley en sentido formal, esto es, de la que el Parlamento pueda aprobar; sino, también, de aquellas otras fuentes normativas que, en el ordenamiento, tienen su mismo rango, como el decreto de urgencia o el decreto legislativo, y dentro, por supuesto, de los límites que la Constitución les impone.

En buena cuenta, la multiplicación de fuentes normativas con el mismo rango de la ley ha supuesto que, en el Estado constitucional de derecho, ya no se pueda hablar de “fuerza de ley” como una cualidad adscribible únicamente a la ley en sentido formal, sino como una que se puede predicar de todas las categorías normativas que con el rango de ley se hayan previsto en la Constitución. Una capacidad de innovar el ordenamiento, pero también de resistir modificaciones, derogaciones o suspensiones, que varía según la fuente de que se trate.

15. ¿Cómo, entonces, comprender el concepto de fuerza de ley en nuestro ordenamiento constitucional? Aunque pueda parecer obvio, desde luego, a partir del sentido que se desprenda de la Constitución peruana.

Un análisis de todas las disposiciones constitucionales que aluden a la expresión “fuerza de ley”, evidencia que la Constitución de 1993 sólo se refiere en dos oportunidades a este concepto. Por un lado, en el artículo 94°, que se establece que “El Congreso elabora y aprueba su Reglamento, que tiene fuerza de ley...”; y, por otro, en el inciso 18) del artículo 119°, que dispone “Corresponde al Presidente de la República: (...) diecinueve. 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...”.

En ambos casos, la expresión no se utiliza como un símil de la noción “rango de ley” [que se predica, por otro lado, en el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución a favor de ambas fuentes y de otras]; sino que enuncia la capacidad que tienen tales fuentes, en primer lugar, para innovar, *in suo ordine* y dentro de los límites de la Constitución, el ordenamiento jurídico. Y, en segundo lugar, para contemplar una distinta fuerza pasiva, una resistencia

específica frente a modificaciones, suspensiones o derogaciones por parte de otras fuentes. Así, por ejemplo, mediante una ley o un decreto legislativo no se podrá modificar una materia, por ejemplo, cuyo desarrollo la Constitución ha reservado al reglamento parlamentario. Y tampoco por supuesto, con otra categoría normativa de rango inferior.

16. La calificación de los convenios de estabilidad jurídica como contratos con "fuerza de ley", por cierto, no proviene de la Constitución, sino, como lo han expresado los demandantes, del artículo 39° del Decreto Legislativo N.º 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada.

El origen de la denominación, en este caso, no es superfluo, dado que con la misma expresión en otros sectores del ordenamiento se alude a un tópico sustancialmente distinto. Por ejemplo, en el derecho privado, y en concreto, en el derecho civil, con tal noción también se suele aludir a la intensidad del nexo que vincula a las partes de un contrato. Como expresa Manuel de la Puente y Lavalle, "La expresión 'fuerza de ley' no debe ser comprendida como que los contratos tienen, a semejanza de la ley, carácter normativo y que obligan por tener tal carácter, sino que es simplemente una figura retórica, una metáfora, para enfatizar que los contratos, pese a ser manifestaciones de la voluntad humana, constituyen un lazo que actúa con una fuerza que guarda semejanza con la de la ley" [Manuel de la Puente y Lavalle, "La libertad de contratar", en *Themis*, N.º 33, Lima 1996, pág. 10].

En otras oportunidades, como sucede con los denominados contratos-ley, a los que se refiere el artículo 39° del Decreto Legislativo N.º 757, y sobre los que posteriormente habremos de volver, la expresión enfatiza la capacidad del contrato de no ser modificado o dejado sin efecto unilateralmente por el Estado. Es decir, subraya la protección que se brinda a ciertos contratos para que éstos no sean modificados *unilateralmente*. Ese es el sentido, en efecto, de dicho precepto legal:

"Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357° del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de ley, de manera que no pueden ser modificados unilateralmente por el Estado..."

Desde esta perspectiva, como lo ha expuesto la demandada, en criterio que este Tribunal comparte, el contrato-ley es "un acuerdo de voluntades entre dos partes, que rige para un caso concreto, sólo que está revestido de una protección especial, a fin de que no pueda ser modificado o dejado sin efecto unilateralmente por el Estado... El blindaje del contrato-ley de manera alguna lo convierte en ley (...); únicamente obliga a las partes que lo acordaron, en ejercicio de su libertad contractual, y dentro de su relación jurídica patrimonial".

En definitiva, tanto en el derecho privado como en el derecho público, el significado que se pueda atribuir al concepto de "fuerza de ley" no culmina confundiendo este concepto con el de "rango de ley", que el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución exige para que

una fuente pueda ser objeto de control en este proceso. Desde este punto de vista, el Tribunal Constitucional no es competente para evaluar en el seno del proceso de inconstitucionalidad de las leyes, la validez constitucional del contrato-ley.

17. No obstante lo anterior, es oportuno referirse a otro argumento expuesto por los demandantes en la audiencia pública, cuyo objeto fue persuadir a este Tribunal sobre la pertinencia de su competencia. En concreto, que el contrato-ley de concesión es una fuente formal del derecho, dado que fue aprobado y forma parte integrante del Decreto Supremo N.º 11-94-TCC. Así lo establece, en efecto, su artículo 1°.

"Apruébase el contrato de concesión a celebrarse entre el Estado, representado por el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú S.A. -ENTEL PERU S.A. para la prestación de servicios portadores y telefónicos locales y de larga distancia nacional e internacional, el mismo que forma parte integrante del presente decreto supremo y comprende lo siguiente: (...)"

Este Colegiado precisa que, efectivamente, es cierto lo que afirman los demandantes en el punto sexto de los fundamentos de hecho de su demanda, es decir que el "contrato-ley" materia de la presente acción forma parte del Decreto Supremo N.º 11-94-TCC; en consecuencia, estamos frente a una norma cuyo control no le corresponde por expreso mandato de la Constitución, pues el artículo 200°, inciso 4) de la Constitución, que se refiere al proceso de inconstitucionalidad, sólo le ha confiado a este Tribunal controlar la validez de la ley y las normas con rango de Ley.

Por todas las razones expuestas, el Tribunal Constitucional no es competente, *ratione materiae*, para efectuar el control abstracto de constitucionalidad del contrato-ley de concesión celebrado entre el Estado peruano y la Compañía Peruana de Teléfonos, hoy Telefónica del Perú S.A.A, por lo que este extremo de la pretensión no puede conocerse en este proceso.

§4. Alcances de la sentencia del Tribunal Constitucional y su relación con el Contrato-Ley de Concesiones suscrito por el Estado peruano y Telefónica del Perú

18. Algo más debe precisarse respecto al contrato-ley cuya declaración de inconstitucionalidad se ha solicitado. No solamente el Tribunal Constitucional no tiene competencia para efectuar sobre él un control de constitucionalidad. Además, cualesquiera que vayan a ser los alcances del pronunciamiento que aquí se emita sobre los artículos 1°, 2° y 3° y Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley N.º 26285, debe recordarse que, de conformidad con el artículo 204° de la Constitución, concordante con los artículos 35° y 36° de la LOTC, las sentencias que se emiten en este proceso no tienen efectos retroactivos y, por tanto, no pueden afectar en modo alguno la validez de los actos que al amparo de dichos preceptos legales se hayan podido realizar.

El artículo 204° de la Norma Fundamental, como se sabe, concretiza uno de los muchos alcances en los que se materializa el principio de seguridad jurídica en el ámbito de la jurisdicción constitucional. En efecto, toda declaración de inconstitucionalidad de una disposición legislativa, supone una "agresión" al ordenamiento jurídico, en la medida que sus efectos se traducen, *prima facie*, en privar de regulación una materia determinada, durante cuya vigencia, y a su amparo, se practicaron una serie de actos jurídicos. De ahí que entre la disyuntiva de otorgarle efectos retroactivos a las sentencias de inconstitucionalidad [y, por tanto, la posibilidad de que se declaren nulos los actos realizados o practicados a su amparo], y la de concederle efectos *pro futuro* [y, de ese modo, dejar a salvo los actos practicados al amparo de las disposiciones legales declaradas inconstitucionales], la Constitución de 1993, como en su momento lo hizo la Constitución de 1979, ha dispuesto que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley no tiene efectos retroactivos, salvo los casos de leyes tributarias y de contenido penal, cuyos alcances están regulados por los artículos 74° y 103° de la Constitución, así como por el segundo párrafo del artículo 36° de la LOTC, respectivamente.

Consecuentemente, es deber del Tribunal Constitucional acotar que los alcances de la sentencia que ahora expide tampoco pueden afectar la validez del contrato-ley celebrado entre el Estado peruano y Telefónica del Perú.

§5. Artículo 1° de la Ley N.° 26285 y las "cuestiones incidentales" planteadas

19. Se alega que el artículo 1° de la Ley N.° 26285 es inconstitucional, pues prevé un "periodo de concurrencia limitada (es decir, un monopolio) de cinco años a los concesionarios". El artículo 1° de dicha Ley N.° 26285 establece que:

"Los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de larga distancia nacional e internacional serán monopolizados progresivamente mediante la fijación de un período de concurrencia limitada durante el cual se adecuarán estos servicios a un régimen de libre competencia".

A juicio de los demandantes, tal disposición afecta el artículo 61° de la Constitución, pues ésta prescribe, en su parte pertinente, que:

"Ninguna ley o concertación puede autorizar ni establecer monopolios".

20. A fin de persuadir a este Tribunal de la inconstitucionalidad de dicha disposición, en buena cuenta los demandantes han planteado lo que, por decirlo así, se podría calificar como una "cuestión incidental". Según se infiere de la demanda, al evaluarse la inconstitucionalidad del artículo 1° de la Ley N.° 26285, el Tribunal no debiera considerar la segunda fracción de la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución, pues, se afirma, por un lado, que dicha disposición no

forma parte de la Constitución y, por otro, si es que el Tribunal no fuera de la opinión anterior, que se trata [la segunda fracción de la referida disposición final de la Constitución] de una cláusula constitucional que es, a su vez, inconstitucional, porque transgrede el artículo 61° de la Constitución, "dado que el artículo 61° prohíbe el monopolio, sin excepción alguna", "pese a lo cual se introdujo la Octava Disposición Transitoria, que refiere que debe llevarse progresivamente la eliminación de los monopolios, lo cual va en contra del mismo ordenamiento constitucional".

Planteado en esos términos el análisis del artículo 1° de la Ley impugnada, el Tribunal se detendrá previamente en la elucidación de estos dos temas.

§6. Las disposiciones finales y transitorias como parte de la Constitución

21. En cuanto al primer tema enunciado, este Tribunal no comparte el argumento de los recurrentes. Desde una perspectiva formal, que es la única manera cómo cabe efectuar el análisis de la cuestión planteada, las disposiciones finales y transitorias de la Constitución, al igual que el resto de disposiciones constitucionales, fueron aprobadas por el Congreso Constituyente Democrático y promulgadas conjuntamente con el resto de las disposiciones que integran la Norma Suprema del Estado. La Constitución, en efecto, no es solo "una" norma, sino, en realidad, un "ordenamiento", que está integrado por el Preámbulo, sus disposiciones con numeración romana y arábrica, así como por la Declaración sobre la Antártida que ella contiene. Toda ella comprende e integra el documento escrito denominado "Constitución Política de la República del Perú" y, desde luego, toda ella posee fuerza normativa, aunque el grado de aplicabilidad de cada uno de sus dispositivos difiera según el modo cómo estén estructurados.

Las Disposiciones Finales y Transitorias de la Constitución –y, entre ellas, la Octava Disposición–, en efecto, constituyen auténticas "normas jurídicas", aunque su función varíe, a su vez, según se trate de una Disposición Final o se trate de una transitoria.

Mediante las primeras, la Constitución de 1993 regula la situación específica de determinadas materias constitucionales, como los regímenes pensionarios del Decreto Ley N.° 20530; la función interpretativa de los tratados sobre derechos humanos en la determinación del contenido, alcances y límites de los derechos y libertades fundamentales; la misma prioridad del dictado de aquello que se denomina leyes de desarrollo constitucional, por citar algunas que, por técnica constituyente, se consideró no apropiado regular en el texto mismo de la Constitución. De ahí que una de sus características, que, como veremos inmediatamente, no la poseen las Disposiciones Transitorias, es que se trata de disposiciones con efectos de carácter "general" y "permanente", esto es, no circunscritos a un ámbito temporal de eficacia.

En cambio, con las Disposiciones Transitorias se regula el régimen temporal al cual se sujetará la regulación

de determinadas materias desarrolladas en el *corpus* constitucional. Por lo general, se trata de disposiciones que poseen una eficacia circunscrita a una dimensión temporal, que, desde luego, no incide sobre su fuerza jurídico-formal. Es decir, son disposiciones que, por su propia naturaleza, habrán de cesar en su eficacia no bien los supuestos que temporalmente ellas regulan se agoten, como sucede, en la actualidad, con la Sexta Disposición, que limitó temporalmente el mandato de los alcaldes y regidores elegidos en el proceso electoral de 1993, o la Decimotercera Disposición, que facultaba al Poder Ejecutivo, entre tanto no se constituyeran las regiones, a determinar la jurisdicción de los Consejos Transitorios de Administración Regional.

En cualquier caso, ya se trate de una Disposición Final o de una Disposición Transitoria, al Tribunal no le cabe la menor duda de que éstas constituyen auténticas disposiciones constitucionales, que tienen fuerza vinculante y, por ello, integran el parámetro de control en cualesquiera de los procesos constitucionales.

Aunque no nos hayamos detenido, en su momento, a explicitar estas consideraciones, debe recordarse que ese ha sido el criterio de este Tribunal desde el inicio de sus actividades. Por citar dos ejemplos, expresado cada uno de ellos con una distinta conformación del Tribunal, ésa fue la línea jurisprudencial seguida por este Colegiado cuando expidió las sentencias recaídas en los Expedientes N.^{os} 007-1996-AI/TC, 008-1996-AI/TC (composición inicial del Tribunal), o las sentencias recaídas en los expedientes N.^{os} 005-2002-AI/TC y 002-2003-AI/TC.

Por lo expuesto debe concluir afirmándose que las disposiciones finales y transitorias forman parte de la Constitución, e integran el parámetro de control en el proceso de inconstitucionalidad de las leyes.

§7. Mandato constitucional de prohibición del establecimiento de monopolios y la VIII Disposición Final de la Constitución. El Principio de Unidad en la interpretación constitucional.

22. Resuelto de ese modo el problema en torno al valor normativo de las disposiciones transitorias y finales de la Constitución, ahora el Tribunal Constitucional debe precisar que los problemas que se puedan presentar en el reconocimiento y coexistencia de diversos bienes constitucionales, y los aparentes conflictos que entre ellos se puedan suscitar, no se resuelven en un esquema de validez/invalidéz, sino mediante los diversos criterios de interpretación constitucional o las técnicas con las que se ha autorizado a este Tribunal Constitucional para resolver colisiones entre bienes constitucionalmente protegidos [principio de unidad de la Constitución, concordancia práctica, eficacia integradora, o técnicas como el *balancing*, o ponderación, y el mismo principio de proporcionalidad, según sea el caso].

23. Precisamente, la aparente antinomia denunciada por los demandantes, esto es, la probable contradicción entre el artículo 61° de la Constitución y su Octava Disposición Transitoria, en su segunda fracción, es un tema que

debe resolverse empleando los criterios específicos de interpretación constitucional y, en particular, con aquel que se denomina "principio de unidad de la Constitución". Como se sabe, según este criterio de interpretación, el operador jurisdiccional debe considerar que la Constitución no es *una* norma (en singular), sino, en realidad, un *ordenamiento* en sí mismo, compuesto por una pluralidad de disposiciones que forman una unidad de conjunto y de sentido.

Desde esta perspectiva, el operador jurisdiccional, al interpretar cada una de sus cláusulas, no ha de entenderlas como si cada una de ellas fuera compartimentos estancos o aislados, sino cuidando de que se preserve la unidad de conjunto y de sentido, cuyo núcleo básico lo constituyen las decisiones políticas fundamentales expresadas por el Poder Constituyente. Por ello, ha de evitarse una interpretación de la Constitución que genere superposición de normas, normas contradictorias o redundantes.

24. Una interpretación de las disposiciones constitucionales involucradas con el tema del monopolio, a partir del principio de unidad, impide a este Tribunal Constitucional considerar que exista, como se ha denunciado, una "antinomia" entre el artículo 61° de la Constitución y la segunda fracción de su Octava Disposición Final.

Mediante la primera de las disposiciones constitucionales, en efecto, se ha previsto, como regla general, y en lo que ahora interesa, que "ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios", mientras que con la segunda fracción de la VIII Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que existe prioridad en el dictado de leyes "relativas a los mecanismos y al proceso para eliminar progresivamente los monopolios legales otorgados en las concesiones y licencias de servicios públicos".

De esta manera, si con el artículo 61° de la Constitución se prohíbe, *ex novo*, la creación o el establecimiento de monopolios legales, con la Octava Disposición Final se establece un mandato al legislador para que, respecto a los monopolios preexistentes (segunda fracción), se dicten las leyes necesarias que prevean los mecanismos y el proceso para eliminarlos progresivamente. Lo que significa que lejos de presentarse un problema de incoherencia entre dos disposiciones constitucionales, existe, por el contrario, una relación de complemento entre ellas.

25. En torno a ello, los demandantes sostienen que a partir del día en que entró en vigencia la Constitución de 1993, esto es, a partir del 31 de diciembre de 1993, el legislador se encontraba imposibilitado de crear o establecer monopolios legales. Consideran, por ello, que el artículo 1° de la Ley N.° 26285, promulgado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Carta de 1993, viola su artículo 62°, pues, pese a estar prohibido, creó, *ex novo*, un monopolio legal.

Sustentando tal posición, se ha argüido que, con anterioridad a la expedición de la Constitución de

1993, no podían existir monopolios, ya que por expreso mandato del artículo 133° de la Constitución de 1979⁴⁴, éstos estaban prohibidos. Y, en la audiencia pública, se ha sostenido que las leyes y normas que regulaban a las otrora empresas Compañía Peruana de Teléfonos –CPTSA- y Empresa Nacional de Telecomunicaciones –ENTEL PERÚ- no habían creado en favor de ellas un monopolio legal. A su juicio, con ello se acreditaría que el artículo 1° de la Ley N.° 26285 no desmonopolizaría la prestación de un servicio público, sino, en buena cuenta, crearía un monopolio legal en la prestación de los servicios de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios de portadores de larga distancia nacional e internacional, al fijar un “periodo de concurrencia limitada durante el cual se adecuarán estos servicios a un régimen de libre competencia”.

26. Al contestar la demanda, el apoderado del Congreso de la República ha sostenido que este extremo de la demanda (e, inclusive, la que se extiende a la impugnación del artículo 2° de la Ley cuestionada), debe declararse improcedente, pues, en concreto, dichos preceptos legales ya agotaron totalmente sus efectos. A su juicio, los artículos 1° y 2° de la Ley N.° 26285 establecieron que el periodo de concurrencia limitada para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios de portadores de larga distancia nacional e internacional, de conformidad con la Segunda Disposición Final y Transitoria de la misma Ley, no podían ser mayores a cinco años, contados desde la fecha de otorgamiento de las nuevas concesiones. Alega que dichos contratos fueron suscritos el 16 de mayo de 1994 y, de acuerdo con el Decreto Supremo N.° 021-98-MTC, [que aprueba las modificaciones a los contratos de concesión celebrados entre el Estado y Telefónica del Perú S.A.A, en particular su cláusula segunda de la adenda], se fijó el vencimiento del periodo de concurrencia limitado para la prestación del servicio de telefonía fija local para el 1 de agosto de 1998.

A fin de contradecir este último argumento, los demandantes han sostenido que no existe tal cesación de los efectos del artículo 1° de la Ley N.° 26285, pues, pese a haber vencido el periodo de concurrencia limitada establecido en la prestación de los servicios públicos a los que se refiere dicho artículo, éste aún persiste. Para acreditarlo, han adjuntado una carta dirigida por Telefónica del Perú a TIM, en la que, a la pregunta de si ésta última puede establecer una tarifa que cobre el servicio por segundos, Telefónica del Perú contesta de modo negativo. A su juicio, tal documento constituye una prueba de que dicho periodo de concurrencia limitada aún persiste, por lo que cabe realizar el control de constitucionalidad sobre el mencionado artículo 1° de la Ley N.° 26285.

27. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional comparte parcialmente los criterios sostenidos por los demandantes. En efecto, como se sostiene en la demanda, el artículo 61° de la Constitución prohíbe al legislador crear o establecer nuevos monopolios mediante ley: “Ninguna ley –refiere dicho precepto constitucional- ni

concertación puede autorizar ni establecer monopolios”.

Pero esa prohibición de crear monopolios legales no puede extenderse análogamente, a la regulación de los mecanismos y el proceso de eliminación de los monopolios preexistentes a la Constitución de 1993. Como antes se ha señalado, a través de la segunda fracción de la VIII Disposición Final y Transitoria de la Constitución se ha establecido un mandato de legislar, con carácter prioritario, sobre el proceso y los mecanismos para eliminar los monopolios que existan con anterioridad a su entrada en vigencia.

Cabe, por tanto, preguntarse: ¿existía un monopolio en la prestación de los servicios de telefonía a los que se refiere la Ley N.° 26285? Legalmente, esto es, en virtud de que una ley haya creado un monopolio en la prestación de dichos servicios públicos, la respuesta es negativa. Como se expuso en la demanda, las fuentes que regulaban a la CPT y ENTEL PERÚ no disponían que los servicios públicos que éstos prestaban, lo eran a título de monopolio. Pero la inexistencia de una norma que lo estableciera no significa como es de público conocimiento, que ella no existiera. Es conocido, y sobre ello poco importa incidir más, que sólo dichas empresas estatales prestaban el servicio público de telefonía en el país, de manera que no existiendo propiamente un monopolio legal, sí existía un monopolio “natural”, que además era estatal, en la prestación de dichos servicios públicos.

28. Los demandantes han sostenido que si ese fuera el hecho, tal práctica era inconstitucional, pues el artículo 133° de la Constitución de 1979, vigente en aquel entonces, establecía que “Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos respectivos en la actividad industrial y mercantil...”, en tanto que su artículo 134° señalaba que “La prensa, radio, televisión y demás medios de expresión y comunicación social, y en general las empresas, los bienes y los servicios relacionados con la libertad de expresión y comunicación no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio o acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”.

Evidentemente, carece de sentido que, a los efectos de lo que aquí interesa, este Tribunal dilucide si la situación de hecho entonces imperante era incompatible con la Constitución de 1979. Después de todo, en el seno de este proceso no se juzgan hechos, sino disposiciones normativas, y el parámetro con el que el Tribunal efectúa el control de esas disposiciones normativas está integrado siempre por la Constitución vigente. Importa, sí, destacar que, una vez advertida la situación de hecho, esto es, la existencia de un monopolio estatal en la prestación de los servicios públicos de telefonía, tal circunstancia era por sí misma suficiente para que este Tribunal considerase que la regulación de la prestación de estos servicios públicos se encontraba dentro de los alcances de la segunda fracción de la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993; esto es, que sobre tal servicio público existía la obligación constitucional de dictarse leyes, con carácter prioritario, que regulasen

los mecanismos y el proceso tendientes a su eliminación progresiva.

29. Ahora bien, probado que la desmonopolización progresiva en la prestación de los servicios públicos de telefonía está dentro de los alcances de la segunda fracción de la Octava Disposición Final de la Constitución, la cuestión a dilucidar ahora es: ¿so pretexto de desmonopolizar progresivamente, se puede crear un monopolio legal, un periodo de concurrencia limitada, como refiere el artículo 1° de la Ley N.° 26285?

Con independencia de que ello esté o no prohibido por el artículo 62° de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que sobre este extremo carece de objeto pronunciarse sobre el fondo de la materia, pues el artículo 1° de la Ley N.° 26285 [y, por extensión, la Segunda Disposición Final y Transitoria de la misma Ley] cesó en su eficacia, al fijar un periodo de concurrencia limitada por el término de cinco años, que ya ha fenecido.

De modo que también debe desestimarse este extremo de la pretensión.

§8. Contratos de concesión y contratos-ley

30. Por otro lado, se alega que el artículo 3° de la Ley N.° 26285 transgrede el artículo 62° de la Constitución. Dicho precepto legal establece que:

"Los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen el carácter de contrato-ley".

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 62° de la Constitución prevé que:

"(...) Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente".

31. A juicio de los demandantes, mediante los contratos ley el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. Tales contratos-ley "(...) son denominados también contratos de estabilidad jurídica o de estabilidad tributaria" e implican "la ultraactividad de las normas vigentes al momento de suscribir los contratos", "de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado".

En ese sentido, sostienen, los contratos de concesión otorgados por el Estado "son contratos administrativos que tienen por finalidad que el Estado otorgue a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de servicios públicos"; mientras que los convenios de estabilidad jurídica regulados por el artículo 1357° del Código Civil, tienen naturaleza civil y fuerza de ley. Alegan que la finalidad de estos contratos es establecer y otorgar seguridades por parte del Estado a los inversionistas, "(...) lo que no sucede con los contratos de concesión", que no son "contratos-ley", "dado que las referidas concesiones

tienen regulación propia y específica". Por último, sostienen que la disposición legal impugnada "(...) resulta ilegal por atentar contra el artículo 1357° del Código Civil y el artículo 39° del Decreto Legislativo N.° 757", que disponen que mediante contratos ley sólo se otorgan garantías y seguridades, tales como estabilidad jurídica, tributaria y de no discriminación; no contemplando, por tanto, la posibilidad de que los contratos de concesión puedan constituirse en convenios con fuerza de ley.

En suma, el problema constitucional que se plantea sobre la impugnación del artículo 3° de la Ley N.° 26285, es si una concesión de prestación de un servicio público, como el de telefonía, puede revestirse bajo la modalidad de un contrato-ley.

32. En el segundo párrafo del artículo 62° de la Norma Suprema se ha constitucionalizado el denominado "contrato-ley". Esta institución no tiene precedentes en nuestro constitucionalismo histórico y tampoco en el constitucionalismo comparado. Como tal, se forjó en el plano legislativo de algunos países latinoamericanos, de donde fue tomada e incorporada a nuestro ordenamiento. Primero, en el plano legislativo (v. gr. artículo 1357° del Código Civil) y, posteriormente, a nivel constitucional (artículo 62°).

Su aparición y posterior desarrollo, ha estado básicamente vinculado con la promoción de las inversiones privadas. Mediante el contrato-ley, en efecto, los Estados han previsto fórmulas contractuales mediante las cuales se ha otorgado a los co-contratantes ámbitos de seguridad jurídica, a fin de favorecer la inversión privada dentro de sus economías. Esas garantías y seguridades, por cierto, varían de país a país e, incluso, en función de la actividad económica en cuyo sector se busca promover la inversión privada.

Una cosa semejante sucede en nuestro país, a la luz de la revisión de la legislación sobre la materia. Así, por ejemplo, el Decreto Legislativo N.° 662, con carácter general, otorga a los inversionistas estabilidad en el régimen tributario, en el régimen de libre disponibilidad y transferencia de divisas, entre otros. El Decreto Legislativo N.° 757 extiende los alcances sobre estabilidad que contiene el Decreto Legislativo N.° 662 a los inversionistas nacionales, y amplía los regímenes de estabilidad a algunos supuestos adicionales de inversión. Por su parte, la Ley General de Minería (Decreto Legislativo N.° 708, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo N.° 014-92-EM) promueve a favor de los titulares de la actividad minera estabilidad tributaria, cambiaria y administrativa. Lo mismo sucede con la Ley de Hidrocarburos (N.° 26221), que garantiza a los contratistas que los regímenes cambiarios y tributarios vigentes a la fecha de suscripción del contrato permanecerán inalterables durante su vigencia. Otro tanto se fijó en la Ley de Concesiones Eléctricas (N.° 25844), que extiende las garantías a los que se refieren los Decretos Legislativos N.°s 662, 668 y 757, entre otros rubros de la economía nacional.

Se han querido destacar estos ámbitos en los que el legislador ha establecido la posibilidad de que el Estado

suscriba convenios de seguridad y estabilidad jurídicas, para poner de relieve que tales garantías y seguridades se brindaron en diversos sectores de la economía nacional.

33. Los demandantes, por cierto, no cuestionan esta realidad. Controvierten, por el contrario, que se haya revestido con las características de un contrato-ley al contrato de concesión en la prestación del servicio de telefonía. A su juicio, la única materia sujeta al régimen del contrato-ley sería el de estabilidad jurídica, tributaria y no discriminación; y no, como se ha efectuado, sobre el contenido del contrato de concesión.

La segunda parte del artículo 62° de la Constitución, no precisa qué es lo que debe entenderse por contrato-ley y tampoco, en línea de principio, cuál pueda ser su contenido. Se limita a señalar que "(...) mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades...".

Pese a ello, puede precisarse que el contrato-ley es un convenio que pueden suscribir los contratantes con el Estado, en los casos y sobre las materias que mediante ley se autorice. Por medio de él, el Estado puede crear garantías y otorgar seguridades, otorgándoles a ambas el carácter de intangibles. Es decir, mediante tales contratos-ley, el Estado, en ejercicio de su *ius imperium*, crea garantías y otorga seguridades y, al suscribir el contrato-ley, se somete plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió éste.

34. En la doctrina nacional se discute sobre su naturaleza jurídica. Para unos, se trataría de un contrato civil. Para otros, de un contrato administrativo. Autores hay también que sostienen que el régimen jurídico de los contratos en los que participa el Estado no puede fijarse en abstracto, sino que depende de las reglas específicas que cada uno de ellos contenga. Evidentemente, la naturaleza que se le pueda atribuir al contrato ley –contrato civil o contrato administrativo– depende del contenido que éste pueda tener en cada caso concreto que se suscriba, de manera que, en abstracto, no cabe que se la fije. En cualquier caso, de una interpretación a rima obligada del artículo 62° de la Constitución con el artículo 1357° del Código Civil, se desprende que el contenido de los contratos-ley puede y debe sustentarse en razones de interés social, nacional o público. De manera que el Tribunal considera que nada impide que pueda suscribirse, mediante esta modalidad de contratación, la prestación de servicios públicos, como el de telefonía.

No obstante, los demandantes alegan que el contenido del contrato ley, o dicho de otro modo, las garantías y seguridades que el Estado puede establecer mediante esta modalidad de contratación, no pueden comprender a la concesión del servicio de telefonía, sino sólo al régimen de estabilidad jurídica y tributaria. El Tribunal Constitucional no comparte una interpretación restrictiva sobre el contenido del contrato-ley, como el que exponen los demandantes. Por un lado, porque el segundo párrafo del artículo 62° de la Constitución establece

que "mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades", sin establecer qué tipo de garantías y seguridades son las que se pueden brindar. Y, de otro, porque en la práctica una aseveración como la que expresan los demandantes, lejos de optimizar que se cumpla el *telos* de la institución del contrato-ley, lo termina desnaturalizando.

Por su propia naturaleza, a través del contrato-ley, el Estado busca atraer inversiones privadas (de capital) a fin de que promuevan aquellas actividades que el Estado considera que vienen siendo insuficientemente desarrolladas, de acuerdo con los planes y objetivos que se pueda haber trazado en el diseño de la política económica del Estado. Tienen como contenido propiciar un marco de seguridad a los inversionistas no sólo en asuntos privados de la administración, sino, también, en la prestación de actividades de derecho público.

Una interpretación del contenido del contrato-ley, como el que expresan los demandantes, supondría forzosamente admitir que no toda la institución del contrato-ley se encontraría revestida de la garantía de inmodificabilidad de sus cláusulas, sino sólo aquellas partes que se refieran a lo que los demandantes califican como garantías jurídicas y tributarias. Evidentemente, una opción de esa naturaleza no está excluida de la forma constitucionalmente adecuada de comprender el régimen constitucional de los contratos-leyes. Pero tampoco la otra es decir, aquella según la cual, entre las garantías que el Estado establezca y las seguridades que éste otorgue, se encuentren todas las fórmulas del contrato suscrito o por suscribirse.

De manera que, en abstracto, no existe una limitación para que el Estado, mediante el contrato-ley, sólo extienda las garantías que se derivan de su suscripción al ámbito tributario o jurídico. Puede perfectamente extenderse, dentro de los límites que la Constitución y la ley fijen, a todas las cláusulas contractuales, en aquellos casos en los que el contrato-ley constituya un contrato administrativo, precisamente con el objeto de que, con posterioridad a su suscripción, el Estado no invoque la existencia de una cláusula exhorbitante y se desvincule de los términos contractuales pactados.

En el caso del contrato-ley al que se refiere el Fundamento N.º 1. de esta sentencia, no todos los aspectos de los contratos celebrados entre el Estado peruano y Telefónica del Perú pertenecen al ámbito de protección que brinda el contrato-ley. "En efecto –como lo ha indicado la Defensoría del Pueblo, en su Informe sobre la libre competencia en los términos de los contratos-ley suscritos entre el Estado y Telefónica del Perú– el artículo 1° de la referida Ley N.º 26285 circunscribe sus disposiciones normativas a los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios de portadores de larga distancia nacional e internacional. Por su parte, el artículo 4° de dicha ley excluye expresamente a los servicios de difusión, telefonía móvil en sus distintas modalidades, de buscaperonas, teléfonos públicos, servicios de valor añadido y servicios portadores locales".

Por ello, a tenor del segundo párrafo del artículo 62° de la Constitución, así como del mismo artículo 1357° del Código Civil, tanto la autorización para la suscripción u otorgamiento de un contrato-ley, como la inclusión de determinadas relaciones jurídico-patrimoniales en aquél, deben fundarse en un interés público específico, lo que significa que el otorgamiento de un contrato-ley no puede considerarse como un acto de pura libertad contractual ni meramente discrecional, tanto para el legislador como para los órganos de la administración pública.

Una interpretación de la institución en los términos antes indicados se aviene con el *telos* de la inserción del contrato-ley a nivel constitucional. En efecto, si como antes se ha indicado, la aparición y consagración normativa del contrato-ley está vinculada con la promoción de las inversiones privadas en las economías nacionales, dentro de un esquema en el que se ofrezca a los inversionistas seguridades, entonces, no es constitucionalmente adecuado que se realice una interpretación de los alcances de la institución que, antes de optimizarla, le reste operatividad.

35. En ese orden de ideas, este Tribunal precisa que no sólo gozan de inmodificabilidad las cláusulas que compongan el contrato-ley, cuando así se acuerde, sino también el estatuto jurídico particular fijado para su suscripción. Es decir, tanto la legislación a cuyo amparo se suscribe el contrato-ley, como las cláusulas de este último.

Ello es producto de una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62° de la Constitución. Por un lado, de conformidad con la primera parte de dicho precepto constitucional, y no sólo respecto a los términos contractuales que contenga el contrato-ley, sino, en general, para todo término contractual, éstos "no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase".

Por otro lado, y en lo que se refiere únicamente a los contratos-leyes, la legislación a cuyo amparo éste se suscribe, "no puede ser modificada legislativamente" como lo prescribe la última parte del artículo 62° de la Constitución. Dicho de otro modo; aunque el legislador pueda modificar el régimen legal de suscripción de un contrato-ley, tal modificación no alcanza a quienes, con anterioridad a ella, hubieran suscrito dicho contrato-ley.

De esta forma, el artículo 62° de la Constitución, al igual que en la Primera Disposición Final de la Ley Fundamental, establece una nueva excepción a la regla general contenida en el artículo 109° de la Constitución, según la cual "La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial...". De allí que el Tribunal considere superfluo, desde el punto de vista constitucional, que pese a no existir una ley o norma con rango de ley que establezca la posibilidad de aplicar ultraactivamente la legislación a cuyo amparo se suscribió un contrato-ley, éste contenido se haya formulado en el artículo 24° del Decreto Supremo N.º 162-92-EF.

36. Los demandantes también han considerado que el artículo 3° de la Ley N.º 26825 "resulta ilegal por atentar

contra el artículo 1357° del Código Civil y el artículo 39° del Decreto Legislativo N.º 757". A juicio del Tribunal Constitucional, la eventual incompatibilidad entre una disposición con rango de ley, como el artículo 3° de la Ley N.º 26825, y otra de su mismo rango, como el artículo 1357° del Código Civil, no genera un problema de invalidez constitucional entre ambas (de "ilegalidad" se alude en la demanda). La colisión entre disposiciones del mismo rango no genera la invalidez de una de ellas, sino una antinomia que se soluciona conforme a diversas técnicas, como la "ley posterior deroga ley anterior"; "ley especial deroga ley general", etc. Tampoco por supuesto, *per se*, la incompatibilidad *constitucional* de algunas de ellas.

§9. La Ley N.º 26285 y las leyes de desarrollo constitucional

37. Por otro lado, se sostiene que "(...) los artículos 1°, 2°, 3° y Primera Disposición Final y Transitoria de la ley impugnada, en la parte referida a que se considera ley de *desarrollo constitucional*, y la Segunda Disposición Final y Transitoria, en la parte referida al plazo de concurrencia limitada, violan el artículo 65° de la Constitución, por permitir monopolios y normas tarifarias en perjuicio de millones de usuarios". En tanto que en el apartado "e" de la misma demanda, los demandantes señalan que la Primera Disposición Final y Transitoria de la Ley N.º 26825 transgrede la Octava Disposición Transitoria de la Constitución porque "no constituye una ley de desarrollo constitucional".

38. El Tribunal Constitucional no comparte el argumento de que la Primera Disposición Final de la Ley N.º 26285 es inconstitucional por haberse previsto que ella "será considerada Ley de Desarrollo Constitucional".

Con la expresión "Ley de desarrollo constitucional", la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución no ha creado una categoría normativa especial entre las fuentes que tienen el rango de la ley. Tal expresión no alude a una categoría unitaria de fuentes, sino a una diversidad de ellas, 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. Forman parte de su contenido "natural" las denominadas leyes orgánicas, 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; así como las leyes ordinarias como las que demandan los artículos 7° y 27° de la Constitución, por poner dos ejemplos, a las que se les ha encomendado la tarea de precisar los alcances de determinados derechos o instituciones constitucionalmente previstas.

Ello significa, desde luego, que la condición de "leyes de desarrollo constitucional" no se agotan en aquellas cuyas materias se ha previsto en la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución, esto es, a lo que allí se alude como leyes en materia de descentralización y

las relativas a los mecanismos y al proceso para eliminar progresivamente los monopolios legales otorgados en las concesiones y licencias de servicios públicos; dado que sobre estas últimas, la Constitución sólo ha exigido del legislador cierto grado de diligencia ("prioridad") en su dictado.

39. Los demandantes han sostenido que la denominación de "ley de desarrollo constitucional" sería incompatible con la Norma Suprema, por cuanto ésta "se debe aplicar a las concesiones y licencias de servicios públicos otorgadas antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1993 (...)" ; es decir, antes del 01 de enero de 1994, y no con posterioridad a la misma, como es el caso del Contrato de Concesión con la empresa Telefónica del Perú S.A.A. que fue suscrito el 16 de mayo de 1994.

El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio. Como se ha dicho, la calificación de ley de desarrollo constitucional se ha reservado para aquellas leyes que tengan el propósito de regular materias sobre las cuales la Constitución ha determinado que sea el legislador –"orgánico", en algunos casos, y "ordinario", en otros– quien defina, dentro de los límites que ella señala, su régimen jurídico. Y no en función de supuestos límites temporales como lo dejan entrever los demandantes.

Por otro lado, ni de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Ley N.º 26285, ni de su Segunda Disposición, se colige que hayan regulado "el Contrato de Concesión con la empresa Telefónica del Perú S.A.A. que fue suscrito el 16 de mayo de 1994". Para empezar, es jurídicamente imposible que el 14 de enero de 1994, fecha en la que se publicó la Ley N.º 26285, se haya podido regular un contrato que, como se afirma en la demanda, sólo se suscribió varios meses después (el 16 de mayo de 1994, según indican los demandantes). En segundo lugar, en ninguna de ambas disposiciones se alude a la empresa Telefónica del Perú S.A.A. Y cuando en la Segunda Disposición de la Ley N.º 26285 se hace referencia a la "Compañía Peruana de Teléfonos S.A. –CPTSA–", es para precisar que "dentro de un plazo de 60 días desde la promulgación de la ley", ésta deberá de adecuar las concesiones que hayan existido con la Empresa Nacional de Telecomunicaciones.

40. Es cierto que el verbo "adecuar" que aquí la Segunda Disposición Final y Transitoria utiliza no necesariamente puede entenderse respecto a contratos de concesiones ya celebrados y, por lo tanto, celebrados con anterioridad a su vigencia, sino más bien a aquellos que estén en proceso de conclusión, es decir, que a la fecha de publicación de la Ley N.º 26285, aún no se hayan suscrito.

Pero también es cierto, si ese fuera el caso, que: a) en un proceso de inconstitucionalidad de las leyes, tal problema –que es una cuestión sobre hechos– no puede ser evaluado; b) los problemas derivados de su negociación, en la antesala de la instauración de un nuevo orden constitucional y la expedición de la Ley N.º 26285, debe ser sometido a un test de razonabilidad, en el que el necesario respeto del principio de seguridad jurídica no

puede ser obviado; y, c) finalmente, tampoco se puede perder de vista que, de conformidad con el artículo 6º del Decreto Supremo N.º 013-93-TCC, publicado el 6 de mayo de 1993 [esto es, antes de la vigencia de la Constitución actual], se había previsto como deber del Estado fomentar "la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula(r) el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controle los efectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado". Es decir, de la existencia de una legislación en la que se obligaba al Estado no ha eliminar progresivamente los monopolios, sino ha controlar los efectos que de esa situación se pudiera generar.

El Tribunal Constitucional no ignora que esta última disposición pudiera haber estado en colisión con el artículo 133º de la Constitución de 1979, que precisaba que "Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamiento, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil...". Sin embargo, como lo ha expresado en el Caso de la Legislación Antiterrorista (STC en el Exp. N.º 010-2002-A/TC), en una acción de inconstitucionalidad este Tribunal no es competente para evaluar la constitucionalidad o no de la legislación pre-constitucional de cara a la Constitución derogada, sino siempre en función de la nueva Constitución.

§10. La Supervisión y Fiscalización del Mercado de los Servicios Públicos

41. El servicio público es la prestación que efectúa la administración del Estado en forma directa e indirecta. Esta última se realiza a través de concesiones, y tiene el objeto de satisfacer necesidades de interés general. Mediante la concesión se organiza de la manera más adecuada la prestación de un servicio público por un determinado tiempo, actuando el concesionario por su propia cuenta y riesgo, y su labor o prestación será retribuida con el pago que realizan los usuarios.

La concesión se desarrolla según el régimen legal vigente y el contrato acordado, cuyo objeto fundamental es asegurar la eficiente en la prestación del servicio. La supervisión del cumplimiento de los fines de la concesión está a cargo de órganos autónomos creados por ley, como OSIPTEL o INDECOPI. Estos órganos están obligados a tutelar el derecho de los usuarios, así como el interés público, y para ello deben controlar que la prestación del servicio se realice en óptimas condiciones y a un costo razonable; ello porque si bien la concesión, como a la que se ha hecho referencia en el Fundamento N.º 1, es un contrato que puede tener un blindaje jurídico, el objeto fundamental no es el lucro, sino el servicio, el cual debe otorgarse con calidad, eficiencia y continuidad, y siempre protegiendo la seguridad, la salud pública y el medio ambiente.

Ahora bien, a pesar de que dicho control corresponde por mandato legal a los órganos reguladores, es evidente que hay una percepción de que éstos no

están defendiendo apropiadamente los derechos de los usuarios y consumidores. Evidentemente, no está dentro de las competencias del Tribunal Constitucional disponer de las medidas necesarias y adecuadas para revertir una situación como la descrita. Se trata, por el contrario, de una competencia del Poder Ejecutivo –a cuya esfera pertenecen ambos órganos–, y aun al Poder Legislativo, los que a través de la ley, y dentro de los términos de esta sentencia, pueden y deben dictar la legislación que permita una efectiva actuación de tales órganos administrativos. En este contexto, el Tribunal Constitucional, recomienda la adopción de las medidas legales y administrativas que permitan que entidades como OSIPTEL o INDECOPI, puedan funcionar y actuar adecuadamente en pro de la defensa de derechos de los usuarios y consumidores, consagrados expresamente por nuestro ordenamiento jurídico.

42. En este marco debemos analizar las consideraciones de los demandantes sobre la Ley N.º 26285, que, según afirman, viola el artículo 65º de la Constitución. Al sustentar tal pretensión, los demandantes afirman que, al concederse una serie de beneficios a favor de la empresa prestadora del servicio de telecomunicaciones, "(...) se ha dejado de defender a los millones de usuarios. Tales ventajas notoriamente desproporcionadas son el monopolio concedido a la empresa, el cobro de la renta básica, el cobro por minuto y además el pago que se hace la misma empresa por gerenciar su negocio, todo lo cual resulta sumamente nocivo a los derechos de los consumidores y usuarios".

Al amparo de los argumentos antes expuestos, y teniendo en consideración, además, que en una acción de inconstitucionalidad este Tribunal no actúa como juez de casos, sino como "Juez de la Ley", esto es, como garante de que los límites constitucionales impuestos a la legislación no sean sobrepasados, no puede determinar, en abstracto, si la ley impugnada lesiona los derechos de los consumidores, a no ser que se trate de un supuesto en el que surja una manifiesta irracionalidad de los resultados, como producto de la aplicación de las disposiciones impugnadas.

Y, como se deriva del contenido de los dispositivos de la Ley impugnada, y los propios demandantes lo dejan entrever, los diversos problemas respecto a la prestación del servicio de telecomunicaciones no se infieren directamente de la Ley N.º 26285, sino del contrato que, a su amparo, se ha celebrado. Es decir, la eventual inconstitucionalidad no se genera de la ley misma –que es el objeto de control en este proceso–, sino de los negocios jurídicos que bajo su regulación se han realizado.

De manera que, conforme lo ha expuesto nuevamente la Defensoría del Pueblo en el Informe antes citado,

"En el Perú, la actuación de una empresa de telecomunicaciones con posición dominante en el mercado del servicio público de telecomunicaciones es regulada por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL). Entre los

objetivos de esta institución se encuentra el de mantener y promover la competencia eficaz y equitativa (inciso b del artículo 7º de la Ley N.º 26285) en el sector de las telecomunicaciones.

En este contexto, velar por el cumplimiento de la ley contra las prácticas monopólicas, controlistas o restrictivas de la libre competencia, en un contexto de concurrencia limitada o de monopolio u oligopolio subsistentes a dicho periodo de concurrencia limitada, constituye una función estatal que puede tener características distintas según se esté frente a un contrato-ley o frente a un contrato que no haya ofrecido al inversionista las seguridades de un contrato-ley".

"(...) En consecuencia, una interpretación de los contratos-ley acorde con la letra y espíritu constitucionales, faculta a la autoridad competente a intervenir en relación a los elementos del mismo que favorezcan prácticas limitativas de la libre competencia, ya que éstos no podrían ser alcanzados por la intangibilidad del contrato que le es característica por su naturaleza de contrato-ley. Por lo tanto, en un contexto de dominio del mercado como el que existe en los términos y en la aplicación del contrato-ley con Telefónica, las prácticas de abuso en desmedro de la libre competencia y, finalmente, de los consumidores, deben ser combatidas por OSIPTEL para revertir sus efectos negativos sobre el mercado".

43. Aunque las razones expuestas en el ítem precedente sean harto suficientes para desestimar también este extremo de la pretensión, el Tribunal Constitucional considera importante enfatizar que, si como se ha afirmado en la audiencia pública, no existe confianza en el desenvolvimiento de los organismos estatales encargados de controlar y fiscalizar la libre competencia, así como de la defensa efectiva de los usuarios y consumidores, no es este Colegiado la instancia competente para resolver tales problemas, sino, concretamente, las entidades públicas de las que dependen estos organismos que no han resuelto aún los reclamos relativos a la renta básica y a la cobranza del servicio telefónico por segundo.

En esa orientación, no está demás recordar que de la proclamación de los derechos fundamentales, como sistema material de valores del ordenamiento constitucional peruan o, se deriva, entre otras muchas consecuencias, un "deber especial de protección" de dichos derechos por parte del Estado [Expedientes N.ºs 0964-2002-AA/TC y 0976-2001-AA/TC]. No sólo en el ámbito legislativo, dentro de los límites que la Constitución impone y de los que aquí se ha dado cuenta, sino también en el plano de la actuación de los órganos administrativos.

§11. Principio de igualdad e impugnación de que la Ley se dictó con el exclusivo propósito de celebrar el contrato de concesión con la empresa prestadora del servicio de telefonía fija local.

44. Finalmente, sostienen los demandantes que la Ley N.º 26285 viola el artículo 103º de la Constitución, pues, a su juicio, tal ley se dictó exclusivamente "para otorgar una concesión ilegal a la empresa Telefónica del Perú S.A."

Señalan que la Ley se expidió "para establecer un monopolio legal a favor de la concesionaria por un periodo de cinco años", y que "no se puede dictar una norma especial a favor de una persona o un grupo de personas por ser ellas mismas, ya que las normas son de carácter general, es decir, se deben aplicar a todos por igual y deben expedirse para el bien de todos los ciudadanos". Consideran que "(...) la Ley N.º 26285 se expidió para poder suscribir el contrato de concesión ..., otorgándole inconstitucionalmente al mismo la calidad de contrato-ley. Los contratos-ley suponen la existencia de una ley autoritativa previa fija las condiciones en las que el Estado estará autorizado a contratar, así como las prerrogativas que pueden concederse a los particulares mediante estos instrumentos, aspectos que no se ha establecido en esta ley". "Es decir, la ley autoritativa no se dicta para celebrar contratos con una sola persona o empresa, sino para dictar las normas o estipulaciones que servirán para celebrar varios contratos y otorgar garantía y seguridad a los inversionistas; aspecto que no se ha previsto en la Ley N.º 26285 (...)"

45. Dos son los temas que plantea la formulación de este extremo de la *causa petendi*. a) El análisis de constitucionalidad, de cara al artículo 103º de la Constitución, de las disposiciones de la Ley N.º 26285; y b) la eventual ilegalidad del contrato ley, pues la ley impugnada no habría previsto las condiciones dentro de las cuales el Estado está autorizado para contratar.

Sobre el segundo aspecto, ya este Tribunal se ha pronunciado en el Fundamento N.º 2 y siguientes de esta sentencia; en una acción de inconstitucionalidad, en efecto, el Tribunal carece de competencia para enjuiciar la legalidad o ilegalidad de la suscripción de un contrato.

Y, en lo que atañe a la alegada violación del artículo 103º de la Constitución, este Tribunal no comparte el criterio sostenido por los demandantes, además de las razones antes expresadas, porque, como se ha sostenido, de la segunda fracción de la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se deriva un mandato constitucional impuesto al legislador, el mismo que se traduce en dictar, con carácter prioritario, las leyes necesarias que regulen los mecanismos y el proceso para eliminar, progresivamente, los "monopolios" legales otorgados en las concesiones y licencias de servicios públicos.

La existencia de un monopolio –que se define *prima facie* como la realización de una actividad económica, con carácter exclusivo, a cargo de un único agente económico- y la existencia de un mandato constitucional para que se legisle sobre el tema previéndose que tal práctica sea "progresivamente eliminada", evidentemente supone que las leyes que se dicten en cumplimiento de la segunda fracción de la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución tengan que referirse a

aquella actividad económica sobre la cual preexisten prácticas monopólicas.

Cuando se efectúa una individualización de esas prácticas monopólicas, y se dictan disposiciones legislativas orientadas a cumplir el mandato constitucional de la desmonopolización progresiva, no se infringe el primer párrafo del artículo 103º de la Constitución. Se trata, por el contrario, de un tratamiento legislativo que se encuentra plenamente justificado, pues sucede que tal regulación obedece y se legitima en razón de la naturaleza de las cosas, o, en otras palabras, porque así lo demanda la complejidad y los rasgos técnicos que posee dicha actividad monopólica.

En el caso del artículo 1º de la Ley N.º. 26285, lo verdaderamente relevante no es sobre qué ente recaerán las reglas destinadas a adecuar el desarrollo de sus actividades económicas a lo previsto en el artículo 61º de la Constitución [lo que sería un exceso cuestionar, pues si existe actividad monopólica, entonces, por su propia naturaleza, cualquier regulación que se dicte necesariamente deberá incidir sobre el agente que lo practica], sino, si la actividad económica sujeta a eliminación progresiva, justifica o no leyes que autoricen tratamientos especiales.

Y ya en este nivel, no le cabe ninguna duda a este Tribunal que el problema de los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios de portadores de larga distancia nacional e internacional, es tan complejo que, ciertamente, no admite ni tolera, razonablemente, que se le regule dentro de un paquete de actividades económicas.

Por todas estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

Declarando **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 1º, 2º y 3º y la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley N.º 26285, e **IMPROCEDENTE** en sus demás pretensiones. Dispone la notificación a las partes, que ésta se ponga en conocimiento del Poder Ejecutivo, a los efectos de que se proceda conforme a lo expresado en el Fundamento N.º 41, y su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REY TERRY
AGUIRRE ROCA
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

Exp. N° 0006-2003-AI/TC [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por 65 Congresistas de la República. Se precisa la interpretación constitucional del inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República].

Fecha de Resolución: 01 de diciembre de 2003

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 03 de diciembre de 2003

Resumen: En el presente caso el Tribunal Constitucional estableció que se requiere más de la mitad del número legal de congresistas para acusar constitucionalmente en los casos de antejuicios políticos y no menos de dos tercios del número legal de congresistas en los casos de suspensión, inhabilitación o destitución de altos funcionarios del Estado.

Como cuestión previa se debe mencionar que, mientras para el levantamiento de la inmunidad parlamentaria se exige expresamente la votación conforme de la mitad más uno del número legal de congresistas (último párrafo del artículo 16° del Reglamento); en el inciso j) del artículo 89° no se hace mención expresa de cuál es el número de votos necesarios para el levantamiento de la prerrogativa funcional que supone el derecho a un antejuicio político.

Frente a la tesis sostenida por los demandantes de "que el Congreso de la República goza de la discrecionalidad para establecer la votación, que es una de las reglas de un procedimiento de carácter político como la acusación constitucional, a través de su propio Reglamento, debido a que la Constitución no establece nada al respecto", el Tribunal destacó que los "silencios" constitucionales no pueden ser interpretados como tácitas concesiones al legislador, a efecto de que expida regulaciones desvinculadas de la Norma Fundamental. Allí donde las "normas regla" previstas en la Constitución omiten precisiones, la Ley o, en su caso, el Reglamento del Congreso, deben estipularlas, pero siempre en vinculación directa a las "normas principio" contenidas en la propia Norma Fundamental.

En consecuencia, el hecho de que el artículo 99° de la Constitución no precise cuál es el número mínimo de votos congresales necesarios para acusar constitucionalmente a los funcionarios públicos enumerados en la disposición, no implica que la regulación legal de la institución de la acusación constitucional pueda expedirse al margen del principio de razonabilidad, expresamente previsto en el artículo 200° de la Constitución y proyectado hacia todo el ordenamiento jurídico.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional consideró que el inciso j) del artículo 89°, vulnera el principio de razonabilidad y, en tal medida resulta inconstitucional, puesto que a diferencia del procedimiento aplicable al levantamiento de la inmunidad parlamentaria, regulado en el artículo 16° del Reglamento del Congreso, no establece el requisito de la mitad más uno del número legal de miembros del Congreso para levantar la prerrogativa funcional a que da lugar el antejuicio político, no obstante que, en lo que atañe al levantamiento del privilegio de los funcionarios estatales, tiene un objeto sustancialmente análogo. Siendo así, el Tribunal consideró que la disposición puede adecuarse al parámetro de control constitucional, a través de una sentencia interpretativa *integrativa* y estableció que la cuestionada norma debía conforme a lo establecido en el último párrafo del artículo 16° del Reglamento del Congreso, es decir, la mitad más uno de su número legal de miembros.

Por otra parte, se discutió los alcances del inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso y su relación con el artículo 100° de la Constitución, que faculta al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, para imponer al funcionario público las sanciones

de suspensión, destitución y/o inhabilitación hasta por 10 años para ejercer cualquier función pública.

El Tribunal Constitucional sostuvo que la referida frase del inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso, debería ser interpretada como aquella potestad sancionadora de la que es titular el Congreso, para imponer las sanciones previstas en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución, por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones por los funcionarios enumerados en el artículo 99° de la Constitución, siempre que dichos delitos hayan sido previamente declarados como tales en una sentencia firme expedida por el Poder Judicial, quedando proscrita toda interpretación contraria.

Temas Claves: Acusación constitucional - antejuicio político - juicio político - principio de razonabilidad.

EXP. N.º 0006-2003-AI/TC

LIMA

65 CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al 1 de diciembre de 2003, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por 65 Congresistas de la República contra el inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República.

ANTECEDENTES

Los recurrentes solicitan que se declare la inconstitucionalidad del inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República, alegando que el mismo supone un desconocimiento de la institución de la inmunidad parlamentaria y que vulnera los artículos 93°, 99° y 100° de la Constitución, dado que establece que basta una mayoría simple de los presentes en un pleno del Congreso para aprobar una acusación constitucional contra uno de sus miembros, despojarlo de su inmunidad para ser sometido a un proceso judicial e, incluso, suspenderlo en sus funciones, inhabilitarlo o destituirlo; agregando que el actual texto de la disposición impugnada ha dado lugar a que se sostenga que no es necesaria la mayoría calificada exigida por el artículo 16° del propio Reglamento congresal para el levantamiento de la inmunidad parlamentaria, toda vez que la acusación constitucional permitiría dar lugar a un procedimiento distinto del establecido en este artículo, por lo que consideran que el artículo 16° y el inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso deben ser analizados en conjunto.

Asimismo, solicitan que se declare la nulidad de la Resolución N.º 018-98-99-CR, de fecha 2 de julio de 1999, que declaró ha lugar a la formación de causa contra el ex congresista Manuel Lajo Lazo, aduciendo que tal

disposición también vulneró los artículos 93°, 99° y 100° de la Carta Fundamental, puesto que fue aprobada con 41 votos en una sesión en la que estuvieron presentes 84 congresistas hábiles, a pesar de que para alcanzar una mayoría calificada se requerían 48 votos, si se restan los miembros de la Comisión Permanente.

El apoderado del Congreso de la República manifiesta que los demandantes confunden las instituciones de la inmunidad parlamentaria y de la acusación constitucional, las cuales, por su naturaleza, tienen origen y características distintas; que la inmunidad parlamentaria es una prerrogativa que protege a los parlamentarios contra detenciones y procesos judiciales por delitos comunes que puedan tener como consecuencia la privación de su libertad personal, evitando así que, por manipulaciones políticas, se les impida desempeñarse en el ejercicio de sus funciones; y que, en consecuencia, el contenido de la inmunidad parlamentaria es acorde con lo establecido en el artículo 93°, *in fine*, de la Constitución, regulado por el artículo 16° del Reglamento del Congreso. Por otra parte, sostiene que el procedimiento de acusación constitucional previsto en el artículo 99° de la Carta Magna, por la supuesta comisión de un delito en el ejercicio de las funciones o de una infracción constitucional, está destinado a procesar una denuncia constitucional ante el Parlamento contra un congresista o cualquier autoridad, la que culmina con la autorización o no por parte del Congreso del procesamiento penal de determinadas altas autoridades o ex autoridades estatales inculpadas, pero, a su vez, posibilita la aplicación de sanciones políticas, entre ellas, la suspensión en la función pública la inhabilitación para el ejercicio de la función pública hasta por 10 años y la destitución de la función; añadiendo que, dado que la Constitución no establece el número necesario de votos para aprobar una acusación constitucional, el Congreso de la República goza de discrecionalidad para establecer la votación necesaria, y que es incorrecto que se pretenda concordar el artículo 16° del Reglamento del Congreso con el artículo 89° de la misma norma, pues ambos regulan situaciones de hecho con características y consecuencias diferentes.

Finalmente, alega que el proceso de inconstitucionalidad no es el idóneo para cuestionar la validez de la Resolución

N.º 018-98-99-CR, que declaró ha lugar a la formación de causa contra el ex congresista Manuel Lajo Lazo, pues en dicho proceso sólo procede impugnar normas con rango de ley.

FUNDAMENTOS

1. Al conformar los recurrentes (65 congresistas de la República) un número superior a la mayoría absoluta de miembros del Congreso, era posible que ellos mismos pudieran proponer y acordar la derogatoria o modificación del inciso j) del artículo 89º de su Reglamento, o de cualquier disposición del mismo, sin necesidad de recurrir a este Colegiado. En ese sentido, debe recordarse que en el Estado social y democrático de derecho, la preservación de la constitucionalidad de todo el ordenamiento, no es una tarea que, de manera exclusiva, le compete a este Tribunal, sino que la comparten, *in suo ordine*, todos los poderes públicos.

No obstante, ello no es óbice para que el Tribunal Constitucional ingrese a conocer el fondo de la presente causa, pues, tal como lo establece expresamente el inciso 4) del artículo 200º de la Constitución, este Colegiado es competente para controlar la constitucionalidad del Reglamento del Congreso. En efecto, toda diferencia doctrinaria que pudiera existir respecto al lugar que ocupa el Reglamento del Congreso en el sistema de fuentes del derecho, no tiene lugar en el ordenamiento jurídico peruano, ya que la propia Carta Fundamental, en la disposición recién citada, ha establecido que dicha norma tiene rango de ley. Se trata, pues, de una fuente primaria del derecho y, como tal, sólo se somete a la Constitución.

2. Dado que en el presente proceso se impugna un inciso del artículo 89º del Reglamento del Congreso, el cual tiene una vinculación directa con la institución de la acusación constitucional regulada en los artículos 99º y 100º de la Constitución, resulta pertinente ingresar en el análisis de estas disposiciones constitucionales.

Así, es posible advertir que, en los artículos 99º y 100º de la Norma Fundamental, el constituyente ha recogido dos procedimientos de acusación constitucional de distinta naturaleza y, por ende, de distintos alcances: el antejuicio político y el juicio político.

§1. El antejuicio político

3. Del privilegio del antejuicio político son beneficiarios el Presidente de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, los miembros del Tribunal Constitucional, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, los Vocales de la Corte Suprema, los Fiscales Supremos, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República (artículo 99º de la Constitución).

En virtud de dicho privilegio, los referidos funcionarios públicos tienen el derecho de no ser procesados penalmente por la jurisdicción ordinaria, si no han sido sometidos previamente a un procedimiento político jurisdiccional, debidamente regulado, ante el Congreso de la República, en el cual el cuerpo legislativo debe

haber determinado la verosimilitud de los hechos que son materia de acusación, así como su subsunción en un(os) tipo(s) penal(es) de orden funcional, previa e inequívocamente establecido(s) en la ley.

En ese sentido, en el antejuicio sólo caben formularse acusaciones por las supuestas responsabilidades jurídico-penales (y no políticas) de los funcionarios estatales citados en el artículo 99º de la Constitución, ante los supuestos delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Una vez que el Parlamento ha sometido a investigación la denuncia (que puede provenir de su propio seno) y ha determinado la existencia de suficientes elementos de juicio que, desde su perspectiva, configuran la comisión de un delito en el ejercicio de las funciones, actúa como entidad acusadora, dejando sin efecto la prerrogativa funcional del dignatario, suspendiéndolo en el ejercicio de sus funciones, y poniéndolo a disposición de la jurisdicción penal.

De esta forma, en los casos de antejuicio, las funciones del Congreso pueden ser, en cierta medida, asimiladas a las del Ministerio Público (porque acusa), e incluso a las del juez instructor (porque previamente investiga), pero nunca a las del juez decisor (porque nunca sanciona). Y es que la facultad de aplicar sanciones sobre la base de argumentos jurídico-penales, es exclusiva del Poder Judicial.

En síntesis, el antejuicio es una prerrogativa funcional de la que gozan determinados funcionarios, con el propósito de que no puedan ser procesados ante la judicatura penal por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin que medie un procedimiento con las debidas garantías procesales ante el Congreso de la República y la consecuente acusación del propio Legislativo.

4. El procedimiento de acusación constitucional contra los funcionarios enumerados en el artículo 99º de la Constitución, por los supuestos delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones (antejuicio), se encuentra regulado en el artículo 89º del Reglamento del Congreso. Queda ello meridianamente claro, cuando dicho artículo, *ab initio*, establece que “[...] mediante el procedimiento de acusación constitucional se realiza el antejuicio político, al que tienen derecho los altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99º de la Constitución Política. [...]” (el subrayado es nuestro).

La prerrogativa funcional de antejuicio político y la inmunidad parlamentaria

5. Los Congresistas gozan también de la inmunidad parlamentaria prevista en el último párrafo del artículo 93º de la Constitución y cuyo procedimiento de levantamiento se encuentra regulado en el artículo 16º del Reglamento del Congreso. Se trata de una garantía procesal penal de carácter político de la que son titulares los cuerpos legislativos de un Estado a favor de sus miembros, de forma tal que estos no puedan ser detenidos ni procesados penalmente, sin la aprobación previa del Parlamento. Su objeto es prevenir aquellas detenciones o procesos penales que, sobre bases estrictamente políticas,

pretendan perturbar el debido funcionamiento del Congreso o alterar su conformación.

Una vez determinada la ausencia de toda motivación política en la acusación, el Congreso tiene el deber de levantar la inmunidad al imputado.

Debe precisarse que el constituyente ha extendido la garantía de la inmunidad parlamentaria al Defensor del Pueblo (artículo 161°) y a los miembros del Tribunal Constitucional (artículo 201°).

6. Así, entre la prerrogativa funcional del antejuiicio político y la inmunidad parlamentaria pueden establecerse distancias de orden formal y material. Las primeras señalan que, mientras todos los funcionarios que gozan de inmunidad (artículo 93°, 161° y 201° de la Constitución), tienen, a su vez, la prerrogativa de antejuiicio (artículo 99°), no todos los que son titulares de ésta, lo son de la inmunidad. Por otra parte, mientras la inmunidad parlamentaria tiene vigencia desde que se es elegido en el cargo hasta un mes después de haber cesado (artículo 93°), la prerrogativa funcional de antejuiicio permanece vigente hasta 5 años después de haber cesado en el cargo (artículo 99°).

Desde el punto de vista material, a diferencia de lo que ocurre con el privilegio del antejuiicio político, en el procedimiento para el levantamiento de la inmunidad parlamentaria, el Congreso no asume un rol acusatorio, sino estrictamente verificador de la ausencia de contenido político en la acusación. En estos casos, el Parlamento no pretende acreditar la responsabilidad penal del recurrente, sino, tan sólo, descartar los móviles políticos que pudieran encontrarse encubiertos en una denuncia de "mera apariencia penal".

De otra parte, un análisis lógico permite deducir que la garantía de la inmunidad parlamentaria opera sólo respecto de delitos comunes, puesto que en el caso de los delitos funcionales, sin importar de quién haya provenido la denuncia, y aun cuando haya sido tramitada, en un inicio, con arreglo al segundo y tercer párrafo del artículo 16° del Reglamento, el Congreso deberá iniciar la investigación correspondiente conforme al artículo 89° del Reglamento, con el propósito de determinar si hay o no lugar a la formación de la causa, y, consecuentemente, si corresponde o no levantar la prerrogativa del congresista, concebida a estos efectos, ya no como la inmunidad a que hace alusión el artículo 93° de la Constitución, sino según el contexto del privilegio de antejuiicio al que alude el artículo 99° constitucional. De igual manera, si el Congreso advirtiera que la materia sobre la que versa la denuncia sólo puede ser subsumida en la configuración de un delito común, aun cuando en un inicio el procedimiento haya sido tramitado como si se tratase de una acusación constitucional, debe limitarse a levantar la prerrogativa funcional sin formular acusación alguna, pues los casos de delitos comunes no se encuentran contemplados en el artículo 99° de la Constitución.

7. Sin embargo, independientemente de las distancias existentes en la configuración propia de cada

institución, en lo que atañe al privilegio funcional de los altos dignatarios del Estado, tanto el procedimiento regulado en el artículo 16° del Reglamento del Congreso (levantamiento de la inmunidad parlamentaria) como el regulado en el artículo 89° de la misma norma (antejuiicio político), tienen un objeto sustancialmente análogo; a saber, la proscripción de ser procesados penalmente sin haber sido previamente despojados de la prerrogativa funcional en un procedimiento seguido en el seno del Legislativo.

No obstante esto, mientras que para el levantamiento de la inmunidad parlamentaria se exige expresamente la votación conforme de la mitad más uno del número legal de congresistas (último párrafo del artículo 16° del Reglamento), en el inciso j) del artículo 89° no se hace mención expresa de cuál es el número de votos necesarios para el levantamiento de la prerrogativa funcional que supone el derecho a un antejuiicio político.

En efecto, el mencionado inciso se limita a establecer: "Luego de la sustentación del informe y la formulación de la acusación constitucional por la Subcomisión Acusadora y el debate, el Pleno del Congreso vota, pronunciándose en el sentido de si hay o no lugar a la formación de causa a consecuencia de la acusación. En el primer caso, queda el acusado en suspenso en el ejercicio de sus funciones y sujeto a juicio según ley, sin perjuicio de lo señalado en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución Política. En el segundo caso, el expediente se archiva [...]".

8. Sobre el particular, el demandado sostiene "que el Congreso de la República goza de la discrecionalidad para establecer la votación, que es una de las reglas de un procedimiento de carácter político como la acusación constitucional, a través de su propio Reglamento, debido a que la Constitución no establece nada al respecto." (sic).

El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio. Los "silencios" constitucionales no pueden ser interpretados como tácitas concesiones al legislador, a efectos de que expida regulaciones desvinculadas de la Norma Fundamental. Allí donde las "normas regla" previstas en la Constitución omiten precisiones, la ley o, en su caso, el Reglamento parlamentario están obligados a estipularlas, pero siempre en vinculación directa a las "normas principio" contenidas en la propia Norma Fundamental.

Este criterio, aplicado al caso que nos ocupa, equivale a decir que el hecho de que el artículo 99° de la Constitución no precise cuál es el número mínimo de votos congresales necesarios para acusar constitucionalmente a los funcionarios públicos enumerados en la disposición, no implica que la regulación legal de la institución de la acusación constitucional pueda expedirse al margen del principio de razonabilidad, expresamente previsto en el artículo 200° de la Constitución y proyectado hacia todo el ordenamiento jurídico.

9. El principio de razonabilidad implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de

los poderes públicos. Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos o, para fines del caso, despojar de las prerrogativas que actúan como garantías funcionales para determinados funcionarios públicos.

10. En tal sentido, el Tribunal Constitucional considera que el inciso j) del artículo 89º, vulnera el principio de razonabilidad, puesto que, a diferencia del procedimiento aplicable al levantamiento de la inmunidad parlamentaria, regulado en el artículo 16º del Reglamento del Congreso, no establece el requisito de la mitad más uno del número legal de miembros del Congreso para levantar la prerrogativa funcional a que da lugar el antejuiicio político, no obstante que, en lo que atañe al levantamiento del privilegio de los funcionarios estatales, tiene un objeto sustancialmente análogo.

11. De lo expresado se deduce que la omisión en la que incurre el inciso j) del artículo 89º del Reglamento parlamentario (haber dejado de prever el requisito de la mitad más uno del número legal de miembros del Congreso para levantar la prerrogativa funcional que supone el derecho a un antejuiicio político) resulta atentatoria del principio de razonabilidad y, en tal medida, inconstitucional. Siendo así, este Colegiado estima que la disposición puede adecuarse al parámetro de control constitucional, a través de una sentencia interpretativa "integrativa".

En efecto, si bien la norma omitida no es posible extraerla de los sentidos interpretativos de la propia disposición impugnada, si es posible encontrarla en otra disposición del Reglamento que regula una materia sustancialmente análoga. Se trata, desde luego, del artículo 16º. En estricto, nos encontramos propiamente "ante una "laguna técnica", colmable, como todas, a través de una concreción jurisprudencial de los "conceptos indeterminados", [...] concreción que se realizará a través de una [...] "sentencia integrativa". (Martín de la Vega, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 244).

12. Este Tribunal recurre, pues, a una sentencia integrativa del ordenamiento, también denominada sentencia "rima obbligatoria" (de rima obligada) (Crisafulli, V. *La sentenze "interpretative" della Corte costituzionale*. En: *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1967), y, en ese sentido, considera que debe interpretarse que el número mínimo de votos necesarios para aprobar una acusación constitucional por la presunta comisión de delitos cometidos en el ejercicio de las funciones contra los funcionarios enumerados en el artículo 99º de la Constitución, es aquél al que se refiere el último párrafo del artículo 16º del Reglamento del Congreso, es decir, la mitad más uno de su número legal de miembros. Tal es la interpretación que debe darse al inciso j) del artículo 89º del Reglamento del Congreso, a fin de evitar aplicaciones irrazonables. Aunque en estos casos, considerando que el Congreso declara lugar a la formación de causa, sin participación de la Comisión Permanente, la votación favorable deberá ser la mitad más uno del Congreso, sin participación de la referida Comisión.

Antejuiicio al Presidente de la República

13. Tal como lo establece el artículo 117º de la Constitución, el Presidente de la República sólo puede ser acusado por el delito de traición a la patria; impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134º de la Constitución, o impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral. Para que proceda la acusación constitucional por la supuesta comisión de dichos delitos, como se ha manifestado, se requerirá la votación favorable de la mitad más uno del número miembros del Congreso, sin participación de la Comisión Permanente.

Potestad del Congreso para aplicar sanciones por los delitos declarados como tales por el Poder Judicial

14. Por otra parte, no puede soslayarse la frase "sin perjuicio de lo señalado en el primer párrafo del artículo 100º de la Constitución Política", contenida en el inciso j) del artículo 89º del Reglamento del Congreso (ver fundamento 7, *in fine, supra*). Y es que el primer párrafo del artículo 100º de la Constitución faculta al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, para imponer al funcionario público las sanciones de suspensión, destitución y/o inhabilitación hasta por 10 años para ejercer cualquier función pública.

15. Sobre el particular, surge la siguiente interrogante: ¿Acaso el Congreso puede imponer sanciones por delitos que no han sido declarados por el Poder Judicial? Sin duda, la respuesta es negativa, porque si así fuera se quebraría no solo el principio de separación de poderes sobre el que se sustenta todo Estado democrático de derecho (artículo 43º de la Constitución), sino también el principio de presunción de inocencia (párrafo e, inciso 24), de su artículo 2º). Es por ello que la referida frase del inciso j) del artículo 89º del Reglamento del Congreso, debe ser interpretada como aquella potestad sancionadora de la que es titular el Congreso, para imponer las sanciones previstas en el primer párrafo del artículo 100º de la Constitución, por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones por los funcionarios enumerados en el artículo 99º de la Constitución, siempre que dichos delitos hayan sido previamente declarados como tales en una sentencia firme expedida por el Poder Judicial, quedando proscrita toda interpretación contraria.

16. Así pues, a los casos de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, le son aplicables tanto una sanción penal por parte del Poder Judicial -la que, incluso, según lo establecido en el inciso 3) del artículo 31º del Código Penal, concordante con el artículo 36º del mismo cuerpo de leyes, puede comprender la inhabilitación- como una sanción política (las previstas en el primer párrafo del artículo 100º de la Constitución), toda vez que existe un fundamento distinto en sus respectivas imposiciones; a saber, en el primer caso, la protección del bien jurídico de que se trate, y, en el segundo, la protección del Estado mismo. Quede

claro, sin embargo, que en estos supuestos, la condena penal impuesta por el Poder Judicial constituye condición *sine qua non* de la sanción política impuesta por el Poder Legislativo y, por este mismo motivo, sería irrazonable exigir en estos casos una votación calificada, bastando una mayoría simple para aplicar las sanciones previstas en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución.

El antejuicio político no puede dar lugar a la afectación de la independencia y autonomía del Poder Judicial y del Ministerio Público

17. Por otra parte, este Tribunal considera que no existen criterios razonables que permitan concluir que la prerrogativa del antejuicio deba dar lugar a algún grado de interferencia con la independencia y autonomía de los poderes públicos encargados, por antonomasia, de la persecución e investigación del delito. Por ello, este Colegiado observa con preocupación lo expuesto en el tercer y quinto párrafo del artículo 100° de la Constitución. El primer párrafo establece: "En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente". Por su parte, el tercero prevé: "Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso".

El Tribunal Constitucional considera que las referidas disposiciones son contrarias al aludido principio fundamental sobre los que se sustenta el Estado democrático de derecho: la separación de poderes. Si bien dicho principio no puede negar la mutua colaboración y fiscalización entre los poderes públicos, impone la ausencia de toda injerencia en las funciones esenciales y especializadas que competen a cada una de las instituciones que diagraman la organización del Estado. En tal sentido, en modo alguno puede restringirse la autonomía que corresponde al Ministerio Público en el desenvolvimiento de las funciones que la Constitución le ha conferido en su artículo 159°; menos aún puede aceptarse la limitación de los principios de unidad, exclusividad e independencia de la función jurisdiccional (incisos 1 y 2 del artículo 139°), la que, desde luego, alcanza también al juez instructor encargado de evaluar la suficiencia de elementos de juicio que justifiquen la apertura de instrucción y de conducir la etapa investigativa del proceso.

Por lo expuesto, el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República a realizar la reforma constitucional correspondiente.

§2. El juicio político

Juicio político por infracción constitucional

18. Por otra parte, el Tribunal Constitucional considera que la función congresal sancionadora, prevista en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución, no sólo puede ser ejercida en aquellos casos en los que exista una sentencia condenatoria emanada del Poder Judicial, por

los delitos funcionales en que incurran los funcionarios previstos en su artículo 99°, sino también en los casos en que se configuren responsabilidades eminentemente políticas, aun cuando no exista la comisión de un delito de por medio. Y es que si bien la función punitivo-jurisdiccional es privativa del Poder Judicial (aquella que puede sancionar sobre la base de la "razón jurídica"), la función político-punitiva (aquella que puede sancionar sobre la base de la "razón política") no lo es. Y no podría serlo, pues justamente el principio de separación de poderes es el que garantiza la ausencia de toda valoración política en las decisiones del Poder Judicial.

19. Lo expuesto permite afirmar que en la Carta Fundamental no solamente se encuentra consagrado el antejuicio, sino también el juicio político, esto es, aquel que permite iniciar un procedimiento a los funcionarios enumerados en su artículo 99°, en razón de las "faltas políticas" cometidas en el ejercicio de sus funciones, con la finalidad de "retirar el poder de quien hace mal uso de él e impedir que [...] pueda ser reinvestido de poder en el futuro." (Broussard, Paulo. *O impeachment*. Editora Saraiva. 2da. Ed, 1992. p. 77). Al respecto, Bidart Campos refiere que "se lo denomina juicio "político" [...] porque no es un juicio penal; en él no se persigue castigar sino separar del cargo; no juzgar un hecho como delictuoso, sino una situación de gobierno como inconveniente para el Estado". (*Manual de Derecho constitucional argentino*. Ediar, 1986. p. 612).

20. Esa es la manera como se debe interpretar la previsión constitucional según la cual está permitido acusar a los referidos funcionarios públicos por "infracción de la Constitución". Y es que toda falta política en que incurran los funcionarios que componen la estructura orgánica prevista en la Carta Política, compromete peligrosamente el adecuado desenvolvimiento del aparato estatal. En estos casos, la razón del despojo del cargo no tiene origen en la comisión de un delito, sino en la comisión de faltas que aminoran, en grado sumo, la confianza depositada en el funcionario, la que debe ir indefectiblemente ligada al cargo que ostenta.

21. De esta manera, en el juicio político el funcionario es acusado, procesado y, de ser el caso, sancionado por el propio Congreso, por faltas única y estrictamente políticas.

Sobre la votación necesaria para acusar y sancionar en los juicios políticos

22. El Tribunal Constitucional advierte que aún no se ha previsto en el ordenamiento la votación necesaria para aplicar las sanciones previstas en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución, en los casos de juicios políticos. Dicha omisión ni siquiera se encuentra prevista en el ordenamiento para casos sustancialmente análogos, razón por la cual, en este caso, no cabe recurrir a una sentencia integrativa.

23. Esta omisión, desde luego, puede desencadenar aplicaciones irrazonables de las sanciones previstas en el artículo 100°. En ese sentido, este Colegiado exhorta al

Congreso de la República a estipular en su Reglamento la votación necesaria para aprobar una acusación constitucional por infracción de la Constitución (causas políticas), así como aquella necesaria para la aplicación de las referidas sanciones.

Para ello deberá tener en cuenta que los artículos 157° y 161° de la Constitución establecen que para la remoción de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura y del Defensor del Pueblo se requiere el voto conforme de los 2/3 del número legal de miembros del Congreso. Siendo así, a efectos de evitar incongruencias que puedan desprenderse del propio orden constitucional, es necesario que el número de votos para destituir del cargo a los otros funcionarios previstos en el artículo 99° de la Constitución, o, en su caso, para inhabilitarlos hasta por 10 años para el ejercicio de la función pública, por infracción de la Constitución, no sea menor a los 2/3 del Congreso, sin participación de la Comisión Permanente.

Sobre el procedimiento aplicable a los juicios políticos

24. De otra parte, y en vista de que el procedimiento regulado por el artículo 89° del Reglamento parlamentario se encuentra, *prima facie*, dirigido a regular el procedimiento de acusación constitucional para los casos de antejuicio político, este Colegiado exhorta al Congreso de la República a regular un procedimiento de acusación constitucional para los casos de juicio político, conforme a las características de dicha institución que se desprenden de esta sentencia. En tanto ello ocurra, este Colegiado no encuentra inconveniente en que el procedimiento regulado en los incisos del artículo 89° del Reglamento sea aplicado también a los juicios políticos, mientras resulten compatibles con las características de dicha institución.

25. De este modo, y resumiendo los criterios expuestos hasta el momento, debe interpretarse que en los artículos 99° y 100° de la Constitución se contempla tanto el antejuicio político como el juicio político.

En el antejuicio político, que debe versar sobre materia estrictamente jurídica, el Congreso sólo puede acusar y levantar la prerrogativa funcional del funcionario, pero en ningún caso sancionar. La acusación debe ser aprobada por la mitad más uno del número legal de miembros. Una vez sancionado judicialmente el funcionario, el Congreso puede aplicar las sanciones a que se refiere el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución, bastando para ello, en este caso, la votación favorable de una mayoría simple.

El juicio político es un procedimiento de contenido eminentemente político, seguido en su totalidad ante el Congreso de la República, en el que éste tiene la potestad de sancionar al funcionario por razones estrictamente políticas. En tal supuesto, es imperativo que la aprobación de la sanción requiera el voto favorable de, por lo menos, 2/3 del número de congresistas, sin participación de la Comisión Permanente.

§3. Sobre la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral o física

26. Este Colegiado debe resaltar que no existe procedimiento ni votación calificada alguna para que el Congreso de la República pueda declarar vacante el cargo de Primer Mandatario por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113° de la Constitución, esto es, por "su permanente incapacidad moral o física". Ello, desde luego, no podría significar que el más alto cargo de la Nación pueda quedar vacante como consecuencia de mayorías simples, pues ello sería atentatorio del principio de razonabilidad, pudiéndose presentar supuestos absolutamente inaceptables en un Estado social y democrático de derecho, tales como el hecho de que mientras que el Congreso necesite de la votación de más de la mitad de su número legal de miembros para remover a los ministros (responsables políticamente y no elegidos por el pueblo), mediante el voto de censura, sin embargo, no necesite sino una mayoría simple para remover al Presidente de la República (quien no tiene responsabilidad política y es elegido directamente por la voluntad popular). En ese sentido, el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República a legislar un procedimiento y la necesidad de una votación calificada para poder declarar la vacancia presidencial por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113° de la Constitución, a efectos de no incurrir en aplicaciones irrazonables de la referida disposición constitucional, para lo cual, al igual que en los casos de juicio político, debe estipularse una votación calificada no menor a los 2/3 del número legal de miembros del Congreso.

§4. Respetto de los miembros del Jurado Nacional de Elecciones (JNE), el Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil

27. Asimismo, este Colegiado observa que los miembros del JNE, el Jefe de la ONPE y el Jefe del RENIEC no cuentan con la prerrogativa del antejuicio político, no obstante ser funcionarios públicos de la mayor importancia en un Estado democrático de derecho, teniendo la obligación de "asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos, y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa" (artículo 176° de la Constitución). Por ello, el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República a reformar el artículo 99° de la Constitución, incluyendo a los mencionados funcionarios del sistema electoral entre aquellos dignatarios que gozan del privilegio de antejuicio político, o, en su caso, incluyendo una disposición que permita ampliar el privilegio de antejuicio a aquellos funcionarios que la ley establezca, tal como lo hiciera el artículo 183° de la Constitución de 1979.

§5. Respetto de la votación necesaria para la aprobación de leyes ordinarias

28. Por su parte, si bien es verdad que el artículo 106° de la Constitución determina que para la aprobación o modificación de las leyes orgánicas se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso, se advierte que hay silencio respecto al

número de votos necesarios para la aprobación de una ley ordinaria y que, en consecuencia, ese vacío constitucional debe ser cubierto mediante la correspondiente disposición en el Reglamento del Congreso. De lo contrario, siendo permisible el voto de abstención de los congresistas, puede llegarse al extremo de que, con un reducido número de votos a favor, pueda aprobarse una ley, especialmente cuando el número de congresistas presentes supere apenas el mínimo del *quórum* (en cuyo cómputo no se consideran a los que gozan de licencia). En ese sentido, este Colegiado exhorta al Poder Legislativo a establecer el mínimo de votos necesarios para la aprobación de leyes ordinarias.

§6. El proceso de inconstitucionalidad como proceso objetivo

29. Finalmente, los demandantes solicitan que, en virtud de la presente sentencia, este Colegiado declare nula la Resolución N.º 018-98-99-CR, de fecha 2 de julio de 1999, que declaró ha lugar a la formación de causa contra el ex congresista Manuel Lajo Lazo. Sin embargo, el proceso de inconstitucionalidad es uno de naturaleza objetiva, destinado única y exclusivamente a controlar la constitucionalidad de la leyes, y no a evaluar la constitucionalidad de los actos que en aplicación de ellas pudieran haber incidido en la esfera subjetiva de las personas.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

Declarando **INFUNDADA**, en parte, la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el inciso j) del artículo 89º del Reglamento del Congreso de la República; ordena interpretar la disposición impugnada conforme a los fundamentos 12 y 15 de la presente sentencia, e **IMPROCEDENTE** en lo demás que contiene.

Asimismo, **EXHORTA** al Congreso de la República a reformar la Constitución Política conforme a los fundamentos 17 y 27, *supra*; así como a reformar su Reglamento, con arreglo a los fundamentos 23, 24, 26 y 28.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REY TERRY
AGUIRRE ROCA
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

Exp. N° 0008-2003-AI/TC [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por Roberto Nesta Brero y más de cinco mil ciudadanos. Se declara la inconstitucionalidad del Decreto de Urgencia N° 140-2001, a través del cual se suspendía la importación de vehículos automotores usados de peso bruto mayor a 3,000 kilogramos y de motores, partes, piezas y repuestos usados para uso automotor, por contravenir lo dispuesto en el artículo 118° inciso 19 de la Constitución].

Fecha de Resolución: 11 de noviembre de 2003

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 12 de noviembre de 2003

Resumen: Mediante fallo recaído en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC, el Colegiado analizó la constitucionalidad del artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 140-2001, el cual estableció que, "excepcionalmente, por razones de interés nacional o necesidad pública, el Estado mediante Decreto Supremo (...) podrá fijar tarifas mínimas para la prestación del servicio de transporte terrestre nacional e internacional de pasajeros y carga (...)". Adicionalmente, establece que "(...). Esta intervención tendrá carácter extraordinario y su plazo será determinado en el Decreto Supremo respectivo, no pudiendo ser mayor a seis meses. (...)". Este dispositivo, como es de verse, autorizó al Estado a fijar el precio mínimo del servicio de transporte de pasajeros y carga, lo que, sin duda, es una intervención directa en el funcionamiento del mercado.

Siendo ello así, el Tribunal Constitucional estimó pertinente analizar previamente el modelo económico consagrado por la Constitución, los principios y derechos que informan al régimen económico y, ante todo, destacar la importancia que reviste la inclusión de un régimen económico en la Carta Fundamental. Señaló que el artículo 58° de la Constitución preceptúa que aquél se ejerce en una economía social de mercado. La economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho. En ésta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado.

En este contexto refirió que la iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia. Enfatizó también que dicho ordenamiento protege la libre iniciativa contra la injerencia de los poderes públicos, respecto de lo que se considera como "privativo" de la autodeterminación de los particulares.

Del análisis de los considerandos del Decreto de Urgencia *sub exámine*, el Tribunal coligió que los fines de la norma eran, por un lado, preservar la salud y la seguridad de los usuarios de los servicios de transporte de pasajeros y mercancías, y, por otro, corregir las distorsiones que afecten la competencia del mercado formal por la presencia masiva de empresas informales; esto es, de empresas que no cuentan con la autorización correspondiente para brindar el servicio y/o incumplen obligaciones de carácter tributario.

Asimismo, advirtió que uno de los principios rectores que informan al régimen económico de la Constitución es la función reguladora supletoria del Estado. Ello porque la economía social de mercado no puede ser confundida con los regímenes de economía mixta, planificada o interventora. Refirió que la intervención del Estado para regular el mercado, debe ser excepcional. Y es que toda regulación estatal debe justificarse por la presencia de una falla

del mercado, es decir, por una situación en la que el libre juego de la oferta y la demanda y el régimen de libre competencia impidan alcanzar una asignación eficiente de recursos, lesionando intereses públicos.

Para el análisis de la constitucionalidad de la norma impugnada, el Colegiado recurrió al test de proporcionalidad, a efectos de determinar la adecuación de la medida adoptada (fijación de precios mínimos) a los referidos fines, así como la necesidad que impulsó la asunción de dicha medida.

El Colegiado concluyó que es evidente que un programa de empadronamiento de vehículos, una intensificación en las acciones de fiscalización tributaria, una definición clara de estándares de calidad mínimos, un programa de revisión técnica de unidades, así como una severa política sancionadora de la informalidad y el incumplimiento de los requisitos mínimos de calidad en el servicio de transporte, son medidas menos limitativas de las libertades económicas, e incluso más adecuadas a efectos de proteger la salud y la seguridad ciudadana y defender la libre competencia, que la medida adoptada en la norma impugnada.

Respecto del cuestionamiento formal de la norma, es decir a la falta de observancia de las exigencias previstas por el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, interpretado sistemáticamente con el inciso c) del artículo 91° del Reglamento del Congreso, el Tribunal consideró que la norma era inconstitucional por los siguientes motivos: a) Aun cuando se reconozca que la situación del transporte público nacional requiere de medidas orientadas a su formalización y a la mejora de la calidad y la seguridad del servicio brindado al usuario, ella, en particular, dista mucho de ser una que ostente las características de excepcionalidad, imprevisibilidad y urgencia. b) Ello, a su vez, supone la irrazonabilidad de afirmar que, en este caso, constituía un eventual peligro esperar la aplicación del procedimiento parlamentario para regular las medidas idóneas orientadas a revertir la situación. c) Resulta constitucionalmente inadmisibles que el artículo 4° de la norma impugnada delegue en normas de inferior rango, como son los decretos supremos, la regulación de medidas extraordinarias, las cuales se encuentran constitucionalmente reservadas como contenido del propio decreto de urgencia, dada su calidad de "norma excepcional" con rango de ley.

Temas Claves: Actuación subsidiaria del Estado en la economía - características de un decreto de urgencia - Constitución económica - derecho a la propiedad - derecho a la salud - derechos de los consumidores y los usuarios - economía social de mercado - Estado social y democrático de derecho - función reguladora del Estado - libertades patrimoniales que garantizan el régimen económico - libre competencia - libre iniciativa privada - principios constitucionales que informan al modelo económico - principios de interpretación constitucional - principio de proporcionalidad - rol de los organismos reguladores - test de proporcionalidad - transporte público.

EXP. N.º 0008-2003-AI/TC
LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de noviembre de 2003, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos singulares de los magistrados Aguirre Roca y Bardelli Lartirigoyen.

ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos, contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N.º 140-2001.

ANTECEDENTES

Los recurrentes, con fecha 16 de julio de 2003, interponen acción de inconstitucionalidad contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N.º 140-2001, por considerar que vulnera el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, así como los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa, a la libertad de contratación y a la propiedad, consagrados en la Constitución Política vigente.

Alegan que la disposición fue expedida sin cumplir los supuestos habilitantes previstos en el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, dado que, en los días de su promulgación, no existía ninguna situación extraordinaria o de excepcional gravedad en el país en el sector económico o financiero; y que en el contenido de la norma no se hace alusión a ningún evento o circunstancia extraordinaria.

Asimismo, refieren que el artículo 4° de la norma impugnada permite que mediante decreto supremo se puedan fijar tarifas mínimas para la prestación del servicio de transporte terrestre nacional e internacional de pasajeros y carga, lo que supone una delegación de facultades prohibida por la Constitución; que dicha delegación ha sido asumida por el Decreto Supremo N.° 021-2003-MTC, publicado el 14 de mayo de 2003, que estableció precios mínimos para el transporte; que, en virtud de ello, todos los contratos de transporte sufrieron la intromisión del Estado, pues los precios de dicho servicio ya no pudieron fijarse libremente de acuerdo a la oferta y la demanda; y, finalmente, que los derechos constitucionales de contenido económico son afectados si es el Estado quien, sin una motivación razonable, impone las condiciones contractuales en variables tan importantes como el precio o el valor de los bienes y servicios.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros y apoderado especial del Poder Ejecutivo, contesta la demanda manifestando que la norma impugnada es constitucional, pues en todo momento precisa que las medidas adoptadas serán extraordinarias y basadas en estudios técnicos; que el Decreto de Urgencia N.° 140-2001 no ha vulnerado derechos fundamentales, y solamente los ha limitado; que, con su expedición, el Estado afrontaba una emergencia económica motivada por el bloqueo de carreteras y una huelga en el sector transporte, estableciendo una barrera mínima obligatoria a partir de la cual se fija el precio del transporte libremente, lo cual resulta razonable; y que la disposición cuestionada no ha efectuado ninguna delegación normativa en los decretos supremos, sino que éstos únicamente han reglamentado la norma.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. Los recurrentes interponen la presente acción de inconstitucionalidad contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N.° 140-2001, alegando que éste fue expedido fuera de los supuestos establecidos en el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, dado que –según afirman– no existía ninguna situación extraordinaria o excepcional en materia económica o financiera que lo justifique. Asimismo, refieren que la disposición cuestionada contraviene diversos dispositivos constitucionales que consagran el modelo económico adoptado por la Carta Fundamental, toda vez que “(...) no existe libre competencia, ni libertad de empresa, y mucho menos economía de mercado, si es el Estado quien impone las condiciones contractuales en aspectos tan importantes como el precio o valor de los bienes y servicios (...)”.

Sostienen que no existe sustento ni justificación razonable para que el Poder Ejecutivo desconozca las libertades y derechos constitucionales a la libertad de empresa, a la libertad de contratación y a la propiedad.

Adicionalmente, señalan que la norma cuestionada está viciada de inconstitucionalidad por permitir que un decreto supremo sea el instrumento jurídico mediante el cual se decidan medidas extraordinarias.

§2. La “Constitución económica”

2. El Tribunal Constitucional estima que, tal como aparece planteada la cuestión controvertida, resulta pertinente analizar el modelo económico consagrado por la Constitución, y, ante todo, destacar la importancia que reviste la inclusión de un régimen económico en la Carta Fundamental.

3. No es ajeno a este Colegiado el hecho de que cierto sector de la doctrina y de la propia comunidad económica cuestione la conveniencia de incluir en el texto constitucional normas orientadas a establecer las pautas básicas sobre las que debe fundarse el régimen económico de una sociedad. Y aunque no se expone de manera categórica, no es difícil deducir que en dichas críticas subyace el temor al supuesto riesgo de restar flexibilidad a un régimen que, desde tal perspectiva, debe estar sometido al imperio del mercado.

Al respecto, es necesario enfatizar que el verdadero riesgo sería que la recomposición de las desigualdades sociales y económicas quede librada a la supuesta eficiencia de un mercado que, por razones de distinta índole, se instituye desde una indiscutible disparidad entre los distintos agentes y operadores de la economía.

En efecto, así como el excesivo poder político del Estado ha sido siempre un riesgo para la libertad humana, de la misma forma el poder privado propiciado por una sociedad corporativa constituye una grave y peligrosa amenaza para la regencia del principio de justicia. Norberto Bobbio precisa que “(...) por debajo de la “no libertad”, como sujeción al poder del príncipe, hay una “no libertad” más profunda [...] y más difícilmente extirpable: la “no libertad” como sumisión al aparato productivo y a las grandes organizaciones del consenso y del disenso que la sociedad corporativa inevitablemente genera en su seno (...)”. (Citado por Pedro de Vega en: *Neoliberalismo y Estado*. En: *Pensamiento Constitucional*. Año. N.° IV. N.° 4, 1997, pág. 34). Por ello, no sólo es saludable, sino imprescindible, consolidar al más alto nivel jurídico y político las reglas macro que procuren una economía orientada hacia un Estado social y democrático de derecho.

§3. La Constitución como unidad. Interpretación institucional y social

4. Previamente al análisis hermenéutico del modelo económico constitucional, conviene precisar que si bien es posible aplicar a la Norma Fundamental los criterios interpretativos propiamente aplicables a las normas de rango legal (a saber, los métodos literal, sistemático, histórico y sociológico), no es menos cierto que la

Constitución posee también un importante contenido político, dado que incorpora no sólo reglas imperativas de exigencia o eficacia inmediata o autoaplicativa, sino también un cúmulo de disposiciones que propugnan el "programa social" del Estado, en una de cuyas vertientes principales se sitúa el régimen económico constitucional.

Se trata pues, en buena cuenta, de la distinción a la que alude Robert Alexy, cuando subraya la existencia de "normas constitucionales regla" y "normas constitucionales principio" (*Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda reimpresión, 2001).

Entonces, a los clásicos criterios de interpretación, deben sumarse aquellos que permitan concretar de mejor manera los principios que inspiran los postulados político-sociales y político-económicos de la Carta. Por ello la pertinencia en proceder, por una parte, a una interpretación institucional de sus cláusulas y, por otra, a una social.

5. La interpretación institucional permite identificar en las disposiciones constitucionales una lógica hermenéutica unívoca, la que, desde luego, debe considerar a la persona humana como el *prius* ético y lógico del Estado social y democrático de derecho. En efecto, las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme.

Por ello es necesario sustraerse de las posiciones subjetivas que pretendan glosar la Carta Fundamental, pues, como afirma Manuel García Pelayo, "lo significativo para la interpretación no es la razón instrumental o la voluntad subjetiva del constituyente, sino la racionalidad y voluntad objetivas que se desprenden del texto." (García Pelayo, M. *Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución*. En la obra colectiva *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, a cargo de M. Ramírez, Zaragoza, 1979, pág. 79). A tal propósito coadyuvan los principios interpretativos institucionales de "unidad de la Constitución", "eficacia integradora" y "concordancia práctica".

Dichos principios, que no son sino muestras de un criterio de interpretación institucional superior, permiten inferir lo que Peter Häberle denomina las "cristalizaciones culturales" subyacentes en todo texto jurídico, las que, sin duda, se encuentran contenidas también en la Constitución Personal.

Ninguna sociedad que se precie de mantener una sólida identidad con el bien común, puede soslayar que la Norma Fundamental encierra todo un complejo cultural, en el que es posible identificar un "mínimo común axiológico", esto es, el punto de encuentro entre los valores básicos de la comunidad. Así, "la Constitución no se limita a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación (...) de todo un

pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos. (...). De ahí que los propios textos de la Constitución deban ser literalmente "cultivados" (la voz "cultura" como sustantivo procede del verbo latino *cultivare*) para que devengan auténtica Constitución." (Häberle, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000, pp. 34-35).

Consecuentemente, será un imperativo de este Colegiado identificar los contenidos valorativos dispuestos en la Carta Fundamental, que la erigen como la *letra viva* que plasma la propia esencia cultural de nuestra sociedad, y que son el fundamento tanto para reconocer las dificultades y contingencias del presente como para avizorar las eventuales soluciones a futuro.

Los fundamentos axiológicos de la Constitución -cuyo presupuesto ontológico es la dignidad de la persona humana (artículo 1º)-, son la expresión y la propia proyección de nuestra comunidad. De ahí su importancia; y la necesidad inexorable de reconocerlos, desarrollarlos y ubicarlos en el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales.

En efecto, el núcleo duro de los derechos fundamentales, más allá de la materia concreta sobre la que versen, y al margen de la técnica ponderativa que pueda aplicárseles, está imbuido de los valores superiores de nuestro orden constitucional. Y es que un derecho fundamental desprovisto de la raigambre ética que debe transitar nuestro sistema cultural, poco tendrá siquiera de "derecho", pues estará condenado al repudio social.

6. Por su parte, la interpretación social permite maximizar la eficiencia de los derechos económicos, sociales y culturales en los hechos concretos, de modo tal que las normas programáticas, en cuya concreción reside la clave del bien común, no aparezcan como una mera declaración de buenas intenciones, sino como un compromiso con la sociedad dotado de metas claras y realistas. Es menester recordar que el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, obliga a los Estados a actuar de manera individual y conjunta para alcanzar la efectividad de los derechos que dicho texto reconoce.

El artículo mencionado establece que "(...) *Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, 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.*" El enunciado de dicho artículo, en lo sustancial, se repite en el artículo 26º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

7. Desde tal perspectiva, bajo la directriz de la dignidad de la persona humana, valor por excelencia de nuestro orden constitucional, es primordial "integrar" el contenido social de la República (artículo 43º la Constitución); el material ético del principio democrático, presente no sólo como

presupuesto de los derechos políticos, de lo que es ejemplo incuestionable el artículo 35º de la Ley Fundamental, sino también en el ejercicio de los derechos económicos y sociales (v.g. el artículo 28º); el principio de soberanía popular (artículo 3º y 43º); el principio de igualdad, especialmente en su vertiente sustancial, contenida de manera manifiesta en el artículo 59º; y en el caso más concreto de la economía, el principio de economía social de mercado (artículo 58º), amén del bien común.

8. Como resulta evidente, ningún ámbito de la Carta Fundamental es ajeno a los criterios interpretativos expuestos, menos aún las normas que dan forma y sustancia a lo que se ha convenido en denominar "Constitución económica". Y es que dichas disposiciones 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 tutela de los derechos fundamentales de la persona, y en el aseguramiento del bien común. En buena cuenta, la finalidad de tal incorporación normativa es enfatizar la idea de que toda economía colectiva debe cumplir mínimos supuestos de justicia.

§4. Sobre los principios constitucionales que informan al modelo económico

9. La interpretación interdependiente de la institucionalidad constitucional permitirá aprehender adecuadamente el contenido y la finalidad del modelo económico establecido en la Constitución. Para ello, es preciso determinar previamente los principios básicos de la estructura del sistema constitucional económico.

§4.1 El Estado peruano como Estado social y democrático de derecho

10. El Estado peruano definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de Estado social y democrático de derecho. Así se concluye de un análisis conjunto de los artículos 3º y 43º de la Ley Fundamental. Asimismo, se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Principios de los que se deriva la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado.

§4.1.a Fundamentos ideopolíticos del Estado social y democrático de derecho

11. El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido

material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real (García Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Editorial Alianza. 1980, pág. 26), lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones.

Ahora bien, siendo la dignidad humana el presupuesto de todos los derechos fundamentales, su reconocimiento es una condición para el ejercicio de la libertad, entendida como aquella condición humana según la cual ninguna persona se halla sujeta a coacción derivada de la voluntad arbitraria de los demás (F.A. Hayek. *Los fundamentos de la libertad*. Ed. Unión. Madrid 1991, pág. 26).

La seguridad jurídica y la igualdad ante la ley, a su vez, son condiciones necesarias para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, y se configuran en un marco de condiciones vitales mínimas y de una posición estadual vigilante a través de órganos autónomos y transparentes que promuevan el desarrollo del país en un marco de libre competencia e, igualmente, velen por el respeto de la dignidad de las personas.

§4.1.b Aspectos teleológicos del Estado social y democrático de derecho

12. El Estado social y democrático de derecho, como alternativa política frente al Estado liberal, asume los fundamentos de éste, pero además le imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. Y es que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio. Por ejemplo, la propiedad privada no sólo debe ser inviolable, sino que debe ejercerse en armonía con el bien común, y dentro de los límites de la ley.

La seguridad e igualdad jurídicas requieren de una estructura económica adecuada que haga posible estos principios.

La configuración del Estado social y democrático de derecho requiere de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social.

La exégesis del régimen económico constitucional a la luz del principio del Estado social y democrático de derecho (artículo 43º de la Constitución), que encuentra en el bien común (que es idéntico al interés de la sociedad) su *ratio* fundamental, bien puede ser traducida en la expresión contenida en la Encíclica *Mater et magistra*, según la

cual: "En materia económica es indispensable que toda actividad sea regida por la justicia y la caridad como leyes supremas del orden social. (...). (Es necesario establecer) un orden jurídico, tanto nacional como internacional, que, bajo el influjo rector de la justicia social y por medio de un cuadro de instituciones públicas o privadas, permita a los hombres dedicados a las tareas económicas armonizar adecuadamente su propio interés particular con el bien común". (Ilters. Nros. 39-40).

§4.1.c Supuestos fundamentales de nuestro Estado social y democrático de derecho

13. García Pelayo asevera que esta modalidad estadual, históricamente, es el intento de adaptación del Estado tradicional o Estado Liberal Mínimo a las condiciones sociales de la civilización industrial y post-industrial, con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas, en un contexto de respeto a los derechos fundamentales. (*Las transformaciones...* Ibid, pág. 18).

Las nuevas funciones del Estado moderno tienen que ver con aspectos económicos, sociales, políticos y jurídicos.

a) Supuestos económicos

La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:

- a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.
- b) Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa

privada y a una libre competencia regida, *prima facie*, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.

- c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.

En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social.

b) Supuestos sociales

Se trata del Estado de la integración social, dado que se busca conciliar los intereses de la sociedad, desterrando los antagonismos clasistas del sistema industrial. Al respecto, García Pelayo sostiene que la unidad entre el Estado social y la comunidad nacional hace posible otra característica de dicho tipo de Estado, a saber, su capacidad para producir la integración de la sociedad nacional, o sea, el proceso constante, renovado, de conversión de una pluralidad en una unidad, sin perjuicio de la capacidad de autodeterminación de las partes (*Las Transformaciones...* Op. Cit., pág. 45).

c) Supuestos políticos

El Estado social y democrático de derecho posibilita la integración del Estado y la sociedad, así como la democratización del Estado. La democracia, por ello, constituye un elemento imprescindible del Estado.

Desde esta perspectiva, la democracia ostenta una función dual: método de organización política del Estado, es decir, método de elección y nombramiento de sus operadores, y mecanismo para conseguir el principio de igualdad en el ámbito social. Así, el principio democrático no sólo garantiza una serie de libertades políticas, sino que transita e informa todo el ordenamiento jurídico-político, desde el ejercicio de las libertades políticas, pasando por la libertad de elección propia del libre desarrollo de la personalidad, hasta llegar, incluso, al seno mismo del núcleo duro de todos y cada uno de los derechos fundamentales. De modo que, aun cuando nuestra Constitución no lo establezca expresamente, el hecho de que exista una remisión al Estado democrático de derecho como una fuente de interpretación y también de identificación de los derechos fundamentales de la persona (artículo 3º de la Constitución), hace del principio democrático uno que trasciende su connotación primigeniamente política, para extenderse a todo ámbito de la vida en comunidad. De este forma, nuestra Carta Fundamental lleva implícito el reconocimiento de una democracia económica, social y cultural.

La vigencia de los principios democráticos asume vital importancia, dado que la satisfacción razonable de las condiciones de existencia de la persona determina y condiciona la voluntad legítima de la nación sobre el sistema estadual, consiguiéndose la estabilidad del Estado en todos sus elementos, y alcanzándose las metas propuestas en el modelo social.

La historia de la humanidad demuestra que el Estado no puede agotarse en sus funciones jurisdiccionales, de policía y de defensa del territorio; asimismo, que no puede limitar su actividad sólo a garantizar la seguridad interior y exterior del país. El Estado debe ser el ente integrador del orden político y social, y el regulador de la estructura social, que asegure el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas

d) Supuestos jurídicos

En el Estado social y democrático de derecho, el fenómeno jurídico no puede ser concebido como una regulación de características estrictamente formales, sino como una de connotaciones sociales. El sistema jurídico derivado de esta modalidad estadual trasciende la regulación formal, y apareja la exigencia de que sus contenidos axiológicos se plasmen en la vida cotidiana.

Dicha concepción presupone los valores de justicia social y de dignidad humana, los cuales propenden la realización material de la persona; esto es, el libre desenvolvimiento de la personalidad y el despliegue más acabado de las potencialidades humanas sobre la base del principio de libertad.

§4.2 Dignidad de la persona humana

14. Ésta se encuentra consagrada en el artículo 1º del texto constitucional, cuyo tenor es que la dignidad de la persona humana es el valor superior dentro del ordenamiento y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales, incluyendo, desde luego, aquellos de contenido económico. De este modo, no serán constitucionalmente adecuadas la explicación y solución de la problemática económica desde una perspectiva alejada de la dignidad humana, pues la persona no puede ser un medio para alcanzar una economía estable sino, por el contrario, debe ser la que auspicie la consecución de un fin superior para el Estado y la sociedad; a saber, la consolidación de la dignidad del hombre.

§4.3 Igualdad

15. El orden constitucional económico debe ser interpretado también a la luz del principio de igualdad, reconocido en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución. Sobre el particular, en el Caso Colegio de Notarios de Lima (Exps. Acums. N.º 0001-2003-AI/TC y N.º 0003-2002-AI/TC), este Tribunal precisó que "(...) el principio de igualdad en el Estado Constitucional, exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora (...)".

"(...) La vinculación negativa podrá elucidarse desde la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado, cuya sucinta expresión es 'tratar igual a los que son iguales' y 'distinto a los que son distintos', de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. Empero, emprender la interpretación del derecho a la igualdad desde un criterio decimonónico, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución".

Debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador con los derechos fundamentales, de forma tal que los poderes públicos sean capaces de revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, reponer las condiciones de igualdad que pudieran estarse manifestando en la realidad social, a contracorriente de las aspiraciones constitucionales.

Dicho juicio, desde luego, es aplicable también al ámbito económico, en el que, por mandato expreso de la Norma Fundamental, el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas orientadas a brindar oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad (artículo 59º).

§4.4 Economía social de mercado

16. A modo de conjunción de los principios expuestos, e ingresando de manera más concreta en la determinación solidaria y social en la que se inspira el régimen económico

de la Constitución, el artículo 58º de la Carta preceptúa que aquél se ejerce en una economía social de mercado. La economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho. En ésta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado. De allí que L. Herhård y Alfred Muller Armack afirmen que se trata de un orden "en donde se asegura la competencia, y al mismo tiempo, la transformación de la productividad individual en progreso social, beneficiando a todos, amén de estimular un diversificado sistema de protección social para los sectores económicamente débiles [...]" (*El orden del futuro. La economía social de mercado*. Universidad de Buenos Aires, 1981).

Alude, pues, a la implantación de una mecánica en la que "el proceso de decisión económica está descentralizado y la coordinación de los múltiples poderes individuales se hace a través de las fuerzas automáticas de la oferta y demanda reguladas por los precios". (Juergen B. Donges. *Sistema económico y Constitución alemana*. En: Constitución y Economía, Madrid: 1977).

Es decir, tanto como se opone a la economía de planificación y dirección central, la economía social de mercado se opone también a la economía del *laissez faire*, en donde el Estado no puede ni debe inmiscuirse en el proceso económico.

"La economía social de mercado, como presupuesto consustancial del Estado Constitucional aparece como una "tercera vía" entre el capitalismo y el socialismo [...]" (Peter Häberle. *Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo*. En: Pensamiento Constitucional. Año. N.º IV. N.º. 4, Lima 1997, pág. 25). Y es que, dado el carácter "social" del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.

§4.5 Libre iniciativa privada

17. Otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la libre iniciativa privada, prescrito en el artículo 58º de la Constitución y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17), artículo 2º del mismo texto, el cual establece el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material.

Como expone Marcial Rubio Correa, dicho derecho tiene un contenido de libertad y otro de actuación económica,

cuya expresión es "que las personas son libres de realizar las actividades económicas que mejor consideren para obtener los recursos de su vida cotidiana y de su capitalización" (*Estudio de la Constitución Política de 1993*, PUCP, Fondo Editorial, 1999).

18. La iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia. Empero, con el mismo énfasis debe precisarse que dicho ordenamiento protege la libre iniciativa contra la injerencia de los poderes públicos, respecto de lo que se considera como "privativo" de la autodeterminación de los particulares.

§4.6 La actuación subsidiaria del Estado en la economía

19. Este principio puede concebirse en dos sentidos: vertical y horizontal.

La subsidiariedad vertical se refiere a la relación existente entre un ordenamiento mayor -que puede ser una organización nacional o central- y un ordenamiento menor -que pueden ser las organizaciones locales o regionales-, según la cual el primero de ellos sólo puede intervenir en aquellos ámbitos que no son de competencia del ordenamiento menor. Dicha orientación guarda estrecha relación con los servicios públicos y el desarrollo económico-social.

Por su parte, la subsidiariedad horizontal esta referida a la relación existente entre el Estado y la ciudadanía, en la cual el cuerpo político, respetando la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduce la intervención pública a lo esencial.

A través de ambos sentidos, el principio de subsidiariedad se constituye en un elemento de vital importancia para el Estado democrático de derecho, ubicándose entre la esfera de la descentralización institucional y la autonomía de lo social, en cuanto principio que inspira un proceso de socialización de los poderes públicos. Consecuentemente, el principio de subsidiariedad surge en el constitucionalismo moderno como una técnica decididamente útil para lograr la pacificación social o la resolución de los conflictos mediante el respeto absoluto de los derechos y libertades individuales, y tiene como fin la reestructuración del equilibrio entre lo público y lo privado según una adecuada flexibilización que acentúa la concepción democrática del ordenamiento estatal.

20. Entre los usos pragmáticos que el término subsidiariedad puede tener en el ámbito constitucional se tiene los tres siguientes:

a) El primero tiene que ver con el sentido horizontal del principio y está referido a la relación clásica entre sociedad y Estado, entre libertad y autoridad, entre iniciativa privada y poder positivo del Estado.

b) El segundo está relacionado con la teoría de las fuentes del derecho objetivo, la misma que supone la titularidad

del poder de normación en el Estado-persona o bien en entes dotados de soberanía. Por tanto, se entiende como la potestad que tienen los entes legitimados y competentes para la adopción del acto de normar en forma autónoma y exclusiva, salvo en aquellos casos en los que el acto-fuente no logre, por sí solo, conseguir los efectos jurídicos deseados, situaciones en las cuales existe la posibilidad de que la ley estatal intervenga.

c) El tercero, que tiene algunos elementos en común con la materia de fuentes, es el que concierne a la organización administrativa o a los diversos niveles de expresión de las funciones y competencias públicas. Está vinculado a la descentralización administrativa estructurada sobre la base de una articulación diferente de las relaciones entre el ordenamiento mayor y el ordenamiento menor. Se trata, en suma, del principio de subsidiariedad entendido en sentido vertical.

Ahora bien, estos usos no se consideran separados los unos de los otros, sino como momentos de una única esencia que caracteriza la configuración del ordenamiento estatal. En efecto, la subsidiariedad en el Derecho Constitucional está condicionada a la forma del Estado y a las relaciones entre gobernantes y gobernados, reguladas en el ámbito de la disciplina económica y de la producción de los actos normativos -no ordenados desde una óptica jerárquica sino, más bien, desde una estructura diversificada sobre la base axiológica y valorativa-; y, también, a la organización vertical del Estado, que se distribuye según formas mayores de descentralización administrativa a favor de los ordenamientos menores.

21. Sin perjuicio de lo expuesto, debe quedar claro que, aunque se postule el respeto de las libertades de los individuos y de los grupos, el principio de subsidiariedad no pone en discusión el papel y la importancia del Estado; por el contrario, se orienta a valorarlo, procediendo a una redefinición y a una racionalización de los roles en la dinámica de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, entre lo público y lo privado.

Desde la perspectiva de una organización social inspirada en el principio de subsidiariedad, el Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales, a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo.

22. De este modo, el principio de subsidiariedad, más que un mecanismo de defensa contra el Estado, resulta ser un instrumento para la conciliación de conflictos; no se funda en una concepción "opositiva" de la relación entre Estado y sociedad, sino en una visión "integradora" y "consensual" del cuerpo social, cuyas partes, mediante vínculos de tipo subsidiario, se recomponen armónicamente en un proceso que gradualmente desciende desde el individuo hasta el Estado a través de las formaciones sociales intermedias.

23. A diferencia de la Constitución de 1979, que no establecía claramente la subsidiariedad de la

intervención de los poderes públicos en la economía, la actual Constitución prescribe expresamente en su artículo 60° que “[...]. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional [...]”. Se consagra así, el “principio de subsidiariedad” de la actuación del Estado en la economía, y se plantea el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común.

En ese orden de ideas, las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada.

Debe enfatizarse que “la intervención de las autoridades públicas en el campo económico, por dilatada y profunda que sea, no sólo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares, sino que, por el contrario, ha de garantizar la expansión de esa libre iniciativa”, y la de los derechos esenciales de la persona humana. Entre ellos hay que incluir el derecho y la obligación –de cada persona- de ser, normalmente, la primera responsable de su propia manutención y de la de su familia, lo cual implica que los sistemas económicos permitan y faciliten a cada ciudadano el libre y provechoso ejercicio de las actividades de producción.” (Encíclica *Mater et Magistra*. Iter N.º 55)

24. Dentro del marco establecido por el principio de subsidiariedad y en el ejercicio de su actividad económica, el Estado, tal y conforme lo dispone el artículo 58°, asume roles sociales en áreas tales como el de la promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

25. Asimismo, este principio debe ser interpretado en concordancia con otro de equivalente importancia, como es del pluralismo económico (primer párrafo del artículo 60° de la Constitución), que se ha desarrollado bajo el concepto de igualdad jurídica entre los competidores, y que constituye uno de los pilares del derecho de la competencia. Este régimen de paridad al que se someten tanto las empresas públicas como las privadas, constituye una garantía para el desenvolvimiento del tipo de mercado establecido en la Constitución y la optimización de los principios y valores que fundamenten el Estado democrático de derecho.

§5. Libertades patrimoniales que garantizan el régimen económico

26. Tras la sumaria reseña de los principios fundamentales sobre los que debe inspirarse el ejercicio hermenéutico aplicado al marco económico establecido en nuestra Carta Fundamental, cabe ahora detenerse en las libertades económicas reconocidas en el mismo texto.

En efecto, el modelo económico consignado en la Constitución exige el reconocimiento y defensa de una pluralidad de libertades de carácter patrimonial, cuya configuración binaria y simultánea es la de derechos subjetivos y garantías institucionales.

a) El derecho a la propiedad

Establecido en los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno.

Dicho derecho corresponde, por naturaleza, a todos los seres humanos; quedando éstos habilitados para usar y disponer autodeterminativamente de sus bienes y de los frutos de los mismos, así como también transmitirlos por donación o herencia. Como tal, deviene en el atributo más completo que se puede tener sobre una cosa.

Tal como se estableció en el histórico caso “Campbell vs Holt”, el concepto constitucional de la propiedad difiere y, más aún, amplía los contenidos que le confiere el derecho civil.

Así, mientras que en este último el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no 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.

Al respecto, Gregorio Badeni (*Instituciones de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997) comenta que “incluye tanto a las cosas como a los bienes e intereses estimables económicamente que puede poseer una persona. Comprende no solamente el dominio sobre las cosas, sino también la potestad de adquisición, uso y disposición de sus bienes tangibles e intangibles [...] los intereses apreciables económicamente que puede poseer el hombre fuera de sí mismo, al margen de su vida y libertad de acción”.

En lo esencial, se trata de un derecho cuyo origen no reside en la voluntad política del legislador estatal, sino en la propia naturaleza humana, que impulsa al individuo a ubicar bajo “su” ámbito de acción y autoconsentimiento, el proceso de adquisición, utilización y disposición de diversos bienes de carácter patrimonial.

Ahora bien, la referencia al bien común establecida en el artículo 70° de la Constitución, es la que permite reconocer la función social que el orden reserva a la propiedad.

El funcionamiento del sistema económico en armonía con los principios constitucionales depende de que los

bienes sean destinados a los fines económicos y sociales que su naturaleza exige. La propiedad no sólo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites externos que impidan al titular de los bienes utilizarlos en perjuicio de terceros. Acorde con la Constitución, es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Así, en la propiedad no sólo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues sólo de esa manera estará garantizado el bien común. Ello requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la economía.

Tal como refiere Haberle, (*El Estado Constitucional*, México: UNAM, 2001) "en la democracia pluralista, el bien común – idéntico al interés público- es indispensable". Incorporando la necesaria referencia al bien común en el desarrollo de la institución de la propiedad, dicha libertad fundamental se convierte en parte integrante del interés público.

Ahora bien, nuestra Constitución reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo (derecho individual), sino también como una garantía institucional (reconocimiento de su función social). Se trata, en efecto, de un "instituto" constitucionalmente garantizado. De modo que no puede aceptarse la tesis que concibe a los derechos fundamentales como derechos exclusivamente subjetivos, pues ello parte de la errónea idea de que aquellos son sólo una nueva categorización de las libertades públicas, tal como en su momento fueron concebidas en la Francia revolucionaria.

Pablo Ramella (*Los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Depalma, 1980) precisa que "la función social de la propiedad se traduce constitucionalmente en limitaciones al ejercicio de este derecho y en obligaciones a cargo del propietario, impuestas unas y otras en beneficio del bien común". Dicho concepto obliga a que se armonice el interés del propietario con el de la comunidad; procediéndose, para tal efecto, a que el Estado modere su ejercicio a través de la reglamentación.

La exigencia de funcionalidad social surge de la aplicación del principio de justicia; es decir, dentro del Estado democrático y social de derecho, la propiedad no se agota en un cometido individual, sino que se despliega hasta lograr una misión social, por cuanto ésta debe ser usada también para la constitución y ensanchamiento del bien común.

El propietario dispondrá, simultáneamente, del poder de emplear su bien en procura de lograr la satisfacción de sus expectativas e intereses propios y los de su entorno familiar; y el deber de encauzar el uso y disfrute del mismo en armonía y consonancia con el bien común de la colectividad a la que pertenece.

Al respecto, el Tribunal Constitucional español, en la sentencia STC/37/1987, ha precisado que: "La Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada

que se configura como haz de facultades individuales, pero también y al mismo como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamado a cumplir (...)".

En efecto, en el sistema constitucional personalista -caso de nuestra Constitución- la propiedad privada no es ni puede ser en modo alguno absoluta, debido a que, al igual que los restantes derechos y libertades que dignifican al ser humano, la propiedad se encuentra sujeta a las limitaciones impuestos por el interés general, las que, sin embargo, nunca podrían sustituir a la persona humana como titular de la libertad, así como tampoco imponer trabas intensas a su ejercicio que desconozcan la indemnidad de dicho derecho.

La doctrina del reconocimiento de la propiedad como una garantía institucional, ha sido también defendida por el Tribunal Constitucional en el Caso Colegio de Notarios de Junín, en la cual argumentó que "el derecho a la propiedad no sólo adquiere la categoría constitucional de derecho fundamental, sino que su defensa y promoción se constituyen en garantía institucional para el desarrollo económico [...]. Empero, para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución le reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer su titularidad frente a terceros y generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consustanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree las garantías que permitan institucionalizar el derecho [...].

Por cierto, la concepción de la propiedad privada como una garantía institucional, no implica el desconocimiento de las garantías que, a su vez, deben ser instauradas a efectos de reconocer al propietario las facultades de oponibilidad del derecho. Y es que, al igual que la gran mayoría de derechos fundamentales, la propiedad no mantiene más la condición de derecho absoluto. Al respecto, Jorge Avendaño (*El derecho de propiedad en la Constitución*. En: *Thémis*, N.º 30, Lima, 1994) sostiene que "la propiedad tiene limitaciones, impuestas por diversas razones. Las limitaciones a la propiedad son hoy tan importantes, como crecientes en extensión y número, y ello en relación directa de la estimación del interés público y del concepto social del dominio".

Evidentemente, dicha función social tan sólo es aplicable a los bienes de producción o a los bienes de servicio público, mas no así a los bienes de consumo o a los bienes de utilidad estrictamente privada, en los que sólo es reconocible una utilidad estrictamente personal, en cuyo caso bastará abstenerse de aplicar la propiedad en perjuicio de la comunidad.

El ejercicio del derecho a la propiedad no es absoluto, e importa limitaciones legales que tienen por finalidad armonizar:

§ El derecho de propiedad individual con el ejercicio del mismo por parte de los demás individuos.

§ El derecho de propiedad individual con el ejercicio de las restantes libertades individuales.

§ El derecho de propiedad individual con el orden público y el bien común.

b) El derecho a la libre contratación

Establecido en el inciso 14) del artículo 2° de la Constitución, se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo -fruto de la concertación de voluntades- debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público.

Tal derecho garantiza, *prima facie*:

- Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante.
- Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.

A lo expuesto debe agregarse que la libertad contractual constituye un derecho relacional, pues, con su ejercicio, se ejecutan también otros derechos tales como la libertad al comercio, la libertad al trabajo, etc.

c) La libertad de trabajo

Establecida en el inciso 15) del artículo 2° de la Constitución, se formula como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella. Para tal efecto, dicha facultad autodeterminativa deberá ser ejercida con sujeción a la ley. Por ello es que existen limitaciones vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público.

La Constitución asegura el derecho de optar, a condición de que sea lícita, por alguna actividad de carácter intelectual y/o física, con el objeto directo o indirecto de obtener un provecho material o espiritual; tal atributo se extiende a la potestad de posteriormente cambiar o cesar en dicha labor.

d) La libertad de empresa

Consagrada por el artículo 59° de la Constitución, se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios.

La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación, y simultáneamente le impondrá límites a su accionar.

Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley -siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente-, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce.

e) La libertad de comercio

Establecida en el artículo 59° de la Constitución, se trata de la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Debe ejercerse con sujeción a la ley.

Tal libertad presupone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal.

f) La libertad de industria

Establecida en el artículo 59° de la Constitución, es la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos.

§6. Los derechos de los consumidores y los usuarios

27. Así como la Constitución protege a los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado, a partir del ejercicio de los derechos de libre empresa, comercio e industria, con igual énfasis protege al individuo generador de demanda, es decir, al consumidor o el usuario.

28. El consumidor -o usuario- es el fin de toda actividad económica; es decir, es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios. En puridad, se trata de una persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos al mercado.

29. Es indudable que la condición de consumidor o usuario se produce a través de la relación que éste entabla con un agente proveedor -independientemente de su carácter público o privado-; sea en calidad de receptor o beneficiario de algún producto, sea en calidad de destinatario de alguna forma de servicio.

En consecuencia, la condición de consumidor o usuario no es asignable a cualquier individuo o ente, sino a aquel vinculado a los agentes proveedores dentro del contexto de las relaciones generadas por el mercado, las cuales tienen como correlato la actuación del Estado para garantizar su correcto desenvolvimiento.

El proveedor sería aquella persona natural o jurídica que, habitual o periódicamente, ofrece, distribuye, vende arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios

30. La Constitución prescribe en su artículo 65° la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, a través

de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo. En lo primero, el artículo tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia, tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios. En lo segundo, la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, apareja el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos de consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.

31. De acuerdo con lo establecido por el artículo 65° de la Constitución, el Estado mantiene con los consumidores o usuarios dos obligaciones genéricas; a saber:

a) Garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles.

b) Vela por la salud y la seguridad de las personas su condición de consumidoras o usuarias.

32. Ahora bien, pese a que existe un reconocimiento expreso del derecho a la información y a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores o usuarios, estos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tuitividad consagrada en la Constitución. Es de verse que en la Constitución existe una pluralidad de casos referidos a ciertos atributos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen un *numerus apertus* a otras expresiones sucedáneas.

Así, el artículo 3° de la Constitución prevé la individualización de "nuevos" derechos, en función de la aplicación de la teoría de los "derechos innominados", allí expuesta y sustentada.

Bajo tal premisa, el propio Estado, a través de la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo N.º 716), no sólo ha regulado los derechos vinculados con la información, salud y seguridad, sino que ha comprendido a otros de naturaleza análoga para los fines que contrae el artículo 65° de la Constitución. Por ello, los derechos de acceso al mercado, a la protección de los intereses económicos, a la reparación por daños y perjuicios y a la defensa corporativa del consumidor, se erigen también en derechos fundamentales reconocidos a los consumidores y usuarios.

33. De lo expuesto, se desprende que la libre iniciativa privada y, concomitantemente, la libre competencia y demás libertades patrimoniales consagradas en la

Constitución y ejercitadas en el seno del mercado, presuponen necesariamente tres requisitos:

a) La autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica;

b) La autodeterminación para elegir las circunstancias, modo y forma de ejercitar la actividad económica; y,

c) La igualdad de los competidores ante la ley.

A estos requisitos que determinan conjuntamente las garantías de defensa de los intereses individuales en la economía, se suman aquellos que garantizan el interés comunitario; a saber:

a) La sujeción a la Constitución y a las leyes;

b) El respeto de los derechos fundamentales; y,

c) La proyección de cualquier actividad económica hacia el bien común.

El ejercicio de toda actividad económica puede limitarse. Si embargo, es preciso que las restricciones legales adoptadas no enerven esa legítima autonomía, así como también impidan a los operadores económicos privados diseñar su propia estrategia para ofrecer, adquirir, vender o hasta permutar en el mercado. Ello, sin perjuicio de reconocer que incluso las medidas estatales que pretendan operar sobre el ámbito de las libertades económicas deben ser razonables y proporcionadas.

34. En suma, si bien la Constitución garantiza el ejercicio de las libertades patrimoniales, en el marco de una economía social de mercado -donde estos derechos operan como garantías institucionales- implican el reconocimiento de la libertad de decidir no sólo la creación de unidades económicas y su actividad en el mercado, sino también el establecimiento de los propios objetivos de éstas, así como planificar y dirigir sus actividades de acuerdo a sus propios recursos y a las condiciones del mercado, teniendo siempre en consideración que la actividad empresarial debe ejercerse con pleno respeto a los derechos fundamentales de los "otros" y con sujeción a la normativa que regula la participación en el mercado.

§7. Estado vigilante, garantista y corrector

35. Si bien el principio de subsidiariedad, al que debe atenderse el accionar del Estado, y el respeto al contenido esencial de las libertades económicas, constituyen, básicamente, límites al poder estatal, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora. Ello, sin duda, es consecuencia de que, así como existe consenso en torno a las garantías que deben ser instauradas para reservar un ámbito amplio de libertad para la actuación de los individuos en el mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva.

Este Colegiado, en tal sentido, conviene con Pedro de Vega cuando puntualiza que "el mercado no funcionó

nunca sin los correctivos y los apoyos del Estado", y que, "ante la amenaza de conflictos sociales que el mercado no puede resolver ni soportar, y ante el riesgo permanente del caos interno, nada tiene de particular que se haga imprescindible recurrir al Estado como instrumento de regulación y control, por ser la única instancia capaz de crear las condiciones para que el sistema económico obtenga la mínima "lealtad de las masas". (*Neoliberalismo y Estado*. Op. cit., pág. 34-35).

36. La función reguladora del Estado se encuentra prevista en el artículo 58° de la Constitución, cuyo tenor es que "la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura [...]" Por su parte, el artículo 59° establece que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo, comercio e industria.

37. Asimismo, el artículo 61° confiere al Estado el deber de proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas. De esta forma, nuestro texto fundamental no admite que un solo productor satisfaga la demanda de todos los consumidores o usuarios, pues ello, en los hechos, le permitiría determinar el precio y la cantidad de bienes o servicios a ofertarse, a costa de extraer recursos del consumidor o usuario.

El Estado debe, asimismo, evitar la instauración de posiciones dominantes, esto es, la existencia de escenarios económicos en los que aparezca un agente con capacidad de actuación independiente, es decir, con opción de prescindencia de sus competidores, compradores y clientes o proveedores en función a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las peculiares características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico, etc.

En coherencia con tales imperativos se justifica la existencia de una legislación antimonopólica y de desarrollo de los marcos regulatorios que permitan mayores niveles de competencia.

38. De este modo y dentro del respeto a la libre iniciativa privada, la función orientadora del Estado tiene como propósito el desarrollo del país, procurando que se materialice el componente social del modelo económico previsto en la Constitución.

39. Dicha función orientadora presenta, sustancialmente, las siguientes características: a) el Estado puede formular indicaciones, siempre que éstas guarden directa relación con la promoción del desarrollo del país; b) los agentes económicos tienen la plena y absoluta libertad para escoger las vías y los medios a través de los cuales se pueden alcanzar los fines planteados por el Estado; y, c) el Estado debe estimular y promover la actuación de los agentes económicos.

40. El reconocimiento de estas funciones estatales, que aparecen como un poder-deber, se justifica porque el Estado no es sólo una organización que interviene como garantía del ordenamiento jurídico, sino porque determina o participa en el establecimiento de las "reglas de juego", configurando de esta manera la vocación finalista por el bien común. Por ende, el Estado actúa como regulador y catalizador de los procesos económicos.

§8. Acerca del rol de los organismos reguladores

41. Sabido es que nuestra legislación, principalmente a través de la Ley N.º 27332, parcialmente modificada por la Ley N.º 27632, ha conferido a los organismos reguladores de la inversión privada en los sectores públicos, una misión de especial trascendencia para el correcto desenvolvimiento del mercado. A dichos organismos autónomos compete, dentro de sus correspondientes ámbitos sectoriales, la supervisión, regulación y fiscalización de las empresas que ofrecen servicios al público, así como la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar, en caso de que los oferentes de servicios contravengan las disposiciones legales y técnicas que regulan su labor, o quebranten las reglas de mercado que garantizan una competencia eficiente y leal. Deben, asimismo, actuar con eficiencia en la solución de toda controversia que pudiera presentarse en el sector que les compete.

La ley ha conferido a dichos organismos, además, una función específica: la responsabilidad de supervisar las actividades efectuadas al amparo del Decreto Legislativo N.º 674; es decir, aquellos casos en los que existan privatizaciones o concesiones por parte del Estado a favor de empresas privadas (art. 4° de la Ley N.º 27332). Se trata, pues, de una supervisión de las actividades "post-privatización".

Así, el papel de los organismos reguladores puede resumirse en la función de suministrar el marco regulador necesario a fin de promover nuevas inversiones, así como el ingreso de nuevos operadores, desarrollando al mismo tiempo mayores niveles de bienestar para los usuarios de los servicios bajo su supervisión.

42. Tal como ha quedado dicho, el absoluto abstencionismo estatal frente al desenvolvimiento del mercado, bajo la premisa de que la mejor regulación de la economía es la "no regulación", es una falacia propia de las ideologías utilitaristas, que pretenden convertir al egoísmo en una virtud y a la solidaridad un vicio. Es por ello que al Estado le compete supervisar el correcto desenvolvimiento de la economía, previo convencimiento de la función social que ella cumple en la sociedad. Por tal razón, tendrá como deber intervenir en aquellas circunstancias en que los encargados de servir al público hubiesen olvidado que el beneficio individual que les depara la posesión y explotación de un medio de producción o de una empresa de servicio, pierde legitimidad si no se condice con la calidad y el costo razonable de lo ofertado. En buena cuenta, es menester enfatizar que la satisfacción de las necesidades del consumidor y del usuario es el punto de

referencia que debe tenerse en cuenta al momento de determinar el desenvolvimiento eficiente del mercado.

43. Allí radica la especial función que cumplen los organismos reguladores. Estos organismos tienen la obligación de asumir la delicada misión que les ha sido asignada bajo principios de transparencia e imparcialidad. De la eficiente labor en sus respectivos sectores depende, en gran medida, que se genere verdadera competencia entre los distintos agentes económicos, lo que redundará en beneficio de los usuarios.

En efecto, el control de los estándares de calidad del servicio, la razonabilidad del precio que se le asigne, el desarrollo sostenido del sector, la acción proactiva y efectiva en el cuidado del medio ambiente y la competencia técnica, son conductas que deben ser asumidas por los organismos reguladores, sea mediante acciones *ex ante* -regulaciones previas-, o *ex post* -sanciones ejemplares que disuadan tanto al infractor como a los distintos competidores de atentar contra los valores de un mercado eficiente y humano-.

44. Los organismos reguladores deben hacer del usuario un partícipe de su funcionalidad, brindándole una atención personalizada y capacitándolo en el ejercicio de los derechos que le son inherentes, en su calidad de pilar de la economía.

Los organismos reguladores no pueden funcionar aisladamente en la labor que les ha sido encomendada. A los usuarios compete, ante todo, la obligación de hacerse respetar en el círculo económico, informándose acerca de sus derechos. Y a las empresas que ofrecen servicios al público les corresponde el deber constitucional, legal y cívico de adecuar cada una de sus actividades a los designios de una economía social de mercado, en las cuales su beneficio personal no sea el punto de partida y finalidad de su actividad, sino la inevitable consecuencia de haber brindado un servicio digno, de calidad y a un costo razonable.

45. Este Colegiado ya ha tenido oportunidad de precisar que existe una percepción de que los órganos reguladores no están defendiendo apropiadamente los derechos de los usuarios y consumidores (Exp. N.º 005-2003-AI/TC). Son ampliamente conocidas las distintas denuncias existentes respecto a los continuos abusos cuyas víctimas son los usuarios de servicios públicos otorgados en concesión a diversas entidades privadas.

En la sentencia precitada, este Colegiado convino en exhortar al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, a efectos de que asuman las medidas necesarias para que OSIPTEL asuma un efectivo control de las actividades que puedan ser atentatorias de la libre competencia en el mercado y que repercutan negativamente en la satisfacción de las necesidades de los usuarios. Empero, los abusos presentados como consecuencia de determinadas posiciones dominantes en el mercado, no sólo se suscitan en el sector de las telecomunicaciones, sino también en otros sectores en los que determinadas empresas privadas hacen caso omiso de las distintas quejas que los usuarios formulan.

Ante tales circunstancias, este Colegiado estima importante reiterar la exhortación que en su momento se hiciera tanto al Poder Ejecutivo como al Legislativo, respecto de entidades como OSIPTEL e INDECOPI (Exp. N.º 0005-2003-AI/TC, Fund. Jur. N.º 41), y hacerla extensiva a organismos como OSINERG, OSITRAN y SUNASS. En tal sentido, recomienda la adopción de las medidas legales y administrativas necesarias, a fin de que estas entidades funcionen y actúen adecuadamente en la defensa de los derechos de los usuarios y consumidores, consagrados expresamente por nuestro ordenamiento jurídico.

§9. Análisis de la constitucionalidad del artículo 4º del Decreto de Urgencia N.º 140-2001

46. Expuestos los principios y derechos que informan al régimen económico, corresponde ahora precisar si el artículo 4º del Decreto de Urgencia N.º 140-2001 contraviene alguno de dichos principios y derechos.

47. El artículo 4º del Decreto de Urgencia N.º 140-2001, establece que, "excepcionalmente, por razones de interés nacional o necesidad pública, el Estado mediante Decreto Supremo (...) podrá fijar tarifas mínimas para la prestación del servicio de transporte terrestre nacional e internacional de pasajeros y carga (...)". Adicionalmente, establece que "(...)". Esta intervención tendrá carácter extraordinario y su plazo será determinado en el Decreto Supremo respectivo, no pudiendo ser mayor a seis meses. (...)". Este dispositivo, como es de verse, autoriza al Estado a fijar el precio mínimo del servicio de transporte de pasajeros y carga, lo que, sin duda, es una intervención directa en el funcionamiento del mercado.

48. Del análisis de los considerandos del Decreto de Urgencia *sub exámine*, se colige que los fines de la norma son, por un lado, preservar la salud y la seguridad de los usuarios de los servicios de transporte de pasajeros y mercancías, y, por otro, corregir las distorsiones que afecten la competencia del mercado formal por la presencia masiva de empresas informales; esto es, de empresas que no cuentan con la autorización correspondiente para brindar el servicio y/o incumplen obligaciones de carácter tributario.

49. Tal como ha quedado dicho, uno de los principios rectores que informan al régimen económico de la Constitución es la función reguladora supletoria del Estado. Ello porque la economía social de mercado no puede ser confundida con los regímenes de economía mixta, planificada o interventora.

La labor del cuerpo político, en el contexto de un Estado social y democrático de derecho, no puede ser asociada a la idea de que tenga por regla incidir en la esfera de libertad de los agentes económicos. Su intervención, en lo que al funcionamiento de regular del mercado se refiere, debe configurarse como excepcional. Y es que toda regulación estatal debe justificarse por la presencia de una falla del mercado, es decir, por una situación en la que el libre juego de la oferta y la demanda y el régimen de libre competencia impidan alcanzar una asignación eficiente de recursos, lesionando intereses públicos.

50. Debe tenerse en cuenta, asimismo, el papel de los precios de los bienes y los servicios, y su importancia decisiva para el adecuado desenvolvimiento del mercado.

En circunstancias comunes, el precio no es sino el resultado de las decisiones racionales adoptadas por ofertantes y usuarios. Cuando su fijación no es artificial, sino estricta consecuencia del intercambio fluido de bienes y servicios, el precio brinda información valiosa a los agentes económicos, tanto en lo que respecta a la escasez relativa de los recursos, como a las condiciones de la oferta y la demanda.

Del mismo modo, la información contenida en la fijación del precio en un mercado libre incentiva a las empresas a aumentar su eficiencia, a reducir sus costos y a mejorar la calidad de los productos que ofrece, en beneficio de los usuarios y consumidores.

51. Este Colegiado considera que la constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo 4º del Decreto de Urgencia N.º 140-2001, debe ser evaluada a la luz del test de proporcionalidad. En efecto, si bien tanto la protección de la salud y de la seguridad de los usuarios, así como la defensa de la libre competencia, constituyen fines constitucionalmente legítimos, ello no basta para concluir la constitucionalidad de la disposición impugnada. Resulta imprescindible determinar la adecuación de la medida adoptada (fijación de precios mínimos) a los referidos fines, así como analizar la necesidad que impulsó la asunción de dicha medida.

52. Con el propósito de evaluar la adecuación de la medida a los fines perseguidos, debe tenerse en cuenta que toda fijación mínima de precios prevé implícitamente, como un efecto práctico, que generará un aumento promedio de los precios en el mercado. Puede presumirse, asimismo, que ello producirá una reducción de la demanda, y una sustitución en el mercado de las opciones formales por las informales, esto es, por aquellas que, desarrollándose en la ilegalidad, no asumen el precio mínimo tarifario como una obligación.

Por otra parte, no puede soslayarse que dado que para las autoridades competentes resulta más sencillo fiscalizar a las empresas formalmente autorizadas que a aquellas informales, se genera una desincentivación hacia la formalización, pues se asume que ello reduciría la capacidad de establecer precios por debajo de los márgenes fijados administrativamente.

Todo lo dicho permite abrigar dudas razonables respecto de la idoneidad de medidas como la fijación de precios mínimos en los servicios en aras de evitar la informalidad y la baja calidad de los mismos. Empero, esta circunstancia analizada en sentido abstracto y no a la luz de un caso concreto no permite sancionar la inconstitucionalidad de la norma, puesto que toda duda razonable obliga a este Colegiado a presumir la constitucionalidad de la ley.

53. Se pueden extraer conclusiones bastante más categóricas si se procede a determinar la necesidad de la medida adoptada. En efecto, una de las condiciones

imprescindibles que debe comportar toda medida limitativa de la libre competencia, es aquella referida al "mínimo costo". Corresponde, pues, determinar si no existían medidas que, siendo igualmente adecuadas a efectos de conseguir los objetivos constitucionalmente legítimos, no resultaban siendo menos restrictivas de los derechos fundamentales de contenido económico.

Al respecto, es evidente que un programa de empadronamiento de vehículos, una intensificación en las acciones de fiscalización tributaria, una definición clara de estándares de calidad mínimos, un programa de revisión técnica de unidades, así como una severa política sancionadora de la informalidad y el incumplimiento de los requisitos mínimos de calidad en el servicio de transporte, son medidas menos limitativas de las libertades económicas, e incluso más adecuadas, a efectos de proteger la salud y la seguridad ciudadana y defender la libre competencia.

54. A mayor abundamiento, el hecho de que, con fecha 31 de mayo del presente año, el Poder Ejecutivo haya expedido el Decreto Supremo N.º 026-2003-MTC, que reabrió el Registro Nacional de Transporte Terrestre de Mercancías para personas naturales y jurídicas dedicadas a este servicio, iniciando con ello un agresivo programa de empadronamiento de vehículos, permite afirmar a este Tribunal que no existió una política razonable y progresiva emprendida por el Estado con el propósito de revertir la situación de informalidad existente, prefiriéndose la adopción de medidas sumamente restrictivas de la libre competencia, para recién luego adoptar medidas bastante más proporcionales a efectos de proteger distintos bienes constitucionales, lo que a todas luces resulta arbitrario.

55. Por tales razones, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 4º del Decreto de Urgencia N.º 040-2001 vulnera el principio de proporcionalidad que debe informar a todo acto que restrinja derechos fundamentales, siendo, por ello, inconstitucional.

§10. Decretos de urgencia y Estado Constitucional

56. Por otra parte, los recurrentes no sólo han cuestionado la constitucionalidad del Decreto de Urgencia N.º 140-2001 desde un punto de vista estrictamente material, sino también desde un punto de vista formal, pues entienden que la norma cuestionada ha sido dictada fuera de los supuestos que el inciso 19) del artículo 118º exige para su legitimación. Corresponde, pues, analizar dicho extremo de la demanda.

57. Es un lugar común reconocer, dentro de la teoría constitucional, que el principio de la división de poderes (reconocido en el tercer párrafo del artículo 43º de la Constitución) no se condice más con una tesis monovalente de las funciones correspondientes a cada uno de los poderes del Estado, según la cual, a cada uno de ellos corresponde una función específica no susceptible de ser ejercida por los demás, bajo cargo de quebrantar el principio de independencia y autonomía de los poderes estadales que sirve de garantía contra la instauración del Estado absoluto.

En efecto, hoy se reconoce que esta garantía no supone una férrea impenetrabilidad entre los poderes estatales, sino un equilibrio entre los mismos, expresado en la mutua fiscalización y colaboración. De ahí que el ejercicio de la función legislativa (por antonomasia, parlamentaria) por parte del ejecutivo, no sea, *per se*, contraria al Estado social y democrático de derecho, siempre que sea llevada a cabo conforme con las reglas que, para dicho efecto, contemple la propia Carta Fundamental. Así, pues, tratándose de la impugnación de normas con rango legal expedidas por el Ejecutivo, además de la evaluación de su constitucionalidad sustancial, esto es, de su compatibilidad con los requisitos de orden material exigidos por la Ley Fundamental, resulta de particular relevancia la evaluación de su constitucionalidad formal; es decir, de su adecuación a los criterios de índole procedimental establecidos en la propia Constitución.

58. En el caso de los decretos de urgencia, los requisitos formales son tanto previos como posteriores a su promulgación. Así, el requisito *ex ante* está constituido por el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros (inciso 3 del artículo 123° de la Constitución), mientras que el requisito *ex post* lo constituye la obligación del Ejecutivo de dar cuenta al Congreso de la República, de acuerdo con lo previsto por el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, en concordancia con el procedimiento contralor a cargo del Parlamento, contemplado en la norma de desarrollo constitucional contenida en el artículo 91° del Reglamento del Congreso.

Del análisis de autos, es posible concluir que el Decreto de Urgencia N.° 140-2001 ha sido expedido en observancia de las reglas formales constitucionalmente previstas en nuestro ordenamiento.

59. En lo que respecta a los criterios sustanciales, 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 justifiquen su dictado. En cuanto al primer tópico, el propio inciso 19 del artículo 118° de la Constitución establece que los decretos de urgencia deben versar sobre "materia económica y financiera".

Este requisito, interpretado bajo el umbral del principio de separación de poderes, exige que dicha materia sea el contenido y no el continente de la disposición, pues, en sentido estricto, pocas son las cuestiones que, en última instancia, no sean reconducibles hacia el factor económico, quedando, en todo caso, proscrita, por imperativo del propio parámetro de control constitucional, la materia tributaria (párrafo tercero del artículo 74° de la Constitución). Empero, escaparía a los criterios de razonabilidad exigir que el tenor económico sea tanto el medio como el fin de la norma, pues en el común de los casos la adopción de medidas económicas no es sino la vía que auspicia la consecución de metas de otra índole, fundamentalmente sociales.

El análisis conjunto de las disposiciones del Decreto de Urgencia N.° 140-2001, permite concluir que éste

versa sobre materia económica, pues adopta medidas que inciden en el mercado (suspensión de importación de vehículos de determinadas características y establecimiento de tarifas mínimas), con el propósito de alcanzar mejoras en la seguridad y proteger la salud de los usuarios del transporte público. En tal sentido, la norma trata sobre la materia constitucionalmente exigida.

60. Asunto distinto, sin embargo, es determinar si las circunstancias fácticas que, aunque ajenas al contenido propio de la norma, sirvieron de justificación a su promulgación, respondían a las exigencias previstas por el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, interpretado sistemáticamente con el inciso c) del artículo 91° del Reglamento del Congreso. De dicha interpretación se desprende que el decreto de urgencia debe responder a los siguientes criterios:

a) Excepcionalidad: La norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, condiciones que deben ser evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia, desde luego, no depende de la "voluntad" de la norma misma, sino de datos fácticos previos a su promulgación y objetivamente identificables. Ello sin perjuicio de reconocer, tal como lo hiciera el Tribunal Constitucional español -criterio que este Colegiado sustancialmente comparte- que "en principio y con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma" (STC N.° 29/1982, F.J. N.° 3).

b) Necesidad: Las circunstancias, además, deberán ser de naturaleza tal que el tiempo que demande la aplicación del procedimiento parlamentario para la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación y sanción), pudiera impedir la prevención de daños o, en su caso, que los mismos devengan en irreparables.

c) Transitoriedad: Las medidas extraordinarias aplicadas no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa.

d) Generalidad: El principio de generalidad de las leyes que, conforme se ha tenido oportunidad de precisar en el Caso Colegio de Notarios de Lima (Exps. Acums. Nros. 0001-2003-AI/TC y 0003-2003-AI/TC, F.J. N.° 6 y ss.), puede admitir excepciones, alcanza especial relevancia en el caso de los decretos de urgencia, pues tal como lo prescribe el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, debe ser el "interés nacional" el que justifique la aplicación de la medida concreta. Ello quiere decir que los beneficios que depare la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad.

e) Conexidad: Debe existir una reconocible vinculación inmediata entre la medida aplicada y las circunstancias extraordinarias existentes. En tal sentido, este Tribunal comparte el criterio de su homólogo español cuando afirma que la facultad del Ejecutivo de expedir decretos de urgencia no le autoriza a incluir en él "cualquier género de

disposiciones: ni aquellas que por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna (...) con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente aquellas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente, pues de ellas difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad" (STC N.º 29/1982, F.J. N.º 3).

Las medidas extraordinarias y los beneficios que su aplicación produzcan deben surgir del contenido mismo del decreto de urgencia y no de acciones diferidas en el tiempo o, menos aún, de delegaciones normativas, pues ello sería incongruente con una supuesta situación excepcionalmente delicada.

61. La aplicación de estos criterios al caso del Decreto de Urgencia N.º 140-2001, demuestra que éste es inconstitucional por los siguientes motivos:

a) Aun cuando este Colegiado reconozca que la situación del transporte público nacional requiere de medidas orientadas a su formalización y a la mejora de la calidad y la seguridad del servicio brindado al usuario, ella, en el particular caso que nos ocupa, dista mucho de ser una que ostente las características de excepcionalidad, imprevisibilidad y urgencia a las que se ha hecho referencia.

b) Ello, a su vez, supone la irrazonabilidad de afirmar que, en este caso, constituiría un eventual peligro esperar la aplicación del procedimiento parlamentario para regular las medidas idóneas orientadas a revertir la situación.

c) Y, principalmente, resulta constitucionalmente inadmisibles que el artículo 4º de la norma impugnada delegue en normas de inferior rango, como son los decretos supremos, la regulación de medidas extraordinarias, las cuales se encuentran constitucionalmente reservadas como contenido del propio decreto de urgencia, dada su calidad de "norma excepcional" con rango de ley.

62. Esta sentencia no afecta las atribuciones que, de acuerdo a ley, le corresponden a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

Declarando **FUNDADA** la presente demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia, inconstitucional el Decreto de Urgencia N.º 140-2001. Exhorta al Poder Ejecutivo a proceder conforme a lo expresado en el Fundamento N.º 45., *supra*. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REY TERRY
AGUIRRE ROCA
REVOREDO MARSANO

GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

EXP.N.º 008-2003-AI/TC
LIMA

ROBERTO NESTA BRERO

FUNDAMENTO SINGULAR DEL MAGISTRADO **MANUEL AGUIRRE ROCA**

Concordando con el FALLO o parte dispositiva de la Sentencia de autos, cúmpleme precisar, con el debido y recíproco respeto por la opinión de mis distinguidos colegas, que mis fundamentos son, básica y principalmente, los que aparecen en sus FUNDAMENTOS N.ºs 55 (donde se resumen las consecuencias de la vulneración del principio de *proporcionalidad*) y 61, en sus apartados a), b) y c); dejando expresa constancia de que tales FUNDAMENTOS recogen los homólogos de la demanda —que también hago míos— esto es, en síntesis, los corrientes en sus párrafos 5.1 y ss. (respecto de los llamados "presupuestos habilitantes" del Decreto de Urgencia impugnado); 5.2 y ss. y concordantes (respecto de las violaciones sustantivas de los artículos 58º, 59º, 62º y 70º de la Constitución); y 5.3 (respecto de la "delegación de facultades" constitucionalmente indelegables).

En lo que se refiere al extenso preámbulo filosófico-jurídico, que cubre 25 de las 31pp. de la Sentencia, no obstante simpatizar, a grandes rasgos, con su perspectiva y enfoque, me abstengo, ahora, de emitir opinión.

SR.
AGUIRRE ROCA

EXP. N.º. 0008-2003-AI/TC
LIMA

MÁS DE 5000 CIUDADANOS

FUNDAMENTO SINGULAR DEL MAGISTRADO **JUAN BAUTISTA BARDELLI LARTIRIGOYEN**

Si bien concuerdo con el sentido del fallo, con el debido respeto a mis honorables colegas, debo precisar que, en mi concepto, las razones fundamentales por las que la demanda debe ser estimada, residen en el hecho de que el Decreto de Urgencia N.º 140-2001 ha sido expedido sin que exista circunstancia alguna de carácter extraordinario o excepcional que lo justifique, presupuesto que se constituye en elemento *sine qua non* para la legitimidad de todo Decreto de Urgencia, tal como lo estipula el inciso 19) del artículo 118º de la Constitución. Esta inconstitucionalidad se hace aún más evidente desde que la propia norma con rango de ley impugnada, delega en normas infralegales la adopción de las supuestas "medidas extraordinarias", delegación que deviene en proscrita si nos atenemos a una adecuada interpretación de la disposición constitucional aludida.

SR.
BARDELLI LARTIRIGOYEN

Exp. N° 0014-2003-AI/TC [Proceso de Inconstitucionalidad promovido Alberto Borea Odría y más de cinco mil ciudadanos. Se declara la improcedencia de la demanda por no ser la vía procesal idónea para cuestionar la constitucionalidad y legitimidad de la Constitución].

Fecha de Resolución: 10 de diciembre de 2003

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 18 de diciembre de 2003

Resumen: Los demandantes solicitaron se declare la nulidad del "documento" de 1993 emanado del régimen autoritario que se inició con el golpe de Estado del 5 de abril de 1992 y que, a su juicio, indebidamente se le denomina Constitución.

El Tribunal Constitucional puntualiza que en el proceso de inconstitucionalidad, regulado por el inciso 4) del artículo 200 de la Constitución de 1993, se impugna la validez constitucional de las leyes y las normas con rango de ley, de modo que el así denominado "documento" no podría ser impugnado, pues "ciertamente, la Constitución de 1993 no es una ley y tampoco una norma con rango de ley; por el contrario, es la Ley Suprema del Estado, respecto de la cual todas las demás se encuentran subordinadas. Como indica su artículo 51º: La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente".

Así, pues, el Tribunal tras lamentar que mediante un proceso de inconstitucionalidad se pretenda cuestionar la Constitución de 1993, puso en evidencia, además, las graves paradojas que se produciría si se declarara la inconstitucionalidad solicitada: "(...) si por un momento, en vía de hipótesis, estuviésemos convencidos de que la Constitución de 1993 es pasible de someterse a control mediante este proceso, inmediatamente surgiría una nueva paradoja. Así, el inciso 4) del artículo 200º de la Constitución establece que el control de las normas que allí se enuncian, consiste en evaluar si contravienen a «(...) la Constitución en la forma o en el fondo». Y, ciertamente, la Constitución no es una norma que pueda, a sí misma, contradecirse; o, dicho de otro modo, que pueda contravenirse a sí misma".

La sentencia bajo comentario señala que es cuestionable el origen de la Constitución de 1993, pero concluye que su reforma, si no la hace el Congreso, debe realizarla una Asamblea Constituyente, antes de las elecciones políticas de 2006.

Temas Claves: Competencia del Tribunal Constitucional - Constitución de 1993 - legitimidad de origen de la Constitución - normas objeto de examen de constitucionalidad a través del proceso de inconstitucionalidad.

EXP. N.º 014-2003-AI/TC

LIMA

ALBERTO BOREA ODRÍA Y

MAS DE 5,000 CIUDADANOS

Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Aguirre Roca

ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos contra el denominado "documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú de 1993" (sic).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de diciembre de 2003, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados

ANTECEDENTES

Los demandantes sostienen que, estando vigente la Constitución de 1979, el 5 de abril de 1992, el entonces Presidente Constitucional de la República, contando con el apoyo de civiles y militares, perpetraron un golpe de estado e instauraron una dictadura corrupta, la cual, para disfrazar su propósito de mantenerse en el poder por tiempo indefinido, y revestirse de legalidad, convocó a un Congreso Constituyente Democrático para que dicte el documento denominado "Constitución Política del Perú de 1993".

Alegan que dicho documento, además de adolecer de legitimidad de origen, no llegó a regir efectivamente, pues fue reiteradamente violado por sus propios autores; ello, junto a su evidente falta de vocación de Constitución, hacen que dicho documento no alcance la categoría de tal, dado que, por su propia naturaleza, una Constitución debe ser el resultado de la genuina expresión libre y soberana del pueblo, que contenga la limitación y control del poder, además de ser garantía para la plena vigencia de los derechos fundamentales. Agregan que una vez restaurado el régimen democrático, y en aplicación del artículo 307.º de la Constitución Política de 1979, que establecía que ella no perdía vigencia ni dejaba de observarse por acto de fuerza o cuando fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone, corresponde que el Tribunal Constitucional declare su inconstitucionalidad y, consecuentemente, su nulidad, debiendo restablecerse la vigencia de la Constitución de 1979 con las normas transitorias que definirá el propio Tribunal Constitucional o el Congreso de la República.

Admitida la demanda, y efectuado el traslado de ley, ésta no fue contestada, por lo que después de realizada la audiencia pública, los autos quedaron para sentenciar.

FUNDAMENTOS

§1. Petitorio

1. Los accionantes sustentan su demanda de inconstitucionalidad de la Constitución Política del Perú de 1993, que ellos denominan "documento de 1993", en los siguientes argumentos:

a) Que la Constitución de 1993 carece de legitimidad de origen, pues fue elaborada

por el denominado Congreso Constituyente Democrático, elegido en un proceso sin transparencia, y manipulado por el gobierno de facto, con el objeto de lograr la legitimación del golpe de Estado del 5 de abril de 1992 y revestirse de legalidad; y, además, porque fue ratificado en un referéndum de dudoso resultado.

b) Que la Constitución de 1993, además de carecer de legitimidad de origen, no fue legitimada en su ejercicio, ya que no tuvo vigencia real, ni tenía voluntad de Constitución (sic), ni sirvió para distribuir el poder o limitar su ejercicio, y tampoco garantizó el goce y ejercicio de los derechos fundamentales.

c) Que la Constitución de 1993, al ser obra de un gobierno de facto, no es democrática, por lo que no puede regir ni tomarse como pauta de un Estado de Derecho que tiene fundamentos muy distintos a los de la dictadura.

d) Que, en aplicación del artículo 307.º de la Constitución de 1979, el Tribunal Constitucional tiene el deber de declarar la inconstitucionalidad de la Constitución de 1993 y, consecuentemente, su nulidad.

§2. Naturaleza de la Constitución y los alcances de la impugnación

2. La Constitución es una norma jurídico-política *sui generis*. El origen de dicha peculiaridad, desde luego, no sólo dimana de su posición en el ordenamiento jurídico, sino también del significado que tiene, y de la función que está llamada a cumplir.

Es común señalar que una de las formas cómo se expresa esa singularidad tiene que ver con la doble naturaleza. Así, por un lado, en la medida que crea al Estado, organiza a los poderes públicos, les atribuye sus competencias y permite la afirmación de un proyecto sociopolítico, que es encarnación de los valores comunitarios, la Constitución es, *prima facie*, una norma *política*. Ella, en efecto, es la expresión de todo lo que la nación peruana fue, es y aspira a alcanzar como grupo colectivo.

Pero, de otro lado, también la Constitución es una norma *jurídica*. En efecto, si expresa la autorepresentación cultural de un pueblo, y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que ocupaba su creador. En buena cuenta, en el Estado Constitucional de Derecho, el *status* de Poder Constituyente, es decir la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema.

La Constitución, así, termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas. La infidelidad constitucional, en efecto, acarrea la posibilidad de declarar la invalidez de toda norma o acto, cualquiera sea su origen, según los alcances que el mismo ordenamiento constitucional haya previsto.

3. Por cierto, teniendo en cuenta esta doble naturaleza de la Constitución, cabe absolver las impugnaciones que pesan sobre la Constitución de 1993: la carencia de legitimidad encierra un cuestionamiento que atañe a la naturaleza política de la Ley Suprema; en tanto que los cuestionamientos a su validez y vigencia comportan una impugnación a su condición de norma jurídica.

§3. Legitimidad y legitimación de la Constitución

4. Las palabras "legitimidad" y "legitimación" son conceptos que tienen significados diferentes según los contextos y el uso que de ellas se realicen en el ámbito de la Ciencia Política o en el plano de la Teoría Política; sin desconocer, desde luego, los usos de otras ciencias –en las que acaso también quepa incluir al Derecho-. [Así, por ejemplo, el significado que se atribuye a la voz "legitimación" en el derecho procesal; o, incluso, en el derecho constitucional de ciertos ordenamientos, como el italiano, donde el concepto "legitimidad constitucional" es equivalente al de "validez constitucional"].

De ahí la necesidad de recurrir a una definición estipulativa sobre el tema, es decir, se hace necesario explicitar, para lo sucesivo, el contenido y el significado que les hemos de asignar. Y las vamos a entender no en el sentido clásico, empleado por Max Weber [*Economía y Sociedad*, FCE, México 1992, pág. 172 y sgtes.], quien en contraposición a la legitimidad tradicional y carismática, como se sabe, oponía la racional, "que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad". Y ello porque, como más adelante se especificará, sobre la ordenación estatuida denominada "Constitución" no puede realizarse un juicio de "legalidad"/"ilegalidad", "validez/invalides", dado que el Poder Constituyente, como se rescató en la STC N.º 0014-2002-AI/TC, por principio no está sujeto a límites jurídicos.

5. El sentido o contenido del concepto de legitimidad que aquí se ha de emplear, y que en cierta forma subyace al planteado por los recurrentes, tiene que ver con la noción que formula Karl Deutsch [*Política y Gobierno*, FCE, México 1998, pág. 26 y sgtes.], según la cual dicho concepto implica la promesa de que la búsqueda de nuestro valor resultará compatible con la búsqueda o el disfrute de otros valores. "Decimos que la búsqueda de un valor es legítima si, [...] tenemos razones para esperar que no infligirá intolerables daños a ningún otro valor que también sea vitalmente importante para nosotros (...) la legitimidad es un concepto relativo, antes que absoluto. Es la promesa que se hace a todo actor político de una configuración viable (es decir, un conjunto organizado) de sus propios valores. Es una relación entre valores dentro de una situación a la que los vuelve compatibles o los hace entrar en conflicto. Cuando la situación cambia, la legitimidad puede cambiar también. Dado que la legitimidad puede variar con el tiempo y con el lugar, puede variar entre los grupos, y diferentes concepciones de la legitimidad pueden conducir a un conflicto entre grupos o intensificar los conflictos existentes".

6. Uno de los criterios para medir el grado de legitimidad de una institución, tiene que ver con lo que el mismo Karl Deutsch denomina "legitimidad por procedimiento". Mediante éste, por ejemplo, se analiza la forma cómo alguien llega al poder, se hace del poder [o, agregamos nosotros], se crea una institución. Este usufructo del poder [o el proceso de creación de una institución]

"se dice a menudo legítima, cuando se llega al mismo mediante un procedimiento 'legítimo', es decir, un procedimiento que los gobernados consideran compatible con la configuración de sus propios valores. Según este punto de vista, su posesión del cargo [o la creación de una institución] es legítima por la forma en que la obtuvo [o se crea], no en virtud de lo que [se] haga en el mismo" [Ob. Cit., pág. 28].

En esa perspectiva, el Tribunal Constitucional comparte el alegato de los recurrentes según el cual, quien impulsó la creación de la Constitución de 1993, carecía de legitimidad de origen o legitimidad por el procedimiento. Como se ha sostenido en la demanda, el 5 de abril de 1992, el entonces Presidente Constitucional de la República, contando con el apoyo de civiles y militares, perpetró un golpe de Estado e instauró una dictadura, la cual para disfrazar su propósito de mantenerse en el poder por tiempo indefinido y revestir de legalidad al ejercicio del poder, convocó a un Congreso Constituyente Democrático, al que atribuyó competencia para dictar la Constitución Política del Perú de 1993.

Dicho acto, conforme a lo que establecía el artículo 81º de la Constitución de 1979, concordante con lo previsto en el artículo 346º del Código Penal vigente, constituyó un ilícito contra los poderes del Estado y el orden constitucional, puesto que hubo un alzamiento en armas para variar la forma de gobierno y modificar el régimen constitucional.

7. Ahora bien, el problema de la legitimidad del procedimiento también tiene relación con la información que se tiene acerca del procedimiento de la aprobación de la Constitución de 1993 mediante un referéndum.

En la STC N.º 0014-2002-AI/TC [Fund. Jur. N.º 53], este Tribunal sostuvo que "(...) La Constitución de 1993 fue, como se ha dicho, consecuencia del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, además de la corrupción generada por el uso arbitrario, hegemónico y pernicioso del poder, y se constituyó en un agravio al sistema democrático, pues se aprobó deformándose la voluntad de los ciudadanos".

En efecto, "(...) cuando se produjo la elección del Congreso Constituyente Democrático (CCD), se encontraban inscritos en el Registro Electoral del Perú 11'245,463 ciudadanos, de los cuales concurren a votar, el 18 de noviembre de 1992, 8'191,846 ciudadanos, a pesar de que en el Perú existe el sufragio obligatorio. El Jurado Nacional de Elecciones declaró válidos sólo 6'237,682 votos y estableció 1'620,887 votos nulos y 333,277 votos en blanco. Por la agrupación oficial Cambio 90-Nueva Mayoría votaron únicamente 3'075,422, lo que representó el 36.56 % de los votantes y el 27.34 % del universo electoral. Con esa votación, obtenida con coacción y con visos de fraude, la agrupación referida consiguió la aprobación del Proyecto de Constitución de 1993.

Sometida a referéndum el 31 de octubre de 1993, los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral del Perú alcanzaron a 11'518,669 y el número de votantes fue de 8'178,742. Los ciudadanos que supuestamente votaron

por el SÍ (o sea aprobando la Constitución) fueron 3'895,763. Y los que votaron por el NO (o sea desaprobando la Constitución) fueron 3'548,334. Los votos nulos llegaron a 518,557 y los votos blancos a 216,088. (Fuente: Jurado Nacional de Elecciones).

En ese contexto, si se considera la intervención coercitiva de la cúpula militar, cogobernante, la falta de personeros en las mesas de votación, la adulteración de las actas electorales y la manipulación del sistema informático, hechos que fueron denunciados por los partidos de oposición y los medios de comunicación social, resulta bastante dudoso el resultado del referéndum del 31 de octubre de 1993 y, por lo tanto, cuestionable el origen de la Constitución de 1993".

8. Este Colegiado ratifica la convicción manifestada en la sentencia precitada. En efecto, el proceso para elegir a los miembros del denominado Congreso Constituyente Democrático, los debates en su seno y hasta el propio referéndum, carecieron de las libertades y garantías mínimas necesarias para dotar de legitimidad de origen a la Constitución de 1993.

En coherencia con dicha convicción, por lo demás, compartida por la ciudadanía en su conjunto, este Tribunal estima que correspondía y aún corresponde al Ministerio Público, como titular de la acción penal pública, promover la denuncia penal contra todos los sujetos que por acción u omisión hubieran contribuido dolosamente con la comisión de la pluralidad de ilícitos previstos como Delitos contra la Voluntad Popular (Título XVII, arts. 344 -360 del Código Penal).

9. Sin embargo, la ausencia de legitimidad de origen de una Constitución no determina, por ese solo hecho, su falta de vigencia o, en caso extremo, su nulidad. Algunos pasajes de la historia político-constitucional de nuestro país, sin perjuicio de lo que más adelante se diga, son prueba de ello.

Un dato común en nuestra historia republicana es el de que el fenómeno constituyente siempre ha aparecido como acto posterior a los golpes de estado [vid. Sentencia N.º 014-200-AI/TC, fundamento 41 y ss.]. En efecto:

a) En la mayoría de los casos, la convocatoria a congresos, convenciones o asambleas constituyentes, así como las constituciones sancionadas por éstas, han tenido por objeto dotar de legitimidad a gobiernos de facto y sus respectivos proyectos políticos. Así, por ejemplo, Bolívar con la Carta de 1826, Gamarra con la Constitución de 1839, Castilla con la Constitución de 1856 y Leguía con la Constitución de 1920.

b) De las 12 constituciones que ha tenido el Perú, 9 han sido promulgadas por militares: la Constitución de 1823, promulgada por el General José Bernardo de Torre Tagle; la de 1826, por el General Andrés de Santa Cruz; la de 1828, por el General José de la Mar; la de 1834, por el Mariscal Luis José de Orbegoso; la de 1839, por el General Agustín Gamarra; las de 1856 y 1860, por el Mariscal Ramón Castilla; la de 1867, por el General

Mariano Ignacio Prado, y la de 1933, por el General Luis M. Sánchez Cerro. En los otros casos, Augusto B. Leguía y Alberto Fujimori Fujimori, promulgaron respectivamente las Constituciones de 1920 y 1993.

Finalmente, sólo la Constitución de 1979 fue promulgada ese mismo año por la propia Asamblea Constituyente, que la sancionó, y posteriormente el entonces Presidente Constitucional de la República, don Fernando Belaunde Terry, ordenó su cumplimiento, el 28 de julio de 1980.

c) Sin contar la Constitución de 1979, cuya legitimidad no se cuestiona, todas las demás han tenido, en variable grado, un déficit de legitimidad de origen; sin embargo, algunas de ellas tuvieron varios lustros de vigencia, sobreviviendo incluso a sus autores y a sus respectivos proyectos políticos. Así, la Constitución de 1839, sancionada por un Congreso convocado por el Mariscal Gamarra, luego de instaurar su gobierno de facto, estuvo vigente hasta 1856; la Carta de 1860, sancionada por un Congreso ordinario que se irrogó facultades constituyentes, estuvo vigente hasta 1920; y la Constitución de 1933, sancionada por un Congreso Constituyente disminuido, al haber sido detenidos o deportados varios de sus miembros, estuvo vigente hasta 1980.

10. El recuento precedente de ninguna manera pretende justificar ni validar la falta de legitimidad de origen de la Constitución de 1993. Estos hechos forman parte de nuestro pasado, cuyo recuerdo adquiere ahora singular importancia, en un momento en el que nuestro país se encuentra en un proceso de reinstitucionalización democrática, y donde la propia historia debe ser "el punto de partida para aplicar el sentido común y para buscar una fórmula de consenso social" [Pedro Planas, *Democracia y tradición constitucional en el Perú*, Editorial San Marcos, Lima 1998, pág. 41].

Pero una cosa es que la Constitución de 1993 tenga una dudosa legitimidad de origen y otra, muy distinta, es que por ello devenga en inválida. Cabe, en consecuencia, interrogarse: ¿puede efectuarse un control de validez sobre una Constitución?

§4. Sobre la validez de la Constitución

11. A fin de absolver tal interrogante, conviene precisar que ello dependerá del concepto de validez que se utilice. Y es que, al no existir un único concepto de validez, sino una diversidad de formas de comprenderlo, que varían según la teoría o escuela que lo formule, la respuesta que aquí se efectúe, obviamente deberá reparar en la distinta conceptualización que se le brinde [Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona 1997, pág. 87 y sgtes.].

12. En primer lugar, para algunos, una norma es válida cuando esta en "vigor". Esto es, que pueda ser observada y usada por sus destinatarios y por los órganos encargados de su aplicación. Así empleado este concepto, el juicio de validez que de él se deriva se traduce en plantear proposiciones como ¿se aplica una norma?, ¿fue cumplida por sus destinatarios?, entre otras.

Los recurrentes, en afirmación que este Tribunal comparte, han precisado que el denominado "documento de 1993", además de adolecer de legitimidad de origen, en sus primeros años no llegó a regir plenamente, pues fue reiteradamente violado por sus propios autores. No garantizó la separación o distribución de poderes, y tampoco el control del poder público; los derechos y libertades fueron apabullados, y la democracia, como medio para alcanzar el bien común, fue burlada. En una palabra, como se ha subrayado a lo largo de todo el proceso, se trató de una Constitución que no tuvo vocación de regir plenamente.

13. Pero si lo anterior sucedió entre 1993 y noviembre de 2000, también es verdad que tras la destitución del Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori como Presidente de la República dicho texto empezó a regir plenamente, tanto en el ámbito del respeto de los derechos y libertades fundamentales, como en las relaciones entre los órganos de gobierno.

Así, desde la instauración del gobierno transitorio a cargo de don Valentín Paniagua Corazao, el 21 de noviembre de 2000, hasta la fecha, la independencia y separación de poderes se encuentra plenamente garantizada; y los derechos y libertades ciudadanas están plenamente reconocidos y protegidos.

Es un dato objetivo de la realidad política que hoy, las autoridades gubernamentales sujetan su comportamiento funcional a la normatividad de la materia, y los gobernados realizan sus actividades cotidianas conforme al principio de dignidad previsto en el artículo 1° de la Carta de 1993.

En suma, si durante el interregno de la dictadura, la validez del texto aprobado en 1993 podría ser puesta en cuestionamiento, es indudable que a la fecha de presentación de la demanda de inconstitucionalidad rigen plenamente los principios, valores y normas en él establecidos. Ello, desde luego, con prescindencia de la calidad del contenido allí expuesto.

14. En segundo lugar, para otros, el concepto de validez se debe entender en relación con el vínculo de la obligatoriedad que una norma pueda tener. Así, una norma es válida si ésta -ley o Constitución- tiene fuerza vinculante y, por ello, será una a la que se debe obediencia.

Para quienes sostienen este concepto, la obligatoriedad de una norma depende de su existencia, es decir, de su pertenencia al ordenamiento jurídico. Y una norma "existe" por el hecho de que haya sido promulgada por una autoridad normativa o, sencillamente, porque se encuentre en vigor.

De este modo, el tema de la validez termina resolviéndose en un problema de valoración. Una Constitución es válida si es que ésta es obligatoria. Y esto último se produce por el sólo hecho de que se encuentre en vigor y/o haya sido promulgada por una autoridad normativa.

Y si de lo que se trata es de explicar por qué la Constitución es obligatoria, es decir, válida, la respuesta no debe

encontrarse en el ordenamiento, sino en un supuesto lógico. Para Hans Kelsen, en efecto, la respuesta a tal interrogante no se encuentra en el sistema normativo, sino en lo que él denominaba "Norma hipotética fundamental", es decir, no en una "norma puesta", sino en una "norma presupuesta".

Desde ese punto de vista, la búsqueda de un fundamento para el carácter obligatorio de la Constitución se traduce, pues, en el intento de encontrar una respuesta al por qué existe una obligación política. Como expresa María José Fariñas Dulce [*El problema de la validez jurídica*, Civitas, Madrid 1991, pág. 84], "si partimos, como hace Kelsen, de una noción normativa del concepto de validez, de tal forma que validez sea sinónimo de obligatoriedad, entonces preguntarnos por el fundamento de dicha validez equivale a preguntar por el fundamento de la obligatoriedad del Derecho, esto: ¿por qué el Derecho debe obedecerse? Indudablemente, esta cuestión no hace ya referencia a un problema de legalidad, sino a la cuestión de la 'legitimidad'".

Parece evidente que esta construcción sobre la validez de la Constitución, ha desembocado, pese a que el mismo Kelsen lo evitó durante toda su existencia, en un tema ajeno a la ciencia del derecho. Como expone Guastini, dado que no se trata de un problema que atañe a la legalidad, sino a la legitimidad, "semejante problema pertenece al horizonte ideológico del positivismo jurídico", puesto que detrás de la afirmación de que "la Constitución debe ser observada porque es efectiva...", se esconde una "argumentación falaz...: no se puede fundar lógicamente una obligación sobre la constatación de un hecho" [Ricardo Guastini, "Sulla validità della Costituzione dal punto di vista del positivismo giuridico", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, N.º 3, 1989, págs. 435-436].

15. En tercer lugar, otros postulan que el concepto de validez alude a la relación de compatibilidad entre dos normas de distinto rango. Así, una norma es válida siempre que haya sido creada conforme al *iter* procedimental que regula el proceso de su producción jurídica, es decir, observando las pautas previstas de competencia y procedimiento que dicho ordenamiento establece (validez formal), y siempre que no sea incompatible con las materias, principios y valores expresados en normas jerárquicamente superiores (validez material).

Desde esta perspectiva, la validez de una norma jurídica puede ser formal y material. Es válida formalmente cuando el proceso de su producción se ajusta al Derecho vigente que determina el *iter* de formación de esa norma jurídica, esto es, que haya sido emitida por el órgano competente y a través del procedimiento establecido. En tanto que es válida materialmente cuando su contenido es compatible y coherente con otras normas de rango superior dentro del ordenamiento jurídico.

Sin embargo la validez de una norma no debe confundirse con la cuestión relativa a su "pertenencia" al sistema normativo. Esta última incluye a las normas válidas e,

incluso, a las inválidas, pues, tratándose de estas últimas, existe una presunción de validez que subsiste en tanto no se expida un acto jurisdiccional que la declare como inválida. Y es que si bien, por definición, toda norma válida se considera vigente, no necesariamente toda norma vigente es una norma válida.

Para que una norma jurídica se encuentre vigente, sólo es necesario que haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos y necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente. En tanto que su validez depende de su coherencia y conformidad con las normas que regulan el proceso [formal y material] de su producción jurídica [STC N.º 0010-2002-AI/TC].

Por ello es que la pertenencia de una norma al sistema jurídico atañe, incluso, a las normas derogadas, siempre que éstas tengan una vocación de aplicación ultraactiva. De modo que, pese a no estar vigentes, puede confirmarse que pertenecen al ordenamiento jurídico.

16. Sin embargo, este criterio de validez, formulado básicamente para explicar el caso de las normas infraconstitucionales, no puede ser trasladado acríticamente al caso de la Constitución, dado que ésta es la norma suprema del ordenamiento jurídico. Esa posición jerárquica no es el único elemento que la diferencia del resto de las normas jurídicas. También lo son las formas y procedimientos para su elaboración, que, como se sabe, implican un proceso constituyente democrático, sujeto a reglas extrañas al orden normativo preexistente.

17. La Constitución no está sujeta a una evaluación de validez formal, dado que no existe un precepto [superior] que haga las veces de una norma sobre su producción jurídica, en virtud de ser ella misma el fundamento y cúspide de todo el ordenamiento jurídico de un Estado. Y es que la Constitución "define el sistema de fuentes formales del derecho... es la primera de las normas de producción, la *norma normarum*, la fuente de las fuentes... es la expresión de una intención funcional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa..." (Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ra. Edición, Civitas, Madrid 1985, pág. 50). De manera que no adquiere esa validez a partir de que haya sido emitida por un órgano investido con dicha potestad y de acuerdo a un procedimiento previsto por el Derecho vigente, pues es el resultado del ejercicio del Poder Constituyente, cuyo titular es el Pueblo. En efecto, al Poder Constituyente 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.

Por las mismas razones, tampoco puede ser objeto de una evaluación de validez material, pues no existe una norma superior sobre ella, que determine sus contenidos mínimos. Lo anterior, desde luego, no significa que cualquier documento pueda ser considerado como una Constitución. Ésta debe ser obra del Poder Constituyente y, en su texto,

como expresa el artículo 16º de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, debe mínimamente reconocerse y garantizarse los derechos esenciales del hombre, así como la separación de poderes, que son los valores primarios del Estado Constitucional.

18. Los recurrentes han dejado entrever que el "documento del 93" se introdujo en el ordenamiento jurídico nacional vulnerando las metanormas que regulan su proceso de producción. A su juicio, esas normas serían las disposiciones de la Constitución de 1979, como este Tribunal ya lo habría advertido, por ejemplo, en las sentencias recaídas en los Exp. N.ºs 0010-2002-AI/TC y 0014-2002-AI/TC.

Antes de analizar ello, es menester recordar que en la STC N.º 0010-2002-AI/TC [Fund. Jur. N.º 3, así como en la STC N.º 0015-2002-AI/TC] este Tribunal precisó que "(...) No es parte de esta demanda de inconstitucionalidad, ni sería atribución del Tribunal Constitucional, la aplicación del artículo 307º de la Constitución Política del Perú de 1979, para sancionar a quienes participaron o se beneficiaron con el golpe de Estado del 5 de abril de 1992. La referida Carta estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1993, fecha en que fue sustituida por la actual Constitución, conforme a su Decimosexta Disposición Final y Transitoria. Sin embargo, ello no es óbice para que los agentes de los actos de fuerza y los principales funcionarios del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional no sean pasibles de ser juzgados por los ilícitos penales que hayan perpetrado, sin mengua de que el Congreso de la República pueda decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todos o de parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido al amparo de la usurpación para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado".

Evidentemente, del fundamento precitado no se desprende que este Tribunal se encuentre autorizado para declarar la inconstitucionalidad de la Constitución de 1993. Asimismo, tampoco puede afirmarse que cuando se expidió aquella sentencia, se encontraba vigente la Constitución de 1979.

Mediante tal fundamento simplemente se quería enfatizar que hasta el 31 de diciembre de 1993 se encontraba vigente la Constitución de 1979, de manera que todos los que habían actuado con violación de ella –empezando, desde luego, con los golpistas del 5 de abril de 1992– eran y son pasibles de ser juzgados conforme a lo que disponía su artículo 307º, por encontrarse en ese entonces vigente. Se trata de un típico caso de aplicación ultraactiva de una norma constitucional, es decir, de la capacidad para regular hechos y conductas realizadas durante el tiempo en que ella estuvo en vigencia.

19. De modo que, no pudiéndose confundir la aplicación ultraactiva de una determinada disposición constitucional, que es una cuestión que tiene que ver con su aplicabilidad, con el reconocimiento de la vigencia de la Constitución de 1979, cabe precisar que tampoco procede una

declaración de invalidez, dado que su análisis implicaría determinar si la Constitución de 1993 fue incorporada al ordenamiento estadual de conformidad con ciertas pautas sobre su producción jurídica (competenciales, formales y materiales).

Dichas pautas jurídicas, por cierto, tendrían que tener una jerarquía superior a la norma o normas objeto de examen, en este caso, la Constitución de 1993, lo que es un absurdo, debido a que:

a) La elaboración de la Constitución no se encuentra sujeta a normas que disciplinen su proceso de creación (pues es algo que se autoimpone el Poder Constituyente; no es más que mero voluntarismo de autorrestricción sin consecuencias jurídicas).

b) Por encima de la Constitución no existen, ni pueden existir, normas que tengan un rango formalmente superior, dado que, por definición, ella es la Ley Suprema del Estado.

§5. Las paradojas de la impugnación de inconstitucionalidad del "documento denominado Constitución Política de 1993"

20. No obstante, cabe plantear el mismo tema desde una perspectiva procesal. Es decir, considerar que la pretensión de los recurrentes está destinada a obtener de este Tribunal un pronunciamiento jurisdiccional que declare la inconstitucionalidad de lo que denominan "documento de 1993". Por consiguiente, las cuestiones por indagar son las siguientes: ¿cuál ha de ser el parámetro con el cual este Tribunal Constitucional debe juzgar la validez/invalidez del "documento de 1993"? ¿Tiene el "documento de 1993" la cualidad para ser objeto de control en la acción de inconstitucionalidad?

5.A. ¿Existe una norma-parámetro para declarar la inconstitucionalidad de una Constitución?

21 En el Fund. Jur. N.º 3 de la STC N.º 0001-2002-AI/TC, este Colegiado sostuvo que "a través de la acción de inconstitucionalidad, este Tribunal evalúa si una ley o una norma con rango de ley transgrede, por la forma o por el fondo, la Norma Suprema. Se trata, en principio, de un juicio abstracto respecto a dos normas de diversa jerarquía. Por un lado, la Constitución, que actúa como parámetro, en la medida que es la *Lex Legum*; y, por otro, la ley o las normas con rango de ley, que constituyen las fuentes sometidas a ese control".

En el caso de autos, la primera paradoja que se evidencia es la que tiene que ver con la determinación del parámetro con que este Tribunal debe realizar el juicio de validez. ¿Cuál sería el indicado? ¿la Constitución precedente o la misma Constitución de 1993?

22. Queda claro que no es en este último sentido con el que debe comprenderse los alcances de la impugnación efectuada.

En primer lugar, no se solicita la declaratoria de la inconstitucionalidad de una o algunas disposiciones de

la Constitución de 1993, tampoco se pide que se declare la inconstitucionalidad de una reforma constitucional que haya sido introducida de manera contraria al procedimiento contemplado en su artículo 206º, o vulnerando los límites materiales a los que está sujeta la reforma constitucional [STC N.º 0014-2002-AI/TC]. La impugnación se dirige contra el texto íntegro del llamado "documento del 93".

No obstante, si este Tribunal Constitucional obrase como lo solicitan los recurrentes, el parámetro con el cual tendría que juzgarse a la Constitución de 1993 no podría ser otro que los propios criterios subjetivos de quienes integramos este Colegiado.

Al no encontrarse preestablecidos dichos criterios, es decir, al no mostrarse objetivados, sino depender de lo que, a nuestro juicio, pueda ser lo bueno o lo malo para el país, la imposición de una decisión al respecto nos devolvería en un solo acto a un pasado oprobioso, propio del Estado absolutista, en el que la justicia se "administraba" no sobre la base de una ley, sino conforme a los caprichos del monarca. Sólo que en esta oportunidad el monarca no sería un individuo [el rey], sino 7 personas, las que precisamente formamos parte de este Tribunal.

23. Como lo anterior es incompatible con la naturaleza de este Tribunal Constitucional, cabría que la pretensión se dilucide desde la otra perspectiva propuesta en el Fundamento N.º 21; esto es, considerar como parámetro para juzgar la inconstitucionalidad de la Constitución de 1993 a la Constitución de 1979.

En torno a ello, no menos dramática sería la situación en la que este Tribunal Constitucional se vería envuelto si el parámetro fuese dicha Ley Suprema. En efecto, sucede que la autoridad con la que cuenta este Tribunal no dimana de la Constitución de 1979, sino de la Constitución de 1993. Así las cosas, ¿podría este Tribunal declarar la inconstitucionalidad –no ya de una disposición–, sino de toda la Constitución, que lo crea y establece sus competencias?

No es ésto todo, sin embargo. Si, por un momento, y pese a lo anterior,uviésemos la convicción de que este Tribunal es competente para declarar la inconstitucionalidad del denominado "documento de 1993", situaciones no menos paradójicas habría que necesariamente advertir:

a) Por un lado, la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la Constitución de 1993, al ser un acto procesal que ponga fin a un proceso creado y regulado por la misma Constitución de 1993, tendría que forzosamente también considerarse como inconstitucional! Es decir, se trataría de una sentencia dictada en el seno de un proceso, en sí mismo, inconstitucional.

b) Por otro, inconstitucional también sería el pronunciamiento efectuado por este Colegiado, pues si se declarase la inconstitucionalidad de la Constitución de 1993, con dicha declaración de invalidez se declarararía la inconstitucionalidad del mismo Tribunal Constitucional. Y es que nos encontraríamos frente a un pronunciamiento que habría emanado de un órgano –este

Tribunal Constitucional- que, al haber sido creado por la Constitución del 93, también sería inconstitucional.

Todas las paradojas a las que se ha aludido, sin embargo, no son las únicas. Si hasta ahora se ha mencionado aquellas que surgirían de analizar cuál sería el parámetro, otro tanto cabe advertir si el análisis se efectúa desde la perspectiva del objeto del control en la acción de inconstitucionalidad.

5. B. ¿El "documento de 1993" podría ser objeto de control en la acción de inconstitucionalidad?

24. En el proceso de inconstitucionalidad de las leyes, regulado por el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución de 1993, dentro del cual, precisamente, se ha planteado la impugnación del denominado "documento de 1993", se impugna la validez constitucional de las *leyes y las normas con rango de ley*. Este precepto constitucional, en efecto, establece que "Son garantías constitucionales: (...) 4. "La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo".

Ciertamente, la Constitución de 1993 no es una ley y tampoco una norma con rango de ley; por el contrario, es la Ley Suprema del Estado, respecto de la cual todas las demás se encuentran subordinadas. Como indica su artículo 51°, "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente...".

Más aún. Si por un momento, en vía de mera hipótesis, estuviésemos convencidos de que la Constitución de 1993 es pasible de someterse a control mediante este proceso, inmediatamente surgiría una nueva paradoja. Así, el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución establece que el control sobre las normas que allí se enuncian, consiste en evaluar si contravienen a "(...) la Constitución en la forma o en el fondo". Y, ciertamente, la Constitución no es una norma que pueda, a sí misma, contradecirse; o, dicho de otro modo, que pueda contravenirse a sí misma.

25. No obstante, resulta evidente que para los recurrentes el denominado "documento de 1993" no tiene el rango de Constitución. Aducen, como lo han expuesto a lo largo del proceso, que se trata simplemente de un "documento".

Es pertinente precisar que los "documentos", por muy generales que puedan ser sus disposiciones, y el grado de aceptación o no que puedan tener, no son susceptibles de ser impugnados mediante una acción de inconstitucionalidad. Mediante este proceso sólo se puede declarar la inconstitucionalidad de normas con rango de ley, esto es, fuentes formales del derecho. Como este Tribunal Constitucional lo ha sostenido en el Fund. Jur. N.° 10 de la STC N.° 0005-2003-AI/TC: "(...) según el artículo 200° de la Constitución [de 1993], el objeto del proceso o, lo que es lo mismo, aquello que ha de evaluarse en su compatibilidad o no con la Constitución, comprende

aquellas categorías normativas a las que la Constitución les ha asignado el "rango de ley".

Con la expresión "rango" se denota la posición que una fuente formal del derecho pueda ostentar en el ordenamiento jurídico; en tanto que, con la fórmula "rango de ley" se indica que las fuentes a las que se ha calificado como tales, se ubican en el ordenamiento en el grado inmediatamente inferior al que ocupa la Constitución...".

De manera que si se trata de un "documento", como se alega, entonces debe desestimarse, por inadmisibles, su impugnación en el seno de este proceso.

26. Pese a ello, lo que los recurrentes han expresado durante el proceso, sobre la naturaleza que tendría el denominado "documento del 93", parece haber sido matizado en la audiencia pública. No se trataría de una "Constitución", expresan, y tampoco ya de un "documento" a secas, sino, en todo caso, de un "documento" que tiene "fuerza de ley". En virtud de ello, alegan, este Tribunal sería competente para juzgar la validez de dicho "documento" con rango de ley, tal como procedió con los decretos leyes en materia de legislación antiterrorista [STC N.° 0010-2002-AI/TC].

El Tribunal Constitucional no comparte dicho criterio. Ello porque la admisión a control de los referidos decretos leyes se efectuó, entre otras consideraciones, debido a que el artículo 2° de la Ley Constitucional del 9 de enero de 1993 les otorgó reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico nacional. Como se sostuvo en la STC N.° 0010-2002-AI/TC, el reconocimiento de pertenencia al ordenamiento jurídico nacional de tales decretos leyes no suponía declaración alguna sobre su validez, que es lo que precisamente se evaluó en dicho precedente.

Pero, por otro lado, tampoco es admisible la analogía propuesta, dado que con la admisión de los decretos leyes como normas sometidas al control en el seno de este proceso, no se generaba ninguna de las paradojas a las que se ha hecho referencia en el Fundamento N.° 22 y siguientes de esta sentencia. A saber:

- Declarar la inconstitucionalidad del texto que crea y establece las pautas fundamentales para la estructura, organización y funcionamiento del Estado peruano.

- Declarar la inconstitucionalidad del texto que regula a este proceso.

- Evaluar la constitucionalidad del denominado "documento" a partir de un parámetro o criterio no objetivable.

- Según sea el caso: a) que el objeto de control, es decir, el "documento de 1993" y el parámetro de ese control, terminen identificándose; b) que el Tribunal Constitucional juzgue la validez del "documento de 1993" conforme a la Constitución de 1979, que no sólo no está vigente, sino que incluso no preveía a este Tribunal Constitucional de la manera en que actualmente se encuentra establecido y operando.

§6. Posición y exhortación institucional

27. El Tribunal Constitucional, si bien no comparte las argumentaciones jurídicas de los representantes de los recurrentes –conjunto ciudadano de impecables credenciales democráticas–, en cambio, participa de su preocupación ética y cívica y coincide en que el tema constitucional es un problema aún irresuelto, y cuya resolución es esencial para asegurar el proceso de transición democrática.

El hecho incontrovertible de que la anulación del texto de 1993 es improbable, sin embargo, no resuelve el problema de fondo que, a nuestro modo de ver, consistiría en los justos reparos morales que el oscuro origen de tal Constitución produce en buena parte de la ciudadanía. Es, pues, inevitable que en el corto plazo y desde una perspectiva estrictamente política, se resuelva su destino, bajo riesgo de seguirse socavando nuestra aún precaria institucionalidad.

28. Este Tribunal ha señalado (STC del 21 de enero de 2003 –Exp. N.º 014-2002-AI/TC) que la Comisión para el Estudio de Bases para la Reforma Constitucional del Perú, creada por Decreto Supremo N.º 018-2001-JUS, del 25 de mayo de 2001, que estuvo integrada por distinguidos juristas, entre ellos el representante de los demandantes, doctor Alberto Borea Odría, planteó las tres siguientes alternativas para resolver la cuestión derivada de la abrogación de la Constitución Política de 1979:

Primera: Que el Congreso de la República, de ser posible en el mes de agosto de 2001, declare la nulidad de la Constitución de 1993, aprobada por un Congreso Constituyente Democrático producto de un golpe de Estado y subordinado a un gobierno autoritario y corrupto; y la puesta en vigencia de la Carta de 1979.

Segunda: Utilizar los mecanismos de la actual Constitución de 1993 para introducir en ella una reforma total, que sea aprobada en dos sucesivas legislaturas ordinarias o en una, y que tenga su ulterior ratificación en un referéndum; y,

Tercera: Aprobar una ley de referéndum para que el pueblo decida si se aprueba una nueva Constitución que recoja lo mejor de la tradición histórica del Perú. De ser el caso, sería convocada una Asamblea Constituyente expresamente para ello.

La indecisión permanente en el seno del Parlamento y las señales contradictorias de los distintos agentes políticos en torno al futuro de la Constitución de 1993, representan un retroceso en la tarea de afirmar la institucionalidad, objetivo que requiere de normas con vocación de perdurabilidad en el tiempo, y cuyo sustento sea la aquiescencia política y cívica de consuno entre gobernantes y gobernadores.

Este Tribunal considera que al Congreso de la República, cuya autoridad ha sido delegada por el Pueblo como fuente originaria del poder, le corresponde ineludiblemente y en el plazo más breve, la responsabilidad de terminar

de consolidar de manera definitiva el proceso de reinstitucionalización democrática. Y dentro de él, la decisión de optar políticamente por el marco constitucional más conveniente, deviene en prioritaria e insoslayable.

Por ello, invoca a este poder del Estado para que adopte las medidas políticas y legislativas concretas tendientes a lograr dicho fin, y lo exhorta para que, con anterioridad al vencimiento del mandato representativo de los actuales congresistas, opte por alguna de las posiciones planteadas o la que, en ejercicio de sus atribuciones, considere conveniente al interés de la Nación.

Finalmente, creemos que la importancia que tendría la creación de una nueva Constitución, especialmente por la aún próxima vecindad con un período aciago para el imperio de la legalidad y la vigencia de los derechos fundamentales, adquiere cotas de trascendencia fundacional, aún más si se trata de la redacción de un texto que represente la simbólica liquidación de un pasado nefasto para la convivencia democrática, y que se estatuya como la plataforma institucional de una sociedad cuya autopercepción sea la de una Nación libre y justa, y cuya vocación sea la del progreso y bienestar.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

Declarando **IMPROCEDENTE** la demanda de inconstitucionalidad contra la Constitución Política del Perú de 1993. Exhorta al Congreso de la República para que proceda conforme a lo señalado en el Fundamento N.º 28, *supra*. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REY TERRY
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

EXP. N.º 0014-2003-AI/TC
LIMA

CINCO MIL SETENTA CIUDADANOS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
AGUIRRE ROCA, EN EL QUE, CONSIDERANDO
INCOMPETENTE A ESTE TRIBUNAL PARA
CONOCER DE LA MATERIA, ESTIMA NULO
TODO LO ACTUADO, INCLUYENDO EL AUTO DE
ADMISIÓN DE LA DEMANDA.

Con el debido respeto por la opinión de mis distinguidos colegas, debo dejar aquí constancia de mi parecer discrepante, y lo hago reproduciendo, literalmente e *in extenso*, como fundamento del mismo —sin perjuicio

de incorporar, más adelante, algún complemento—, el voto singular que emití cuando se debatió y votó la admisibilidad de la demanda de autos. En ese voto manifesté que estimaba inadmisibles la acción, toda vez que, a mi juicio, este Tribunal carece de competencia para resolver una demanda que, como la que motiva estas líneas, solicita la declaración de inconstitucionalidad de la Constitución que lo creó, y que lo hizo, como se sabe, con la misión específica, precisamente, de defender su imperio y vigencia.

El voto al que hago referencia y en el que manifesté que estimaba inadmisibles la demanda de autos, por considerar incompetente a este Tribunal para conocer de ella, y que ahora, por ser el fundamentos *sine qua non* del presente voto, me encuentro en la obligación técnico-procesal insoslayable de reproducir, *in extenso* y textualmente, se apoya en numerosas razones, tanto sustantivas como procesales, y tiene el siguiente tenor:

«Considerando incompetente a este Tribunal para conocer de la demanda planteada en autos, mi voto es por que se la declare inadmisibles.

En efecto, la Constitución impugnada (a la que en adelante denominaremos Const 93') no le permite a este Tribunal, sujeto, como está, inexorablemente, a la Const 93', conocer, en la vía de la acción de inconstitucionalidad, sino de demandas contra normas que sean leyes o tengan rango de ley, y siempre que contravengan a la misma — esto es, a la Const 93'—, por la forma o por el fondo.

El artículo 200° de la Const 93', declara, en su inciso 4°, que entre las garantías constitucionales figura "La Acción de Inconstitucionalidad que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo".

Pues bien, considero indiscutible que la Const 93', cuya declaración de inconstitucionalidad se demanda, no está comprendida en las categorías del reproducido artículo 200°, inciso 4), pues, ciertamente, no es ni una norma regional de carácter general, ni una ordenanza municipal, ni un reglamento del Congreso, ni un decreto de urgencia, ni un decreto legislativo, ni menos, por cierto, una simple ley. por lo tanto, este Tribunal, con arreglo a sus propias normas —que son las que, inapelablemente, debe aplicar— no puede dar trámite a la presente demanda, ni por ello mismo, admitirla.

Pero además, la Const 93' impugnada, según las últimas palabras del artículo 200°, inciso 4) reproducido, sólo permite el trámite, vía acción de inconstitucionalidad, de las demandas que impugnen normas "(...) que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo"; y siendo evidente que la misma Const 93' no es una norma que se contravenga a sí misma, ni en la forma ni en el fondo, es obvio que ella no puede ser materia de una acción de inconstitucionalidad ante un Tribunal nacido de ella y reglamentado ilimitado por ella misma, como lo es

éste.

La admisión de la demanda de autos —por interesante, meritorio o patriótico que su texto pueda parecer a quienes lo compartan o respalden— conduciría, por lo demás, a cualquier cantidad de antinomias, aporías o contradicciones y absurdos, entre los que valga comentar, p.ej., los siguientes:

a) Si se declarase fundada la demanda, tendría que declararse, al mismo tiempo, nulo todo lo actuado en el respectivo proceso, y la misma sentencia que la declarase fundada, pues, en efecto, el procedimiento habría sido sustanciado con arreglo a las propias normas de la Const 93' (pues, en efecto, este Tribunal no podría hacerlo según otras normas) declarada, en la hipotética sentencia, inconstitucional. Nulo, por inconstitucional, sería también, por cierto, el mismo auto admisorio de la respectiva demanda, puesto que tal auto se habría apoyado en dispositivos de la Const 93' declarada, por hipótesis, nula.

b) La sentencia que declarase fundada la demanda y, por tanto, inconstitucional la Const 93', sería, también por otras razones, nula de toda nulidad, puesto que habría emanado de un Tribunal nacido de la Const 93', esto es, de un órgano inconstitucional.

c) Valga tener presente, de otro lado, que en la demanda de autos no sólo se pide la declaración de inconstitucionalidad de la Const 93', sino también la de la validez y constitucionalidad de la Constitución del 79', según la cual, de un lado, el Tribunal Constitucional consta de nueve (09) miembros, y no de sólo siete (07), y, de otro lado, la demanda de inconstitucionalidad no puede recaudarse con sólo cinco mil (5 mil) firmas, sino que exige no menos cincuenta mil (50 mil); siendo así que la presente se ha respaldado con sólo cinco mil (5mil), y, de admitírsela, además, se habría tramitado y sustanciado según las reglas de un Tribunal espurio e inconstitucional, y no según las de la supuestamente constitucional Constitución del 79'. También por este camino, según se ve, se llega a la conclusión de que la resolución que admitiese a trámite la demanda de autos, sería nula, y nulo, igualmente, todo lo actuado en el hipotético proceso, incluyendo a su eventual sentencia.

¿Puede un ente, sin cometer suicidio, declarar inconstitucional a la norma que le dio vida, así como sus únicas atribuciones y facultades? ¿Acaso tienen, los órganos constitucionales, facultades constitucionales para declarar la inconstitucionalidad de la Constitución a la que sirven? Si las facultades que tienen se las da una norma, obviamente no tienen atribuciones para declarar que tal norma es inconstitucional, pues, de hacerlo, tal declaración no podría fundarse en la facultades recibidas de esa norma, y, por tanto, como sólo de ella reciben facultades, sus declaraciones, ellas sí, serían inconstitucionales y nulas.

Otro de los absurdos a que conduciría la admisión de la demanda de inconstitucionalidad de autos, consiste en que de ella no podría correrse el traslado que la Ley Orgánica de este Tribunal Constitucional (LOTIC) exige.

En efecto, el artículo 32° de la LOTC ordena que la demanda se ponga en conocimiento (*se corra traslado*), del autor de la norma impugnada (Congreso, si se trata de leyes o Reglamentos del Congreso); al Congreso y al Poder Ejecutivo (si la norma impugnada es un Tratado Internacional, Decreto Legislativo o Decreto de Urgencia); y a los órganos correspondientes (si la norma impugnada es de carácter regional o municipal). ¿A quién, entonces, correr traslado de la demanda de autos, considerando que *ellano es obra ni del Congreso, ni del Ejecutivo, ni de ningún órgano de carácter regional o municipal, sino del CCD y del pueblo peruano?*

Obviamente, de admitirse esta demanda, no podría darse cumplimiento al glosado artículo 32° de la LOTC, esto es, que no podría sustanciarse el juicio.

Y, si se quisiera, con el objeto de dar cumplimiento al espíritu de la ley, esto es, a la regla que quiere que se notifique con la demanda al autor de la norma impugnada, ello también sería imposible, pues la Const 93', que no fue obra ni del Congreso ni del Ejecutivo, ni de autoridades regionales o municipales, lo fue de una Asamblea Constituyente (CCD) que ya no existe, y, además, del pueblo peruano que, en un referéndum, la aprobó.

¿Se puede, acaso, demandar, ante este Tribunal, en una acción de inconstitucionalidad, a la Asamblea Constituyente (CCD) que preparó el texto de la Constitución 93'?

¿Se puede, acaso, demandar, así mismo, al pueblo peruano que la aprobó[¶] en el correspondiente referéndum?

Y si no se los puede demandar ante este Tribunal (y creo, en verdad, que ante ningún otro), parece claro que la presente demanda de inconstitucionalidad de la Const 93', que sólo podría tramitarse una vez corrido el traslado al CCD y al pueblo peruano, sencillamente no puede tramitarse, esto es, que ni puede ni debe admitirse, pues la admisión es el primer trámite del proceso.

Por lo expuesto y muchas otras razones que quedan en el tintero, considero inadmisibles las demandas de auto.*

[¶]*Hay quienes sostienen que el referéndum, no fue válido, o que, inclusive, en él triunfó el no. No discuto tal cosa en este voto, y creo, además, que tal asunto no es de competencia de este Tribunal. El hipotético fraude electoral es materia penal, pero no de una acción de inconstitucionalidad.*

Complemento de mi voto singular en estos autos

El examen concienzudo que he debido hacer de la demanda —ya que, pese a mi voto en contra, se la admitió a trámite—, lo mismo que el estudio y la cuidadosa evaluación de los argumentos expuestos a lo largo del proceso, sólo han servido para confirmar mi apreciación inicial, esto es, un pronunciamiento por la *inadmisibilidad* de la demanda, habida cuenta de que, según queda explicado, en el voto reproducido líneas arriba, a mi juicio este Tribunal no es competente para conocer de la

materia, de modo que, a estas alturas del proceso, lo que corresponde es declarar nulo todo lo actuado, incluyendo la resolución de admisión respectiva, y ordenar, en consecuencia, el archivo del expediente.

Conviene agregar, sin embargo —visto que las circunstancias han cambiado, pues la causa se encuentra ahora en estado de emisión de sentencia, y no en el preliminar de la admisibilidad de la demanda—, aunque ello, dada la naturaleza *sui generis* del caso y el análisis precedente, se antoje superabundante, que la inconstitucionalidad de una norma depende, necesariamente, de su incompatibilidad con la Constitución vigente, y no, obviamente, con una no vigente que, empero, pudiese estimarse, por hipótesis, como lo hace la presente demanda, siempre válida y, por ello mismo, llamada a pronunciarse en el caso. Y es que, planteado el tema de tal modo, surgiría la *cuestión previa* de determinar cuál de las dos Constituciones debería servir de referente, de suerte que, mientras tal *cuestión previa* no quedase resuelta, considerando que la Constitución del 93' —aunque se discutiera su validez— es, sin duda alguna, la vigente, la demanda seguiría siendo inadmisibles: *una conclusión distinta supondría, en efecto, ingresar en el círculo vicioso o petición de principio, de considerar demostrado lo que se trata de demostrar.* Por lo demás, como se sabe, este Tribunal ya se ha pronunciado sobre la materia, manifestando, en más de una sentencia (V.p. ej. la recaída en el Exp. N° 010-2002-AI/TC, especialmente en su Fundamento 3.), que la Constitución del 79' tuvo vigencia sólo hasta el 31-12-93, fecha en que fue *sustituida por la del 93'*, la que desde entonces ha estado —y está— vigente, sin interrupción alguna, y que es ésta —la del 93'— la que sirve, precisamente, y sin lugar a dudas, de referente o parámetro para determinar si una norma impugnada de inconstitucionalidad, es, o no, inconstitucional (como también lo afirma y confirma, entre otros, en los FUNDAMENTOS 18 y 19 de la Sentencia de autos); de modo que resulta indiscutible que, por lo menos para este Tribunal, siendo la Constitución del 93' (no sólo por ser la vigente, sino por haber reemplazado a la del 79', y por ser la que funge de referente para determinar si una norma impugnada es, o no, inconstitucional) la llamada a resolver el problema de la inconstitucionalidad de una norma impugnada ante ella, la demanda de su hipotética inconstitucionalidad, planteada ante el mismo, no sólo resulta inadmisibles sino, en verdad, ilógica y autocontradictoria.

Mi opinión, por lo expuesto, es en el sentido de declarar nulo todo lo actuado —pues los actos procesales de un órgano incompetente son nulos de toda nulidad— *incluyendo el auto admisorio*, contra el cual me manifesté en mi voto respectivo y que, por ello mismo, me he visto en la inexcusable obligación procesal de reproducir, *ad pedem litterae*, líneas arriba, puesto que dicho voto, según se ha visto, es el fundamento esencial y *sine qua non* de este pronunciamiento; y disponer, en consecuencia, el archivamiento de la causa.

**SR
AGUIRRE ROCA**

Exp. N° 0015-2001-AI/TC, 0016-2001-AI/TC y 0004-2002-AI/TC (acumulados) [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Abogados de Ica y Defensoría del Pueblo. Sobre el procedimiento de pago de sumas de dinero ordenadas por mandato judicial en procesos seguidos contra el Estado].

Fecha de Resolución: 29 de enero de 2004

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 30 de enero de 2004

Resumen: En esta sentencia se establece que los presupuestos del Estado social y democrático de Derecho exigen, no solo el cumplimiento de las sentencias judiciales por parte del Estado, sino también conocer el origen de las obligaciones, los motivos por las que no fueron canceladas oportunamente y la responsabilidad de los operadores estatales que intervinieron en la generación de dicha obligación, razón por la cual, el Ejecutivo debe crear una Comisión especial para que analice las obligaciones ya referidas y establezca un Registro de la deuda interna.

Pero, además, se indica que es menester se determine la responsabilidad solidaria de los funcionarios públicos con el Estado, respecto de los actos administrativos que dispongan, celebren o ejecuten. La impunidad penal y la irresponsabilidad civil, precisa la sentencia, han permitido que la República haya sido gobernada de manera inescrupulosa, especialmente en los períodos de facto, a pesar de que, *previsoriamente*, el artículo 15° de las Bases de la Constitución Peruana, dispuso que "Los que ejercen el poder ejecutivo y los ministros de estado son responsables *in solidum* por las resoluciones tomadas en común, y cada ministro en particular por los actos peculiares a su departamento".

Asimismo, la Constitución de 1823 (artículo 78°) indicó que "El Presidente es responsable de los actos de su administración" y (artículo 84°) que "Son responsables *in solidum* los Ministros por las resoluciones tomadas en común, y cada uno en particular por los actos peculiares de su departamento".

Las demás Cartas Políticas han mantenido el criterio de la responsabilidad solidaria de los ministros de Estado, pero en términos más o menos restringidos o ambiguos, que las han hecho inoperantes. En cuanto a otros funcionarios públicos, del mismo o de menor rango, la responsabilidad solidaria por los actos que ejercen en nombre del Estado es lamentablemente inexistente, salvo la que se deriva de los delitos que perpetren en agravio de la República.

Es menester, por consiguiente, que se incorpore a la Constitución la norma que establezca la responsabilidad de los funcionarios públicos ante el Estado y la de éste y aquéllos en los casos en que causen perjuicios a terceros, sin perjuicio de legislarse, en plazo razonable, respecto a la responsabilidad civil solidaria de los funcionarios públicos y del Estado frente a terceros.

La sentencia del Tribunal reitera que, por aplicación ultraactiva del artículo 307° de la Constitución de 1979, corresponde al Congreso decretar, mediante acuerdo adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o de parte de los bienes de los responsables del golpe de Estado de 5 de abril de 1992 y de quienes se hayan enriquecido al amparo de la usurpación para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado.

Exhorta, asimismo, al Congreso a efecto de que dicte la ley que regule el ejercicio de la acción pauliana contra los autores del Decreto Ley N° 25418, en cuyo artículo 8° se dispuso dejar en suspenso la Constitución de 1979, violando así esa Carta Magna, y de todos los otros funcionarios, civiles, militares y policiales, incurso en la responsabilidad de resarcimiento

prevista en el referido artículo 307° de la anterior Constitución. De no aprobarse tal ley en un plazo razonable, señala el Tribunal, que los acreedores del Estado estarán autorizados para acogerse a las disposiciones pertinentes del Código Civil.

Igualmente exhorta a la Fiscalía de la Nación para que, en ejercicio de las atribuciones previstas en los artículos 158°, 159° y 160° de la Constitución, formule las denuncias a que haya lugar por los delitos tipificados en los artículos 317° y 346° del Código Penal, que sancionan con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de veinte años a quienes integran una agrupación ilícita que comete el delito contra los Poderes del Estado, contra los responsables del golpe de Estado del 5 de abril de 1992; acción penal que sólo prescribirá, de acuerdo con el artículo 80° del Código Penal, el 5 de abril de 2012.

Temas Claves: Bienes de dominio privado - bienes de dominio público - derecho a la ejecución de resoluciones judiciales - derecho a la igualdad - derecho a la tutela procesal efectiva - inembargabilidad de los bienes del Estado - principio de irretroactividad de la ley.

EXP. N.º 015-2001-AI/TC

EXP. N.º 016-2001-AI/TC

EXP. N.º 004-2002-AI/TC

COLEGIO DE ABOGADOS DE ICA, DEFENSORÍA DEL PUEBLO (ACUMULADOS)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 29 días del mes de enero de 2004, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento singular, adjunto, del magistrado Aguirre Roca

ASUNTO

Demandas de inconstitucionalidad interpuestas por el Colegio de Abogados de Ica y la Defensoría del Pueblo contra el Decreto de Urgencia N.º 055-2001, y demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Ica contra la Ley N.º 27684.

ANTECEDENTES

El Colegio de Abogados de Ica, con fecha 8 de noviembre de 2001, interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1°, 2°, 3° y 5° del Decreto de Urgencia N.º 055-2001, norma que estableció el procedimiento para el pago de sumas de dinero ordenadas por mandato judicial en los procesos seguidos contra el Estado. Sostiene el demandante que tales dispositivos impiden al acreedor ejecutar al Estado, situación que también vulnera el principio de igualdad, dado que esta situación no se presenta cuando el Estado no es parte en los procesos. Agrega que la norma impugnada vulnera el principio de independencia de la función jurisdiccional, porque la Constitución no le ha dado al Poder Ejecutivo, la facultad de crear procedimientos posteriores a las sentencias; y que el artículo 5° del texto impugnado viola el principio de irretroactividad de la ley, al establecer que el Decreto de Urgencia N.º 055-2001 es aplicable -

inclusive- a los procesos que se encuentren en etapa de ejecución de sentencia.

Por su parte, con fecha 12 de noviembre de 2001, el Defensor del Pueblo (e) interpone demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto de Urgencia N.º 055-2001, alegando que dicha norma atenta contra los derechos de igualdad ante la ley y de tutela judicial efectiva, al otorgar un privilegio irrazonable al Estado cuando este es emplazado judicialmente. Entiende que al persistirse en tratamientos excepcionales favorables a las entidades públicas, se convierte en ilusorio el derecho de los justiciables a una tutela judicial efectiva. Agrega que si bien el citado Decreto pretende establecer un procedimiento para hacer efectivo el cumplimiento de las sentencias judiciales emitidas contra el Estado, consagra reglas que podrían mantener una situación de desigualdad procesal cuando el Estado sea el obligado a acatar una sentencia.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas, mediante escritos de fecha 17 de abril de 2002, solicita que se declaren improcedentes las demandas presentadas por el Colegio de Abogados de Ica y la Defensoría del Pueblo, aduciendo que los artículos 2°, 3° y 5° del Decreto de Urgencia N.º 055-2001 fueron derogados por la Ley N.º 27684, publicada el 16 de marzo de 2002, y que es un principio de carácter presupuestal que los recursos públicos se destinen a los fines establecidos en la ley.

Con fecha 9 de mayo de 2002, el Colegio de Abogados de Ica interpone nueva demanda de inconstitucionalidad, esta vez, contra la Ley N.º 27684, modificatoria de la Ley N.º 27584, solicitando que se declaren inconstitucionales sus artículos 1° y 2°, y que la presente se resuelva e integre con la demanda de inconstitucionalidad interpuesta precedentemente contra el Decreto de Urgencia N.º 055-2001. Fundamenta su demanda en las siguientes consideraciones:

a) El artículo 1° de la Ley N.º 27684 ha sustituido al artículo 42° en sus 4 numerales de la Ley N.º 27584, que regula

el Proceso Contencioso Administrativo, restituyendo al Estado el privilegio de condicionar el acatamiento de sentencias judiciales.

b) El artículo 42.1, tal como ha quedado redactado según el dispositivo impugnado, resulta contrario al principio de independencia de la función jurisdiccional, puesto que condiciona el cumplimiento de una sentencia a la disponibilidad presupuestal, limitando con ello la facultad jurisdiccional de hacer cumplir sus sentencias. Asimismo, considera que dicho privilegio estatal vulnera el principio de igualdad ante la ley, pues los particulares no gozan de él. Por último, resulta opuesto al principio de intangibilidad de la cosa juzgada, al reiterar el mismo criterio de la Ley N.º 26599 y la Disposición Transitoria Única de la Ley N.º 26756, que, en su momento, fueron dejadas sin efecto por el Tribunal Constitucional.

c) El artículo 42.2 resulta violatorio del principio de independencia de la función jurisdiccional, pues pretende establecer una prioridad distinta a la sentenciada por el juez en materia de obligaciones. Asimismo, vulnera el principio de eficacia de la cosa juzgada, al dejar librada a la voluntad del obligado la decisión de habilitar o no la partida correspondiente.

d) El artículo 42.3 vulnera igualmente el principio de independencia de la función jurisdiccional al establecer sobre el administrador la facultad de decidir la forma y el plazo para acatar una sentencia judicial. Es, además, contrario al principio de igualdad ante la ley, al señalar para la deuda pública interna un porcentaje de presupuesto que no es equitativo en relación con el que existe para la deuda pública externa. Por otra parte, resulta también incompatible con la prohibición constitucional de que no puede aprobarse presupuesto sin partida destinada al servicio de la deuda pública, pues con la fórmula utilizada se pretende que existan deudas que no han sido presupuestadas.

e) El artículo 42.4 es opuesto al principio de igualdad ante la ley, porque el Estado y el ciudadano son tratados de forma distinta. Asimismo, resulta contrario a los principios de eficacia de la cosa juzgada, tutela jurisdiccional efectiva e independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, ya que condiciona el cumplimiento del artículo 713º y siguientes del Código Procesal Civil.

f) Finalmente, el artículo 2º de la norma impugnada viola el principio de cosa juzgada en materia constitucional, pues contraría la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Admitida la demanda, el Congreso de la República la contesta negándola y contradiciéndola, con los siguientes argumentos:

a) Que no es cierto que al modificarse el artículo 42º de la Ley N.º 27584, mediante el artículo 1º de la norma impugnada, se haya restituido al Estado el privilegio de condicionar el acatamiento de sentencias judiciales, pues el mencionado dispositivo precisa que el pago se hace en el marco de las leyes anuales de presupuesto, y que, en todo caso, si dicho financiamiento fuera insuficiente, el titular

del Pliego Presupuestario podrá realizar modificaciones respectivas, comunicándolo al órgano jurisdiccional correspondiente, con lo cual se ha incorporado en la ley la recomendación que hiciera el Informe Defensorial sobre "Incumplimiento de Sentencias por parte de la Administración Estatal", aprobado por Resolución Defensorial N.º 62-98/DP.

b) Que el mismo artículo 42º agrega que si el requerimiento judicial superase el financiamiento adicional obtenido a través de modificaciones presupuestarias, el titular del Pliego correspondiente, bajo responsabilidad, debe destinar hasta el 3% de los recursos ordinarios en el ejercicio presupuestal siguiente, debiendo el Ministerio de Economía y Finanzas deducir dicho porcentaje de los recursos asignados al pago de la deuda pública y la reserva de contingencia, coincidiendo con un criterio que también proponía la Defensoría del Pueblo.

c) Que el Estado no puede limitar el pago de sus obligaciones a su disponibilidad presupuestaria lo demuestra el mismo artículo 42º, donde se precisa que una vez transcurridos seis meses de la notificación sin que el Estado haya iniciado el pago o se haya obligado al mismo según al procedimiento previsto, se puede recurrir a la ejecución de resoluciones judiciales conforme al Código Procesal Civil. Se trata, en todo caso, de una limitación temporal y razonable para que la Administración Pública obtenga los recursos necesarios para realizar el pago ordenado.

d) Que la posición del demandante implica que las sentencias judiciales firmes deben ser ejecutadas en forma inmediata e indiscriminada contra los recursos del Estado, sin importar que ellos se encuentren destinados a fines socialmente relevantes, contraviniendo el principio de equilibrio presupuestal y de asignación equitativa de recursos.

e) El artículo 2º de la norma impugnada tampoco vulnera la Constitución, pues se limita a restituir normas que no son inconstitucionales, o que, en todo caso, no han sido declaradas como tales por el Tribunal Constitucional.

Las dos primeras demandas (expedientes N.ºs 0015-2001-AI/TC y 0016-2001-AI/TC) se ven en Audiencia pública el 19 de agosto de 2002, y la tercera demanda (expediente N.º 004-2002-AI/TC, el 20 de agosto de 2002.

Mediante Resolución de fecha 28 de enero de 2003, el Tribunal Constitucional dispone la acumulación de los Expedientes N.ºs 015-2001-AI/TC, 016-2001-AI/TC y 004-2002/AI/TC, por existir conexión entre ellos, pues, por un lado, las dos primeras demandas tienen por objeto que se declare la inconstitucionalidad, total o parcial, del Decreto de Urgencia N.º 055-2001, y por otro, en la última de ellas se solicita que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 27684 que, entre otras materias, restituye la plena vigencia del Decreto de Urgencia citado, con excepción de los artículos 2º, 3º y 5º que deroga.

Finalmente, atendiendo al escrito del 20 de noviembre de 2003, del representante del Poder Ejecutivo, en el

que solicita que se programe una nueva vista del último proceso, pues en la vista respectiva, él que no había participado, el Tribunal, a fin de no recortar el derecho de defensa del Poder Ejecutivo, decide llevar a cabo una nueva Audiencia pública de los tres procesos acumulados, la que se realiza el 10 de diciembre de 2003.

FUNDAMENTOS

1. Las partes solicitaron a este Tribunal un plazo prudencial para la expedición de esta sentencia, con miras a obtener una solución conciliatoria, la cual, transcurrido dicho lapso, no se ha producido. El Tribunal se aboca entonces a sentenciar las causas acumuladas.

§1. Disposición que restablece la vigencia de diversas disposiciones legales

2. El artículo 2º de la Ley N.º 27684 declara:

“Retírase el inciso 8) de la Primera Disposición Derogatoria de la Ley N.º 27584 y, en consecuencia, declárase la plena vigencia de la Ley N.º 26756, con excepción de la Disposición Transitoria Única, declarada inconstitucional mediante sentencia del Tribunal Constitucional del 15 de marzo del año 2001; del Decreto de Urgencia N.º 019-2001 y del Decreto de Urgencia N.º 055-2001, con excepción de sus artículos 2, 3 y 5 que quedan derogados”.

A su vez, el inciso 8) de la Primera Disposición Derogatoria de la Ley N.º 27584, retirado de las disposiciones derogatorias de la Ley N.º 27584, establecía:

“A partir de la vigencia de la presente Ley, quedan derogados:

(...)

8) La Ley N.º 26756, el Decreto de Urgencia N.º 019-2001 y los artículos 2, 3 y 6 del Decreto de Urgencia N.º 055-2001”.

De esta manera, se ha restablecido la vigencia de los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley N.º 26756, de los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto de Urgencia N.º 019-2001, y de los artículos 1º, 4º y 6º del Decreto de Urgencia N.º 055-2001.

§2. Derogación de diversos artículos del Decreto de Urgencia N.º 055-2001 y sustracción de la materia

3. Habiendo sido derogados los artículos 2º, 3º y 5º del Decreto de Urgencia N.º 055-2001 por el inciso 8) de la Primera Disposición Derogatoria de la Ley N.º 27584, carece de objeto pronunciarse en torno a ellos, por haberse producido la sustracción de la materia.

§3. Determinación del petitorio

4. De las disposiciones que se encuentran vigentes del Decreto de Urgencia N.º 055-2001 (artículos 1º, 4º y 6º), las demandas interpuestas por el Colegio de Abogados de Ica y la Defensoría del Pueblo sólo han impugnado el artículo 1º, el cual establece que los recursos públicos no pueden ser destinados a fines distintos de los que establece la ley.

5. La segunda demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de Ica impugna el artículo 1º de la Ley N.º 27684, que modifica diversos numerales del artículo 42º de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo.

En dicha demanda, también se impugna el artículo 2º de la Ley N.º 27684, pues se considera que al restablecer la vigencia de la Ley N.º 26756 (con excepción de su Disposición Transitoria Única), del Decreto de Urgencia N.º 019-2001, y del Decreto de Urgencia N.º 055-2001 (con excepción de sus artículos 2º, 3º y 5º), se restituye al Estado el privilegio de declarar inembargables los bienes que administra a título privado, y la prerrogativa de cumplir las sentencias que le ordenan el pago de adeudos, en la forma y el plazo que estime convenientes.

De esta forma, también han sido impugnados:

a) La declaración de que sólo son embargables los bienes del Estado que se incluyan en la ley que se expida más adelante (artículo 2º de la Ley N.º 26756);

b) La declaración de que los depósitos de dinero existentes en las cuentas del Estado en el Sistema Financiero Nacional constituyen bienes inembargables (artículo 1º del Decreto de Urgencia N.º 019-2001).

c) La declaración de que los procesos judiciales en trámite deberán adecuarse a las disposiciones del Decreto de Urgencia N.º 019-2001 (artículo 3º del Decreto de Urgencia N.º 019-2001).

§4. El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales como manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

6. Evidentemente, cuando el legislador establece que mediante una ley se determinará cuáles son los bienes del Estado que pueden ser afectados por mandato judicial para el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de un proceso judicial; y, al mismo tiempo, señala que entre tanto se dicte dicha ley, los depósitos de dinero se consideraran inembargables, por lo que los procesos judiciales que se encuentran en trámite deberán adecuarse a las disposiciones que ya se encuentran en vigencia, está limitando el derecho de la parte vencedora en un juicio de poder ejecutar lo resuelto en un fallo que tiene la calidad de cosa juzgada.

7. El problema, a juicio del Tribunal Constitucional, es determinar si con tal limitación se persigue satisfacer un bien del mismo rango que el derecho afectado. Y si así fuera, evaluar si dicha restricción afecta o no lo garantizado constitucionalmente por tal derecho.

8. El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada, es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución. También se encuentra aludido en el segundo párrafo del inciso 2) del mismo artículo 139º, cuando se menciona que “ninguna autoridad puede (...) dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada (...) ni retardar su ejecución”.

9. El derecho a la tutela jurisdiccional es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; y, como quedó dicho, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

A diferencia de lo que sucede en otras constituciones, la nuestra no alude al derecho a la tutela jurisdiccional "efectiva". Sin embargo, en modo alguno puede concebirse que nuestra Carta Fundamental tan sólo garantice un proceso "intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también (...) capaz de consentir los resultados alcanzados, con rapidez y efectividad" [STC Exp. N.º 010-2002-AI/TC].

10. Precisamente, la necesidad de entender que el derecho a la tutela jurisdiccional comprende necesariamente su efectividad, se desprende tanto del artículo 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos como del artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. De acuerdo con el primero, "Toda persona tiene derecho a un *recurso efectivo*, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley". Conforme al segundo, "Toda persona tiene derecho a un *recurso sencillo, rápido o a cualquier otro recurso efectivo* ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención (...)".

Como el Tribunal Constitucional ha recordado, tal derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo esencialmente está referido a los procesos constitucionales de la libertad. Sin embargo, de ello no debe inferirse que tales exigencias (sencillez, brevedad y efectividad) se prediquen sólo en esta clase de procesos. Dado que en ambos instrumentos internacionales se hace referencia a los derechos reconocidos en la "ley", tales características deben considerarse extensivas también a los denominados procesos judiciales ordinarios.

11. El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una *vis expansiva* que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (v. gr. derecho a un proceso que dure un plazo razonable, etc).

El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido.

Como lo ha sostenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *arret "Hornsby c/ Grecia"*, sentencia del 13 de marzo de 1997, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales forma parte de las garantías

judiciales, pues "sería ilusorio" que "el ordenamiento jurídico interno de un Estado contratante permitiese que una decisión judicial, definitiva y vinculante, quedase inoperante, causando daño a una de sus partes (...)".

12. El contenido constitucionalmente protegido de este derecho impone especiales exigencias a los sujetos pasivos del derecho, es decir, a los que se encuentran en principio vinculados y, en particular, a quienes participaron en calidad de partes en el proceso y, desde luego, al propio juez. Pero también lo está el Presidente de la República, a quien, en su condición de titular del Poder Ejecutivo, conforme establece el inciso 9) del artículo 118º de la Constitución, le corresponde "Cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales".

Respecto de los jueces, el glosado derecho exige un particular tipo de actuación. Y es que si el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia o en una resolución judicial sea cumplido, es claro que quienes las dictan, o quienes resulten responsables de ejecutarlas, tienen la obligación de adoptar, según las normas y procedimientos aplicables -y con independencia de que la resolución a ejecutar haya de ser cumplida por un ente público o no- las medidas necesarias y oportunas para su estricto cumplimiento.

13. A juicio del Tribunal Constitucional, tras el reconocimiento del derecho a la ejecución de las sentencias no sólo está el derecho subjetivo del vencedor en juicio, sino también una cuestión de capital importancia para la efectividad del "Estado democrático de derecho" que proclama la Constitución.

En efecto, tras los artículos 38º, 45º, 51º, 102º inciso 2, 118º, inciso 1, y 138º de la Constitución, existe un mandato de sujeción de los ciudadanos y órganos públicos a la Constitución y a todo el ordenamiento jurídico. Dicha sujeción al ordenamiento jurídico, cuando se produce un conflicto, ordinariamente se procesa a través del Poder Judicial, en tanto que tercero imparcial. De ahí que cuando un tribunal de justicia emite una resolución, y ésta adquiere la condición de firme, con su cumplimiento no sólo se resuelve un conflicto y se restablece la paz social, sino, además, en la garantía de su cumplimiento, se pone a prueba la sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos al ordenamiento jurídico.

El Estado democrático de derecho está, pues, sujeto a un plebiscito de todos los días. Y es difícil que pueda hablarse de la existencia de un Estado de derecho cuando las sentencias y las resoluciones judiciales firmes no se cumplen. Como afirma el Tribunal Constitucional español, "Cuando este deber de cumplimiento y colaboración -que constituye una obligación en cada caso concreto en que se actualiza- se incumple por los poderes públicos, ello constituye un grave atentado al Estado de Derecho, y por ello el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que dicho incumplimiento -si se produjera- no pueda impedir en ningún caso la efectividad de las sentencias y resoluciones judiciales firmes" (STC 67/1984).

14. Por ello, en línea de principio, el Tribunal considera que cuando el obligado –sea un particular o el Estado- no cumple lo ordenado por la sentencia o la resolución judicial firme, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales autoriza al afectado con el incumplimiento a pedir del órgano jurisdiccional competente la adopción de las medidas y providencias necesarias para que se ejecute lo dispuesto.

15. No obstante, cabe recordar que, como sucede con todos los derechos fundamentales, el de efectividad de las resoluciones judiciales tampoco es un derecho absoluto, es decir, que esté exento de condiciones, límites o restricciones en su ejercicio. Al margen de los requisitos y la presencia de una serie de circunstancias generales que la ley pueda prever, como puede ser que la ejecución deba llevarla adelante el órgano jurisdiccional competente; que se trate de una resolución firme; que la ejecución se realice respetando el contenido del fallo, etc., el Tribunal Constitucional considera legítimo que, tomando en cuenta al sujeto procesal vencido en juicio y, en concreto, cuando ese vencido en juicio sea el Estado, el legislador pueda establecer ciertos límites o restricciones al derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales firmes, en la medida en que éstas tengan una justificación constitucional.

16. Uno de esos límites, derivado directamente de la Norma Suprema, lo constituye el mandato constitucional de que ciertos bienes del Estado, como los de dominio público, no pueden ser afectados, voluntaria o forzosamente. Ese fue el criterio implícitamente señalado por este Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Exp. N.º 006-1996-AI/TC, en la que se dejó entrever que, de conformidad con el artículo 73º de la Constitución, tales resoluciones judiciales o las que se emitan para ejecutarlas, no pueden recaer sobre los denominados bienes de dominio público.

17. Los montos que el Estado peruano debe pagar en ejecución de sentencias judiciales se originan, en su mayoría, en deudas previsionales o laborales, o en indemnizaciones por daños y perjuicios o en cuestiones comerciales. Las deudas de carácter previsional o laboral tienen solución especial y autónoma. Y entre las otras, cabe destacar, por su monto, a la de los bonos de la Reforma Agraria, que ha merecido en anterior oportunidad una sentencia de este Tribunal y que permanece aún –después de muchos años- impaga.

Los fundamentos de esta sentencia se refieren y comprenden, entre otras materias, y en lo que fuere aplicable, a la deuda del Estado por los bonos de la Reforma Agraria.

§5. Artículo 1º del Decreto de Urgencia N.º 055-2001

18. El Tribunal Constitucional considera que no existen vicios de inconstitucionalidad en el artículo 1º del Decreto de Urgencia N.º 055-2001, el cual establece que los recursos públicos no pueden ser destinados a fines distintos de los que establece la ley.

En efecto, mediante dicho dispositivo legal tan sólo se ha reproducido legislativamente el principio de legalidad presupuestaria, reconocido en el artículo 77º de la Constitución, según el cual la administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. En buena cuenta, los recursos del Estado sólo deben estar asignados a los fines que determine la ley previamente existente.

Cabe advertir que es evidente que en el pasado no se ha respetado lo previsto en esta disposición, pues se han venido destinando diversos recursos del Estado a fines ajenos a los previstos en el orden presupuestal. Los funcionarios públicos que malversaron estos recursos son los causantes de la imposibilidad del Estado para cumplir sus obligaciones, entre ellas, las ordenadas por sentencias judiciales, y deben ser sancionados en el ámbito que corresponda, ya sea el administrativo, el civil o el penal, correspondiendo al Ministerio Público investigar y denunciar a los responsables de dichos actos ilícitos.

§6. Artículo 2º de la Ley N.º 26756 y clase de bienes inembargables

19. El artículo 2º de la resucitada Ley N.º 26756 declara “Sólo son embargables los bienes del Estado que se incluyan expresamente en la respectiva ley”.

20. El Tribunal comparte las preocupaciones de los demandantes en torno a la interpretación y eventual aplicación que se le podría dar a dicho precepto legal. En efecto, de una lectura literal de dicho precepto, pareciera desprenderse que no es la cualidad jurídica del bien del Estado lo que lo hace inembargable, sino, fundamentalmente, que este se no encuentre previsto en la ley futura. Una interpretación en ese sentido, es decir, que no repare en la naturaleza jurídica del bien del Estado, podría llevar a autorizar al legislador a excluir de entre esos bienes embargables a determinados bienes distintos de los denominados de dominio público, lo que sería evidentemente inconstitucional.

21. De manera que el Tribunal Constitucional debe señalar que, al establecerse en el artículo 2º de la Ley N.º 26756 que “sólo son embargables los bienes del Estado que se incluyan en la respectiva Ley”, con ello no debe entenderse que es la sola exclusión de un determinado bien estatal de la ley futura lo que lo hace inembargable, sino, antes bien, su condición de bien de dominio público, lo que la ley se encargará de precisar.

22. Hubiera sido más eficiente que el Congreso optase por “definir” con claridad el concepto de bien del Estado de uso privado en lugar de “enumerar” los bienes del Estado de uso privado. En todo caso, el Congreso decidió enumerar en una futura norma los bienes de dominio y uso privado del Estado, facultad que le es propia y que –en principio- encontramos conforme a la Constitución.

23. La posibilidad de entenderse como inconstitucional el artículo 2º de la Ley N.º 26756, no se refiere tanto al tenor de la disposición, sino, esencialmente, al sentido interpretativo que de él se pueda inferir.

En efecto, si nos atenemos a la distinción entre "disposición", como enunciado lingüístico de un precepto legal, y "norma", como sentido interpretativo que de la disposición se pueda derivar [STC Exp. N.º 0010-2002-AI/TC], la inconstitucionalidad no recae sobre la disposición en cuestión, sino, concretamente, en la omisión de haberse precisado que los bienes del Estado sobre los cuales puede recaer el embargo lo constituyen, en exclusiva, los considerados bienes de dominio privado.

24. Por tales motivos, este Colegiado considera conveniente declarar la inconstitucionalidad de la palabra "sólo" del artículo 2º de la Ley N.º 26756, de forma tal que, en lo sucesivo, dicha disposición se interprete y aplique en este sentido: Los bienes del Estado que se incluyan en la futura ley y que, por el hecho de estar allí expresados, sean los únicos bienes que puedan ser embargables, lo serán porque tienen, o deberán tener, la condición de bienes de dominio privado.

25. Es preciso insistir en que la inexistencia de una ley especial que determine qué bienes del Estado son embargables, no supone que el juez de ejecución y el órgano administrativo correspondiente no puedan dictar o ejecutar embargos sobre bienes del Estado.

Por el contrario, la inexistencia de una ley especial que fije qué bienes son embargables, impone en ambos órganos públicos un deber especial de protección del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales. En efecto, la procedencia del embargo sobre bienes del Estado, sean estos muebles o inmuebles, no debe tener más límite que el hecho de tratarse, o tener la condición, de bienes de dominio público, por lo que corresponde al juez, bajo responsabilidad, determinar, en cada caso concreto, qué bienes cumplen o no las condiciones de un bien de dominio privado y, por ende, son embargables.

26. En este sentido, ante el vacío de legislación que precise qué bienes estatales pueden ser embargados, el principio general es que al juez le corresponde pronunciar el carácter embargable de un determinado bien, analizando, en cada caso concreto, si el bien sobre el que se ha trabado la ejecución forzosa está o no relacionado con el cumplimiento de las funciones del órgano público, y si está o no afecto a un uso público.

En ese particular contexto, convendría que la Corte Suprema de la República aplique el artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, precisando los principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

§7. Artículo 1º del Decreto de Urgencia N.º 019-2001

27. El artículo 1º del Decreto de Urgencia N.º 019-2001, declara:

"Los depósitos de dinero existentes en las cuentas del Estado en el Sistema Financiero Nacional, constituyen bienes inembargables".

28. El problema respecto a este punto es determinar si el dinero del Estado existente en el Sistema Financiero

Nacional constituye un bien de dominio público y, como tal, no embargable, según lo expresa el artículo 1º del Decreto de Urgencia N.º 019-2001.

29. Ya en la sentencia recaída en el Exp. N.º 006-1996-AI/TC, este Tribunal sostuvo que los bienes del Estado pueden ser públicos o privados. Los bienes poseídos por los entes públicos, a título público, son los comprendidos bajo el *nomen* de dominio público. Lo que hace que un bien del Estado tenga dicha condición es su afectación al servicio y uso públicos.

El dominio público es una forma de propiedad especial, afectada al uso de todos, a un servicio a la comunidad o al interés nacional, es decir, que está destinada a la satisfacción de intereses y finalidades públicas y, por ello, como expresa el artículo 73º de la Constitución, tiene las características de bienes inalienables e imprescriptibles, además de inembargables.

Los bienes que no están afectos al servicio público, al uso público o al interés nacional, incluyendo los depósitos de dinero, constituyen, *prima facie*, bienes de dominio privado y, como tal, son embargables.

30. Ciertamente, determinar, en abstracto, qué depósitos de dinero del Estado existentes en el Sistema Financiero Nacional constituyen bienes de dominio público no es un asunto que, con generalidad, pueda precisar este Tribunal Constitucional en un proceso como el de inconstitucionalidad de las leyes. En cambio, lo que puede afirmarse es que no todos esos depósitos se encuentran afectos al servicio público.

En efecto y como se mencionará luego, existen determinadas cuentas en el Sistema Financiero Nacional que no sólo no tienen la calidad de bien de dominio público, sino que se encuentran específicamente destinadas al cumplimiento de pago de las obligaciones estatales que surjan a consecuencia de la expedición de sentencias judiciales. Es el caso, por ejemplo, de las cuentas que por imperativo legal deben existir en los pliegos presupuestales para tales efectos (ver fundamentos Nos. 55 a 58, *infra*).

31. En este sentido, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 1º del Decreto de Urgencia N.º 019-2001 sería inconstitucional en la parte de la disposición que no precisa que sólo tienen la condición de bienes inembargables, los que son de dominio público, es decir, los depósitos de dinero que resultan indispensables para el cumplimiento de los fines esenciales de los órganos del Estado o porque contribuyen con su funcionamiento. En otras palabras: el Tribunal considera que se deriva de la disposición contenida en el artículo 1º del Decreto de Urgencia N.º 019-2001, según el cual "todo" depósito de dinero existente en una cuenta del Estado en el Sistema Financiero Nacional constituye un bien inembargable.

32. Tal problema de constitucionalidad puede ser resuelto expidiendo una "sentencia interpretativa reductora", es decir, una sentencia sobre cuya base el ámbito de

aplicación de la disposición quede reducido. Y es que en este caso, la inconstitucionalidad del artículo 1° del Decreto de Urgencia N.º 019-2001 no reside en lo que omite, sino, por el contrario, en su amplio margen de alcance.

Por tal motivo, el Tribunal Constitucional deja asentado que cuando la disposición referida establece que “los depósitos de dinero existentes en las cuentas del Estado en el Sistema Financiero Nacional, constituyen bienes inembargables”, debe interpretarse que tales “depósitos de dinero” son sólo aquellos que se encuentren afectos al servicio público.

Así expuesto el problema, este extremo de la pretensión debe desestimarse.

§8. Artículo 3° del Decreto de Urgencia N.º 019-2001

33. Atendiendo a lo expuesto, este Tribunal no encuentra inconstitucional el artículo 3° del Decreto de Urgencia N.º 019-2001 cuando establece que “Los procesos judiciales en trámite deberán adecuarse a las disposiciones contenidas en el presente Decreto de Urgencia”, en tanto que, en el futuro, los jueces y tribunales, al resolver, de oficio o a instancia de parte, una solicitud destinada a embargar bienes del Estado, hagan una interpretación y aplicación del artículo 1° del Decreto de Urgencia y las demás disposiciones afines, de acuerdo con lo establecido en los fundamentos de esta sentencia.

Entendida la referida disposición en el sentido interpretativo conforme a la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que debe desestimarse este extremo de la demanda.

34. Debe tenerse presente que, en adelante, los órganos del Estado –y con ellos, sus autoridades y funcionarios– están en la obligación de dar cuenta, a solicitud del juez, de los fines que tienen los depósitos de dinero existentes en el Sistema Financiero Nacional y, en su caso, de cumplir los mandatos judiciales, respetándose el procedimiento señalado en la ley, conforme a los criterios que más adelante se exponen.

§9. Artículo 1° de la Ley N.º 27684

35. Finalmente, queda por determinar si el artículo 1° de la Ley N.º 27684, cuestionado en la tercera demanda (Expediente N° 004-2002-AI/TC) resulta, o no, contrario a la Constitución Política del Estado.

Alcance de los precedentes del Tribunal Constitucional sobre la materia

36. Las anteriores sentencias del Tribunal Constitucional que tienen estrecha vinculación con la temática que ahora se aborda (recaídas en las causas Nos 006-96-AI/TC y 022-96-AI/TC), no contienen juicio alguno acerca de si es procedente o no limitar el cumplimiento de los mandatos judiciales que declaran obligaciones económicas sobre el Estado, so pretexto de no contarse con disponibilidad presupuestaria.

37. En aquellas oportunidades, el Tribunal Constitucional sólo se pronunció en el sentido de considerar que los

bienes del Estado de dominio privado no pueden ser susceptibles de la misma protección de inembargabilidad que reciben los de dominio público. No ha existido hasta la fecha un enfoque integral de dicha problemática a efectos de determinar si puede considerarse inconstitucional, o no, el que las sentencias expedidas en procesos donde el Estado ha sido parte y en las cuales ha quedado obligado en términos económicos, puedan ser condicionadas en su ejecución o cumplimiento a la disposición de partidas presupuestales. Es en este mismo contexto que se plantea la impugnación de los artículos 1° y 2° de la Ley N.º 27684, lo que en realidad es el objeto central de la presente demanda.

Principio de legalidad presupuestal, principio de autotutela ejecutiva de la administración estatal y derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales

38. Las disposiciones que pretendan condicionar el ejercicio del derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales deben ser aplicadas de conformidad a la Constitución y, por efectos del principio de optimización de los derechos fundamentales, deben interpretarse en el sentido que más favorezca al ejercicio del derecho.

Precisamente, uno de los condicionamientos a los que puede someterse el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, tratándose del Estado como sujeto procesal vencido en juicio, se relaciona con las exigencias que se derivan de la observancia del principio de legalidad presupuestaria del gasto público.

39. Dicho principio, que se deriva del artículo 77° de la Constitución Política del Estado, implica que el pago de las sumas de dinero ordenado por una resolución judicial firme, sólo podrá ser cumplido con cargo a la partida presupuestal correspondiente. En los alcances de dicho principio de legalidad presupuestaria se encuentra, por un lado, el origen del llamado privilegio de la autotutela ejecutiva de la administración, esto es, que el cumplimiento de las sentencias condenatorias contra la administración haya de estar sujeto al cumplimiento de un procedimiento administrativo ante el órgano estatal deudor; y, por otro, la posibilidad de diferir la ejecución forzada, por un lapso razonable, sobre los bienes del Estado de dominio privado.

Análisis de constitucionalidad

40. Este Colegiado considera que al haberse sustituido el artículo 42° de la Ley N.º 27584 por las disposiciones del artículo 1° de la Ley N.º 27684, que declara que “las sentencias en calidad de cosa juzgada que ordenen el pago de suma de dinero, serán atendidas única y exclusivamente por el Pliego Presupuestario en donde se generó la deuda (...)” (subrayado agregado), se limita irrazonablemente la fuente de donde pueden surgir los montos para cubrir las deudas estatales que provengan de sentencias judiciales. En efecto, al establecerse que “única y exclusivamente” dichos montos provendrán del Pliego Presupuestario en el que tuvo origen la deuda, se niega la posibilidad de afectar la existencia de partidas presupuestarias especiales comunes a todos los pliegos para cubrir las respectivas obligaciones.

41. Así pues, este Colegiado considera pertinente declarar la inconstitucionalidad de la expresión "única y exclusivamente" del artículo 42° de la Ley N.° 27584, modificado por el artículo 1° de la Ley N.° 27684, de manera tal que, en lo sucesivo, se interprete, tal como lo ha sugerido la Defensoría del Pueblo, que los fondos para cubrir las deudas estatales surgidas de resoluciones judiciales, no solamente pueden provenir del Pliego Presupuestal en donde se generó la deuda, sino también de partidas presupuestales comunes a todos los pliegos.

Ello, desde luego, tampoco desvirtúa la posibilidad de que, previa aprobación del Ministerio de Economía y Finanzas, y en estricta observancia del principio de legalidad presupuestal, existan transferencias dinerarias de un pliego a otro con el propósito de honrar las deudas respectivas.

42. El artículo 1° del Decreto Supremo N.° 175-2002-EF, que establece que "las obligaciones de pago serán atendidas única y exclusivamente con cargo a la asignación del Pliego Presupuestal", es conexo y concordante con el artículo 1° de la Ley N.° 27684. Este artículo 1° del Decreto Supremo 175-2002 resulta inconstitucional por los mismos fundamentos expuestos al comentar el artículo 1° de la Ley N.° 27684, ya que reitera la expresión "única y exclusivamente", declarada inconstitucional.

43. Sin perjuicio de lo expuesto, es claro que al haberse modificado el artículo 42° de la Ley N.° 27584 por las disposiciones del artículo 1° de la Ley N.° 27684, se ha regulado la actuación que deberán tener los órganos estatales ante la existencia de mandatos judiciales que ordenen el pago de dinero al Estado, en un doble sentido: por un lado, recordando la sujeción en la que se encuentran los órganos de la administración en su actuación (principio de legalidad administrativa); y, por otro, el principio de legalidad presupuestaria en el régimen jurídico del cumplimiento de las sentencias condenatorias de pago de sumas de dinero del Estado, declarando que tal pago se efectuará conforme a un procedimiento, cuyas reglas son:

"42.1 La Oficina General de Administración o la que haga sus veces del Pliego Presupuestario requerido deberá proceder conforme al mandato judicial y dentro del marco de las leyes anuales de presupuesto.

42.2 En el caso de que para el cumplimiento de la sentencia el financiamiento ordenado en el numeral anterior resulte insuficiente, el Titular del Pliego Presupuestario, previa evaluación y priorización de las metas presupuestarias, podrá realizar las modificaciones presupuestarias dentro de los quince días de notificada, hecho que deberá ser comunicado al órgano jurisdiccional correspondiente.

42.3 De existir requerimientos que superen las posibilidades de financiamiento expresadas en los numerales precedentes, los pliegos presupuestarios, bajo responsabilidad del Titular del Pliego, mediante comunicación escrita de la Oficina General de Administración, harán de conocimiento de la autoridad

judicial su compromiso de atender tales sentencias en el ejercicio presupuestario siguiente, para lo cual se obliga a destinar hasta el tres por ciento (3%) de la asignación presupuestal que le corresponda al pliego por la fuente de recursos ordinarios.

El Ministerio de Economía y Finanzas y la Oficina de Normalización Previsional, según sea el caso, calcularán el tres por ciento (3%) mencionado en el párrafo precedente, deduciendo el valor correspondiente a la asignación para el pago del servicio de la deuda pública, la reserva de contingencia y las obligaciones previsionales.

42.4 Transcurridos seis meses de la notificación judicial sin haberse iniciado el pago u obligado al mismo de acuerdo a alguno de los procedimientos establecidos en los numerales 42.1, 42.2 y 42.3 precedentes, se podrá dar inicio al proceso de ejecución de resoluciones judiciales previsto en el Artículo 713 y siguientes del Código Procesal Civil. No podrán ser materia de ejecución los bienes de dominio público conforme al Artículo 73 de la Constitución Política del Perú."

Todo ello con la finalidad de regular y, en su caso, limitar el derecho constitucional a la ejecución de las resoluciones judiciales cuando es el Estado el obligado a realizar determinadas prestaciones ordenadas mediante una sentencia judicial. De ahí que el Tribunal Constitucional considere que son dos los temas en los cuales debe centrar su análisis. Por un lado, el principio de legalidad presupuestaria, según el cual la ejecución de las sentencias que ordenen el pago de sumas de dinero al Estado deberá efectuarse conforme a la Ley Anual del Presupuesto (artículo 42.1); y, por otro, cuando esas provisiones presupuestarias resulten insuficientes, si el procedimiento contemplado en los artículos 42.2, 42.3, y 42.4 satisface los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

44. Se ha alegado que a través de los artículos 42.1, 42.2 y 42.3 se ha establecido, a favor de los órganos estatales, la capacidad de poder disponer discrecionalmente el cumplimiento de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada.

45. El Tribunal Constitucional no comparte dicho criterio. La necesidad de seguirse un procedimiento administrativo, con posterioridad a la expedición de la sentencia condenatoria contra el Estado, no constituye, *per se*, un privilegio que el Legislador haya creado *ex novo*, y sin sustento constitucional alguno a favor de los órganos estatales. Se deriva, por el contrario, de los alcances del principio de legalidad presupuestaria en los gastos de ejecución de las sentencias que ordenan el pago de sumas de dinero.

46. Si bien una resolución judicial firme produce la exigibilidad de la obligación de pago de una suma de dinero determinada, ello no quiere decir que ésta sea inmediatamente ejecutable.

Se deriva del principio de legalidad presupuestaria que la ejecución de las sentencias esté sujeta al seguimiento de un procedimiento previo, y en el caso de que ese

procedimiento no satisfaga la deuda o demore el pago irrazonablemente, se pueda proceder a su ejecución forzada, pues sucede que la obligación de pago no podrá ser satisfecha si no existe el crédito presupuestario suficiente para cubrirla.

47. De ahí que el cumplimiento de las resoluciones judiciales que determinen el pago de sumas de dinero a cargo del Estado se encuentre, en principio, reservado a esos órganos estatales, para que actúen de acuerdo con la ley del presupuesto y las asignaciones presupuestales previstas para su satisfacción.

48. El principio de autotutela ejecutiva de la administración en el cumplimiento de las sentencias que ordenan el pago de sumas de dinero al Estado debe entenderse, necesariamente, como una actividad de los órganos administrativos encaminada a la satisfacción de lo resuelto judicialmente.

En el Estado Constitucional de derecho, la autotutela ejecutiva de la administración en el cumplimiento de las resoluciones judiciales es servicial e instrumental al cumplimiento de las sentencias, y se justifica de cara al principio de legalidad presupuestaria, como antes se ha indicado.

49. Con lo anterior, simplemente se quiere poner de relieve que el establecimiento de un procedimiento conforme al cual se deberán ejecutar las decisiones judiciales que ordenen el pago de sumas de dinero del Estado no es, *per se*, inconstitucional, y tampoco lo es que en la fijación de ese procedimiento, como lo han expresado los demandantes, se haya previsto una facultad discrecional de los órganos de la administración para cumplir o no las decisiones judiciales.

50. El principio de legalidad presupuestaria debe armonizarse con el de efectividad de las sentencias judiciales. La preservación del primero no justifica el desconocimiento o la demora irracional en el cumplimiento de las sentencias judiciales. En consecuencia, debe darse preferencia al pago de las deudas más antiguas y reconocerse los intereses devengados por demoras injustificadas del pago.

51. La eventual colisión entre el principio de legalidad presupuestaria y el principio de efectividad de las sentencias judiciales debe resolverse sobre la base de los test de proporcionalidad y razonabilidad, ponderando a cuál de esos principios debe dársele mayor peso y sin desconocer, sin embargo, la importancia del otro.

52. Por ello, en la medida en que el tema del pago de intereses que genere el retraso en la ejecución de la sentencia se encuentra previsto en el artículo 43° de la Ley N.º 27584, y que el artículo 44° de la misma ley ha establecido que se encuentran afectados de nulidad "los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir el cumplimiento de éstas", en lo que sigue el Tribunal centrará su atención en evaluar si el procedimiento establecido en los artículos 42.1, 42.2 y 42.3 es idóneo

para garantizar el cumplimiento de las sentencias de pago de sumas de dinero del Estado.

53. En primer lugar, ha de expresarse el Tribunal que no encuentra reparo constitucional alguno en la parte del artículo 42.1 de la ley impugnada, que declara:

"La Oficina General de Administración o la que haga sus veces del Pliego Presupuestario requerido deberá proceder conforme al mandato judicial y dentro del marco de las leyes anuales de presupuesto".

Con dicha disposición simplemente se ha establecido, como una concreción del principio de legalidad en la actuación de los órganos administrativos, que las oficinas generales de administración o las que hagan sus veces, son los órganos en principio llamados a cumplir las resoluciones judiciales, y, en su segunda parte, como una concreción del principio de legalidad presupuestaria en la ejecución de pagar sumas de dinero, que ese cumplimiento de las sentencias ha de realizarse "conforme a las leyes de presupuesto".

No hay allí, como antes se ha expresado, autorización a tal órgano administrativo para que disponga libremente si cumple o no la decisión judicial, sino un mandato de cumplimiento dentro de los límites establecidos en la decisión judicial y la ley presupuestaria.

54. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional tampoco considera que sea inconstitucional el artículo 42.2 de la ley impugnada, al establecer que

"En el caso de que para el cumplimiento de la sentencia el financiamiento ordenado en el numeral anterior resulte insuficiente, el Titular del Pliego Presupuestario, previa evaluación y priorización de las metas presupuestarias, podrá realizar las modificaciones presupuestarias dentro de los quince días de notificada, hecho que deberá ser comunicado al órgano jurisdiccional correspondiente".

Y es que si bien pueden abrigarse dudas sobre la interpretación del verbo "poder" que se utiliza en dicho precepto legal, ya que dicha disposición podría interpretarse en el sentido de que mediante él el titular del Pliego Presupuestario queda facultado discrecionalmente para realizar las modificaciones presupuestarias y así poder satisfacer el mandato ordenado en la sentencia; en realidad, considera el Tribunal que no se ha establecido allí una facultad discrecional para que dicho funcionario cumpla o no con satisfacer la suma de dinero ordenada en la sentencia.

En efecto, bien entendida la disposición, mediante ella se autoriza a realizar modificaciones presupuestarias, con el objeto de poder satisfacer lo ordenado por la decisión judicial. Tal autorización de la ley para que un órgano administrativo modifique el presupuesto de la institución, se deriva de los efectos del principio de legalidad en la actuación administrativa, así como en el ámbito presupuestal.

En ese contexto, el verbo poder ("podrá" realizar las modificaciones (...)) no debe entenderse como que la

ley otorga una facultad discrecional, sino como una autorización, para que, de existir partidas presupuestales, el funcionario administrativo necesariamente deba disponer de aquéllas para el cumplimiento de la sentencia, pese a que originalmente dicha partida estaba prevista para el cumplimiento de otras metas, y en la medida en que esa disposición de la partida no comprometa la continuidad en la prestación de los servicios públicos.

55. Asimismo, el Tribunal Constitucional tampoco considera que sea inconstitucional el artículo 42.3 de la ley, por establecer que

“De existir requerimientos que superen las posibilidades de financiamiento expresadas en los numerales precedentes, los pliegos presupuestarios, bajo responsabilidad del Titular del Pliego, mediante comunicación escrita de la Oficina General de Administración, harán de conocimiento de la autoridad judicial su compromiso de atender tales sentencias en el ejercicio presupuestario siguiente, para lo cual se obliga a destinar hasta el tres por ciento (3%) de la asignación presupuestal que le corresponda al pliego por la fuente de recursos ordinarios.

El Ministerio de Economía y Finanzas y la Oficina de Normalización Previsional, según sea el caso, calcularán el tres por ciento (3%) referido en el párrafo precedente, deduciendo el valor correspondiente a la asignación para el pago del servicio de la deuda pública, la reserva de contingencia y las obligaciones previsionales” (subrayado agregado).

Dicha disposición se refiere al procedimiento que ha de cumplir el Estado en los casos en que se excedan las posibilidades de financiamiento. A juicio del Tribunal, no es inconstitucional, *prima facie*, que el legislador difiera el cumplimiento de la ejecución de la sentencia, porque en el año presupuestal no se cuente con la disponibilidad correspondiente, en la medida en que el legislador puede establecer condicionamientos constitucionales temporales y razonables al derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, como antes se ha dicho.

De más, está advertir que los aumentos anuales en el Presupuesto deben concordar con el monto y la naturaleza de las deudas exigidas judicialmente, otorgándose prioridad a las más antiguas y a las originadas en el trabajo, de modo que el 3% debe ser sólo un mínimo, pero no una cifra fija, señalada a fardo cerrado para todos los casos, y menos una cifra máxima.

No se descartan, además, las transacciones extrajudiciales o judiciales mediante las cuales el Estado pueda coinvertir con su acreedor o adjudicar en pago concesiones, terrenos eriazos, acciones u otros bienes o servicios, de común acuerdo con este. Corresponde al Congreso facilitar estas otras maneras de cumplir las sentencias judiciales, actualizando las normas sobre transacciones en las que es parte el Estado.

Sobre el particular, debe tenerse presente que, siendo insuficientes para el cumplimiento de la obligación las instancias procedimentales previstas en los artículos 42.1

y 42.2, el compromiso para atender los pagos impagos surge desde el ejercicio presupuestario inmediatamente siguiente, debiendo ser cubierta la deuda hasta en un máximo de 5 años, conforme lo establece el artículo 16.5.a de la Ley N.º 28128 –Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2004.

Esta última disposición ha derogado expresamente el segundo párrafo de la Séptima Disposición Final de la Ley N.º 27879 –Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2003, el cual, de haber permanecido vigente al momento de expedirse la presente sentencia, en aplicación del artículo 38º de la Ley N.º 26435 – Orgánica del Tribunal Constitucional-, hubiese tenido que ser declarado inconstitucional por conexión, toda vez que hacía indeterminado el plazo para el cumplimiento efectivo de las sentencias en contra del Estado, lesionando el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, so pretexto de no contarse con disponibilidad presupuestal para satisfacerla.

Desde luego, una cosa es condicionar p, mejor, reglamentar temporalmente el derecho a ejecutar una sentencia firme, y otra, bastante distinta, es que ese derecho a la ejecución quede postergado en el tiempo *sine die*. A juicio de este Colegiado, establecer un plazo máximo de 5 años para que el Estado cubra proporcionalmente la totalidad de una obligación declarada en una resolución judicial resulta razonable y, por ende, constitucional. Pero no es razonable ni constitucional el incumplimiento de sentencias judiciales que, teniendo ya más de 5 años de dictadas, no hayan sido presupuestadas conforme a la legislación vigente al tiempo de ser expedidas dichas sentencias; en consecuencia corresponde al Ministerio Público investigar si los funcionarios públicos que incumplieron con presupuestar las deudas del Estado procedieron o no dolosamente.

Por otra parte, el procedimiento establecido no debe servir de herramienta para postergar *sine die* el cumplimiento de las sentencias judiciales contra el Estado, por lo que es procedente la vía de la ejecución forzosa mientras se incumpla el pago parcial o total de la obligación, aún cuando se haya iniciado el procedimiento, tal como se declara en los fundamentos Nos. 63 y 64, *intra*, sin que el interesado tenga que esperar los 5 años a que se refiere la ley.

Podrían incurrir en responsabilidad, pues, los funcionarios públicos competentes que no hayan previsto en el Presupuesto el pago de las deudas sentenciadas del ente estatal correspondiente. Responsabilidad que eventualmente no es sólo de carácter administrativo, sino también de orden civil o penal.

56. El Tribunal tampoco considera que sea inconstitucional la parte del artículo 42.3 en que se ordena que, de existir requerimientos que superen las posibilidades de financiamiento, y con el compromiso de atenderse tales sentencias en el ejercicio presupuestal del año siguiente, la Oficina General de Administración se obligue ante el juez a destinar hasta un 3% de la asignación presupuestal que le corresponda al pliego por la fuente de recursos

ordinarios. Tal porcentaje, en abstracto, y a la vista del procedimiento previo, no se presenta, a juicio del Tribunal, como irrazonable.

57. El Tribunal Constitucional observa, con preocupación que son sólo algunos sectores de la administración estatal los que cumplen con depositar los montos de las referidas previsiones presupuestales. En tal sentido, debe recordarse a los titulares de los respectivos pliegos presupuestales, la obligación que por imperativo legal les alcanza, siendo plenamente factible que los jueces ejecutores hagan valer la responsabilidad penal existente en dichos funcionarios públicos, en caso de que, pretendiendo ejecutar una sentencia judicial firme, no puedan recurrir a la cuenta bancaria a la que se ha hecho referencia, dada la inexistencia de la misma.

58. Debe tenerse en cuenta que, conforme a lo establecido en el artículo 43.3, la obligación del Estado de destinar hasta un 3% de la asignación presupuestal que le corresponda al pliego por la fuente de recursos ordinarios para cubrir la obligación de una sentencia judicial, surge, como es lógico, cuando dicha sentencia judicial ya existe y ha quedado firme. Pero, así vistas las cosas, podría resultar que el inicio del procedimiento estipulado para el pago de las obligaciones declaradas en resoluciones judiciales (artículos 42.1), sea de mero trámite, pues dada la inexistencia de partidas presupuestales previamente destinadas a tales efectos, lo cierto es que resultará bastante improbable que el vencedor en el juicio pueda hacerse cobro en dicho trámite inicial. Por tal motivo, este Colegiado recuerda que es importante para el adecuado afrontamiento de las eventuales sentencias que pudieran resultar adversas al Estado, el concepto de "recursos contingentes" o también denominado "de contingencias judiciales", el cual se refiere a los recursos que debe presupuestar toda entidad pública, en atención a los procesos judiciales que, encontrándose ya iniciados, pudieran ocasionar finalmente una sentencia condenatoria contra el Estado.

Dicho concepto ya ha sido aludido en el primer párrafo del artículo 16.5.a de la Ley N.º 28128. En efecto, dicho precepto refiere que "Los Pliegos Presupuestarios del Gobierno Nacional, que deban abonar sumas de dinero por efecto de sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada, atenderán dichos requerimientos única y exclusivamente con los recursos que para tal efecto ha previsto la Ley N.º 27684 y sus normas modificatorias, los cuales se asignarán a la cuenta habilitada para la atención de la partida presupuestaria prevista para las contingencias judiciales de cada entidad" (subrayado agregado).

Así las cosas, los órganos públicos deben habilitar cuentas no tan sólo una vez que existe una obligación cierta de pago, sino también para afrontar obligaciones que, aunque aún inciertas, son potenciales obligaciones futuras que deberá afrontar la entidad, a consecuencia de procesos judiciales en trámite (recursos contingentes).

59. Cabe advertir que el artículo 42.3 de Ley N.º 27584, modificado por el artículo 1º de la Ley N.º 27684, ha sido

reglamentado por el artículo 2º del Decreto Supremo N.º 175-2002-EF, el cual, contraviniendo el mencionado artículo 42.3, refiere que el monto destinado a afrontar las deudas surgidas de sentencias judiciales se origina solamente "con cargo a la Categoría del Gasto 5, Gastos Corrientes, en el Grupo Genérico 3, Bienes y Servicios, de la fuente de financiamientos de Recursos Ordinarios". De esta manera, este Colegiado considera que esta norma afecta al principio de legalidad al que está sujeta toda disposición reglamentaria, al reducir, *extra legem*, el monto destinado a atender las deudas del Estado contenido en resoluciones judiciales, previsto en el artículo 42.3 de la Ley N.º 25684; por lo que considera inconstitucional el artículo 2º del referido Decreto Supremo.

60. Finalmente, ha de evaluarse la constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo 42.4 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Dicho precepto legal declara:

"Transcurridos seis meses de la notificación judicial sin haberse iniciado el pago u obligado al mismo de acuerdo a alguno de los procedimientos establecidos en los numerales 42.1, 42.2 y 42.3 precedentes, se podrá dar inicio al proceso de ejecución de resoluciones judiciales previsto en el Artículo 713 y siguientes del Código Procesal Civil. No podrán ser materia de ejecución los bienes de dominio público conforme al Artículo 73 de la Constitución Política del Perú".

61. En primer término, el Tribunal ha de señalar que la ejecución forzada, como medio para el cumplimiento pleno de una sentencia que ordena la realización de una determinada prestación, una vez que se ha seguido un procedimiento de ejecución razonablemente impuesto por las exigencias del principio de legalidad presupuestal, se encuentra necesariamente garantizado por la Constitución.

62. Este Tribunal estima razonable que se haya previsto que "Transcurridos seis meses de la notificación judicial sin haberse iniciado el pago u obligado al mismo de acuerdo a alguno de los procedimientos establecidos en los numerales 42.1, 42.2 y 42.3 precedentes", se pueda dar inicio al proceso de ejecución de resoluciones judiciales, conforme a las reglas del Código Procesal Civil.

Se trata, en efecto, de una hipótesis en la que, dado el absoluto desinterés del Estado en cubrir el monto de la deuda, y transcurridos 6 meses desde la notificación de la resolución judicial, quien tenga una obligación judicialmente declarada pueda, a través de la ejecución forzosa, exigir su cumplimiento, con las limitaciones que se derivan del artículo 73º de la Constitución, esto es, que tal ejecución forzosa no pueda recaer sobre los bienes de dominio público.

Dicha ejecución forzosa deberá realizarse conforme a las reglas del artículo 713º y siguientes del Código Procesal Civil. En tal sentido, en aplicación del artículo 716º de mismo cuerpo de leyes, el juez podrá trabar embargo sobre los bienes de dominio privado del Estado que juzgue conveniente.

Debe quedar claro que si, a criterio de este Colegiado, en la etapa de ejecución forzada de las resoluciones judiciales, la judicatura goza de la potestad para determinar los bienes estatales de dominio privado sobre los que recaerá el embargo, ello se debe a que, no habiéndose dado inicio al procedimiento previsto para cubrir la deuda, se evidencia la inexistencia de cuentas habilitadas por el respectivo órgano público para afrontarla. No obstante ello, resulta claro que, en primer término, el juez deberá agotar la posibilidad de que dichas cuentas existan a efectos de cubrir el pago con ellas; y sólo corroborada su inexistencia, aplicar los embargos respectivos, sin perjuicio de determinar las responsabilidades administrativas y penales a que hubiere lugar.

Entendido en la manera como antes se ha señalado, el artículo 42.4 es plenamente legítimo.

63. No obstante, cabe precisar que de la misma disposición se puede inferir otro sentido interpretativo. Este sería así: Si se ha iniciado el procedimiento establecido en los numerales 42.1, 42.2 y 42.3 de la ley impugnada, y pese a ello no se ha cumplido con satisfacer la prestación exigida por la sentencia, no cabe que se inicie un procedimiento de ejecución forzada, pues éste sólo está contemplado para el supuesto en el que no se hubiese seguido ninguna de las fases del procedimiento establecido en los numerales 42.1, 42.2 y 42.3 de la ley impugnada.

64. Evidentemente, si la disposición se interpretara de esta forma, implícitamente se habría introducido una hipótesis inconstitucional, pues se permitiría postergar *sine die* el cumplimiento de las sentencias. En tal sentido, aunque no resulta necesario (ni conveniente) expulsar del ordenamiento jurídico la disposición *sub análisis*, sí debe declararse la inconstitucionalidad del sentido interpretativo aludido en el fundamento precedente. En consecuencia, al aplicarse el artículo 42.4 de la ley impugnada, ésta no debe entenderse o aplicarse en el sentido de que, de haberse seguido el procedimiento señalado en los numerales 42.1, 42.2 y 42.3 de la ley impugnada, y aún manteniéndose incumplida la prestación ordenada por la sentencia, no es posible que se inicie el procedimiento de ejecución forzosa. Al contrario, si tales prestaciones no se cumplen, pese a las limitaciones contempladas, cabe que el vencedor pueda iniciar dicho procedimiento de ejecución forzosa, luego de superada la etapa prevista en el artículo 42.3, sin éxito en el cobro.

65. Tampoco puede considerarse constitucional una interpretación según la cual basta que el Estado haya iniciado el procedimiento previsto en el artículo 42° de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, para que el juez deba esperar los 5 ejercicios presupuestales a que hace alusión el artículo 16.5.a de la Ley N.° 28128 y, recién entonces ejecutar forzosamente la resolución judicial. El plazo máximo de 5 años que tiene el Estado para pagar el íntegro de una obligación contenida en una sentencia judicial, deberá ser atendido por el Juez ejecutor, siempre y cuando, iniciado el procedimiento previsto en el artículo 42° y durante toda su continuidad,

observe signos objetivos y razonables que evidencien que, no obstante los límites presupuestales, existe una verdadera y manifiesta voluntad por parte del órgano público de honrar la deuda respectiva.

§10. El marco histórico-constitucional de la deuda pública y el deber estatal de cumplir con su pago

66. El Perú previó, desde su independencia, honrar la deuda pública. Así lo acredita el artículo 19° de las Bases de la Constitución Peruana, del 17 de diciembre de 1822, que dispuso literalmente: "La Constitución reconoce la deuda del Estado, y el Congreso establecerá los medios convenientes para su pago, al paso que vaya liquidándose".

La primera Constitución, de 1823, declaró que era facultad del Congreso (artículo 60°, inciso 8) "establecer los medios de pagar la deuda pública al paso que vaya liquidándose".

En términos similares, la Constitución de 1825 concedió a la Cámara de Tribunos la facultad de autorizar al Poder Ejecutivo para negociar empréstitos y adoptar arbitrios para extinguir la deuda pública (artículo 43°, inciso 3).

Y las Constituciones de 1828 (artículo 48°, inciso 10), 1834 (artículo 51°, inciso 10), 1839 (artículo 55°, inciso 22), 1860 (artículo 59°, inciso 7), 1867 (artículo 59°, inciso 8), 1920 (artículo 83°, inciso 7) y 1933 (artículo 123°, inciso 8), declararon que era atribución del Congreso "Reconocer la deuda nacional, y fijar los medios para consolidarla y amortizarla".

La Constitución de 1979 (artículo 141°) dispuso que "El Estado sólo garantiza el pago de la deuda pública que contraen los gobiernos constitucionales, de acuerdo con la Constitución y la ley". Dicho precepto está repetido en el artículo 75° de la Constitución de 1993.

Las diversas disposiciones constitucionales, según se advierte, no hicieron diferencia alguna entre la deuda pública interna y la externa, de manera que una y otra tenían amparo en los textos respectivos.

67. La deuda pública externa, en franco incremento, es más o menos de conocimiento del país a través de la información que, periódica y oficialmente, proporciona el Banco Central de Reserva del Perú. El pago de esa deuda se programa en el Presupuesto de la República. Sin embargo, no hay ningún registro de la deuda interna, ni se conoce a cuánto asciende la devengada y exigible, ni la que puede tener tal naturaleza en el futuro inmediato o mediato.

La historia no debe repetirse, sobre todo cuando ha causado inmenso daño a la población. Por ello, se insiste en que resulta imperativo e inexcusable que se abra un registro de tal deuda, en el que conste el origen, la preferencia legal para la amortización y el pago, así como todos los otros datos que permitan conocer con claridad las obligaciones asumidas por el Tesoro Público.

Este Colegiado recomienda, en consecuencia, la creación de un registro de la deuda pública interna, así como de los plazos y condiciones para su amortización paulatina

y su cancelación, dentro de las posibilidades fiscales; y sin desmedro de los servicios básicos que debe cumplir el Estado en cuanto a salud, educación, vivienda, saneamiento y seguridad.

§11. Responsabilidad solidaria de los funcionarios

68. Los presupuestos del Estado Social y Democrático de Derecho exigen, no sólo el cumplimiento de las sentencias judiciales por parte del Estado, sino también conocer el origen de las obligaciones, los motivos por los que no fueron canceladas oportunamente y la responsabilidad de los operadores estatales que intervinieron en la generación de dicha obligación, razón por la cual, el Ejecutivo debe crear una Comisión especial para que analice las obligaciones ya referidas y establezca un Registro de la deuda interna.

Es necesario establecer la responsabilidad solidaria de los funcionarios públicos con el Estado, respecto de los actos administrativos que dispongan, celebren o ejecuten. La impunidad penal y la irresponsabilidad civil han permitido que la República haya sido gobernada de manera inescrupulosa, especialmente en los períodos de facto, a pesar de que, previsoramente, el artículo 15° de las Bases de la Constitución Peruana, dispuso que *“Los que ejercen el poder ejecutivo y los ministros de estado son responsables in solidum por las resoluciones tomadas en común, y cada ministro en particular por los actos peculiares a su departamento”* (subrayado agregado).

Asimismo, la Constitución de 1823 (artículo 78°) indicó que *“El Presidente es responsable de los actos de su administración”* y (artículo 84°) que *“Son responsables in solidum los Ministros por las resoluciones tomadas en común, y cada uno en particular por los actos peculiares de su departamento”*.

Las demás Cartas Políticas han mantenido el criterio de la responsabilidad solidaria de los ministros de Estado, pero en términos más o menos restringidos o ambiguos, que las han hecho inoperantes. En cuanto a otros funcionarios públicos, del mismo o de menor rango, la responsabilidad solidaria por los actos que ejercen en nombre del Estado es lamentablemente inexistente, salvo la que se deriva de los delitos que perpetren en agravio de la República.

Es menester, por consiguiente, que se incorpore a la Constitución la norma que establezca la responsabilidad de los funcionarios públicos ante el Estado y la de éste y aquéllos en los casos en que causen perjuicios a terceros, sin perjuicio de legislarse, en plazo razonable, respecto a la responsabilidad civil solidaria de los funcionarios públicos y del Estado frente a terceros.

Este Colegiado reitera que, por aplicación ultraactiva del artículo 307° de la Constitución de 1979, corresponde al Congreso decretar, mediante acuerdo adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o de parte de los bienes de los responsables del golpe de Estado de 5 de abril de 1992 y de quienes se hayan enriquecido al amparo de la usurpación para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado.

Es pertinente exhortar al Congreso a efectos de que dicte la ley que regule el ejercicio de la acción pauliana contra los autores del Decreto Ley N.° 25418, en cuyo artículo 8° se dispuso dejar en suspenso la Constitución de 1979, violando así esa Carta Magna, y de todos los otros funcionarios, civiles, militares y policías, incurso en la responsabilidad de resarcimiento prevista en el referido artículo 307° de la anterior Constitución. De no aprobarse tal ley en un plazo razonable, los acreedores del Estado estarán autorizados para acogerse a las disposiciones pertinentes del Código Civil.

Este Colegiado exhorta, asimismo, a la Fiscalía de la Nación para que, en ejercicio de las atribuciones previstas en los artículos 158°, 159° y 160° de la Constitución, formule las denuncias a que haya lugar por los delitos tipificados en los artículos 317° y 346° del Código Penal, que sancionan con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de veinte años a quienes integran una agrupación ilícita que comete el delito contra los Poderes del Estado, contra los responsables del golpe de Estado del 5 de abril de 1992; acción penal que sólo prescribirá, de acuerdo con el artículo 80° del Código Penal, el 5 de abril de 2012.

§12. Informe de la Comisión Multisectorial encargada de estudiar y formular propuestas técnicas y normativa orientadas a coadyuvar al cumplimiento de sentencias por parte de la Administración Estatal y de la Opinión Particular de la Defensoría del Pueblo

69. Al Tribunal Constitucional no le es ajeno que el Estado peruano no es precisamente un Estado rico, y que muchas veces no cuenta con los fondos necesarios para satisfacer los más elementales servicios públicos con idoneidad, eficiencia y calidad.

Pero tal condición tampoco puede servir como un pretexto constitucionalmente suficiente como para autorizar el sacrificio del derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, cuando existen otros medios y medidas que pudieran implementarse con el objeto de satisfacer las deudas ordenadas por sentencias firmes.

Resulta alarmante que –según el informe de la Comisión Multisectorial encargada de estudiar y formular propuestas técnicas y normativa orientadas a coadyuvar al cumplimiento de sentencias por parte de la Administración Estatal, conformada mediante las Resoluciones Ministeriales N.° 238-2003-PCM y 317-2003-PCM- “no se cuenta con un registro de todas las obligaciones del Estado pendientes de ejecución en virtud a sentencias en calidad de cosa juzgada, lo cual no permite calcular de manera cabal la magnitud del problema” (conclusión 2); que se desconozcan las razones por las que las entidades estatales se resisten a cumplir tales sentencias (conclusión 4); que existan vacíos en la normatividad vigente que permiten interpretaciones inconstitucionales en el cumplimiento de sentencias (conclusión 11); que el registro inmobiliario de los bienes del Estado a nivel nacional esté desactualizado y se desconozca la realidad patrimonial de cada entidad estatal y del Estado mismo:

“como consecuencia de ello, no se puede establecer si todas las entidades públicas están realizando un uso efectivo de los bienes de su propiedad o sobre los que ejerzan algún otro derecho real, de tal modo que permita constituir un Fondo Patrimonial Estatal de disponibilidad restringida, para atender alternativamente el mandato de sentencias contra el Estado” (conclusión 13); que la mayoría de comisiones constituidas para solucionar el cumplimiento por el Estado de sentencias judiciales no hayan culminado sus trabajos quedando sus miembros impunes, y que no exista ley que regule el Régimen Jurídico de los Bienes del Estado (conclusión 15).

70. Dentro del conjunto de medidas sugeridas por la referida Comisión Multisectorial y por la Defensoría del Pueblo en su Opinión Particular del Informe Final antes citado, este Tribunal considera que varias de esas medidas merecen implementación administrativa o legislativa, adicionando, a su vez, otras medidas que estima importantes. A saber:

- Establecer un registro actualizado, público y transparente de las deudas que tiene el Estado, debido a sentencias judiciales firmes.

- Establecer un registro actualizado de los bienes del Estado, distinguiendo entre los que son de dominio público y aquellos que son de dominio privado.

- Crear programas de previsión de gastos para atender el cumplimiento de sentencias que puedan razonablemente ser desfavorables al Estado, desde el momento en que se dicte la sentencia de primera instancia.

- Sancionar sin omisión alguna a los funcionarios que no presupuesten oportunamente las deudas de su sector, derivadas de sentencias judiciales firmes, modificando el artículo 48° de la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado.

- Modificar el artículo 17° de la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado para destinarse un porcentaje razonable de la reserva de contingencia al pago de sentencias que hayan adquirido la calidad de cosa juzgada con posterioridad a la programación y formulación del presupuesto de cada año fiscal.

- Establecer legalmente que el gasto para el cumplimiento de sentencias es prioritario en la programación y formulación presupuestaria.

- Contemplar legalmente la posibilidad de sustituir la prestación ordenada en la sentencia, previa aceptación del deudor, ya sea mediante una indemnización, o adjudicación en pago, o compensación de créditos.

- Regular la posibilidad de fraccionar las prestaciones ordenadas por mandato judicial.

- Establecer la prelación en los pagos ordenados en sentencias judiciales desfavorables al Estado, considerando la antigüedad de las sentencias firmes irrazonablemente retrasadas en su ejecución.

- Establecer la responsabilidad penal, civil o administrativa en los casos de generación de deudas motivadas por

razones dolosas, culpa inexcusable o arbitrariedad de funcionarios públicos.

§13. Independencia de la judicatura en el ejercicio de la función jurisdiccional y vinculación del juez a las leyes constitucionales

71. Finalmente, el Tribunal Constitucional observa con mucha preocupación que, cuando en ejercicio pleno e irrestricto de la función jurisdiccional, los jueces han efectuado el control judicial de constitucionalidad de las leyes y, en consecuencia, no aplicaron por inconstitucionales diversas disposiciones legislativas – muchas de las cuales han sido objeto de pronunciamiento en esta sentencia- el Estado ha iniciado acciones penales contra dichos magistrados, por la supuesta comisión del delito de prevaricato.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional recuerda que cuando el artículo 418° del Código Penal sanciona el acto de dictar una resolución o expedir un dictamen “contrarios al texto expreso y claro de la ley”, evidentemente hace alusión a una ley constitucionalmente válida. Y es que los jueces y fiscales están obligados a aplicar la ley conforme a su texto claro y expreso, siempre que se encuentre conforme con la Constitución (y en esto los asiste toda sentencia del Tribunal Constitucional), y a no aplicarla en el supuesto contrario.

FALLO

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

Ha resuelto

1. Declarar que carece de objeto pronunciarse sobre la validez de los artículos 2°, 3° y 5° del Decreto de Urgencia N.° 055-2001, por haberse producido la sustracción de la materia.

2. Declarar la inconstitucionalidad del artículo 2° de la Ley N.° 26756, en la parte que contiene el adverbio “Sólo”, quedando subsistente dicho artículo 2° con la siguiente redacción: “Son embargables los bienes del Estado que se incluyan expresamente en la respectiva ley”.

3. Declarar la inconstitucionalidad de la expresión “única y exclusivamente” del artículo 42° de la Ley N.° 27584, modificado por el artículo 1° de la Ley N.° 27684, quedando subsistente dicho precepto legal con la siguiente redacción: “Las sentencias en calidad de cosa juzgada que ordenen el pago de suma de dinero, serán atendidas por el Pliego Presupuestario en donde se generó la deuda, bajo responsabilidad del Titular del Pliego, y su cumplimiento se hará de acuerdo con los procedimientos que a continuación se señalan: (...)”.

4. Desestimar las demandas en lo demás que contienen.

5. Integrar al fallo los fundamentos Nos. 24 a 26, 32 a 34, 41, 42, 53 a 55, 58, 59, 62 a 65, 68, *supra*.

6. **Recomendar** la creación de un registro de la deuda pública interna, conforme al fundamento N.° 67 de esta

sentencia, así como la adopción de las medidas señaladas en el fundamentos Nos. 68 y 70 de esta sentencia, y otras análogas que permitan contar con una política estatal destinada al pago de la deuda interna.

Publíquese en el diario oficial *El Peruano* y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
REY TERRY
AGUIRRE ROCA
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

EXP N° 0015-2001-AITC
EXP N° 016-2001-AI/TC
EXP N° 004-2002-AI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DE ICA,
DEFENSORÍA DEL PUEBLO
(ACUMULADOS)

**FUNDAMENTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
MANUEL AGUIRRE ROCA**

De acuerdo con la mayor parte de la fundamentación y del FALLO de la presente Sentencia, creo de mi deber dejar constancia, sin embargo, de dos precisiones, a saber:

a) Que respecto de los fundamentos 64, 65 y concordantes, estimo necesario aclarar mi criterio en el sentido de que, interpretado el artículo 42.4 como se hace en el precitado fundamento 64, la regla respectiva no sólo sería inconstitucional, sino que debería ser expulsada del

sistema u ordenamiento jurídico; y que lo mismo se aplica al plazo de los 5 años que aparece en el artículo 16.5.a de la Ley N.° 28128. En ambos casos, en suma, no puede privarse al acreedor del derecho de recurrir, pasados los 6 primeros meses correspondientes a los trámites administrativos, del derecho de recurrir a la ejecución forzada, aun cuando se haya respetado previamente el procedimiento de los artículos 42.1, 42.2 y 42.3, y haya dado el Estado signos claros de su voluntad de cumplir con la sentencia; y,

b) Que, respecto del fundamento 68, corriente bajo el subtítulo de *Responsabilidad solidaria de los funcionarios*, y que, en verdad, no es materia, procesalmente hablando, de estos autos, también debo precisar que considero que, en principio, todas las normas de derecho son *ultractivas*, habida cuenta de que los hechos y actos ocurridos durante su vigencia, siguen siempre sujetos a ellas, de modo que la decantada ultraactividad del artículo 307° de la Constitución precedente, no es una excepción a la regla, sino sólo una manifestación de ella. Además, es necesario tener presente que las normas *preconstitucionales* (ya sean de rango legal, inferior al legal, o superior al legal, verbigracia, *constitucional*, como lo es el glosado artículo 307° –puesto que el mismo es parte de la Constitución del 79' que, como se sabe, fue reemplazada por la actual de 1993, y, por tal motivo, respecto de ésta, es *preconstitucional*– están sujetas, en su ultraactividad y efectos, en general, al régimen resultante de la Constitución vigente.

SR
AGUIRRE ROCA

Exp. N° 0017-2003-AI/TC [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por la Defensoría del Pueblo. Se precisa la interpretación constitucional de los artículos 4°, 5° inciso b), 8° y 10° y se declara la inconstitucionalidad de los artículos 5° incisos c), d), e) y 11° de la Ley N° 24150, Ley que establece normas para cumplirse en los estados de excepción en que las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno en todo o parte del territorio].

Fecha de Resolución: 16 de marzo de 2004

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 23 de agosto de 2004

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la frase "político" con el que la norma impugnada, en su artículo 4°, adjetiva al Comando Militar encargado de asumir el control interno en las zonas de emergencia, al considerar que la misma distorsiona irrazonablemente la labor que constitucionalmente se puede asignar a las Fuerzas Armadas durante un estado de excepción.

Al respecto, refirió que el artículo 169° de la Constitución de 1993 preceptúa que: "Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes. Están subordinadas al poder constitucional"; que, en este contexto, quiere indicar sometimiento al "orden público constitucional" representado por la Constitución Política del Perú y el sistema material de valores que consagra, que no es lo mismo que subordinación al "poder civil". Con ello se garantiza no sólo la objetividad y neutralidad con (y en) el cumplimiento de los fines constitucionalmente asignados, sino también la "apoliticidad" de los institutos castrenses y policiales, cuyo miembros en situación de actividad están impedidos de asumir cargos "políticos", salvo el caso previsto en el artículo 124° de la Constitución o, que institucionalmente, pueda adoptar decisiones de orden político.

También se declaró inconstitucional la frase "asegurar" del inciso b) del artículo 5° de la Ley N.º 24150, modificado por el Decreto Legislativo N.º 749, que prescribe que es una atribución del Comando *Político* Militar: "b. Asumir la iniciativa de las acciones de coordinación para asegurar la participación de los sectores público y privado, ubicados en las zonas de emergencia, en la ejecución de los planes y directivas aprobados por el Ejecutivo, a fin de lograr la pacificación nacional y la erradicación de la delincuencia terrorista y el narcotráfico", subsistiendo dicho inciso de la siguiente manera: "b. Asumir la iniciativa de las acciones de coordinación para la participación de los sectores público y privado, (...)".

Refirió, el Colegiado que el verbo "asegurar" no sólo sugiere y evoca una simple coordinación, sino también "dejar firme y seguro; establecer y fijar sólidamente", y "poner en condiciones que imposibiliten la huida o la defensa". En este sentido, precisó que la facultad de iniciativa de las acciones de coordinación, a la que hace referencia la ley impugnada, debe interpretarse, no como una suerte de imposición de los planes y directivas aprobados por el Ejecutivo tanto a los sectores público como privado, sino en el entendido de que el Comando Político Militar cumplirá una función mediadora de persuasión entre lo que dispone el Presidente, como medidas adecuadas para restablecer el orden interno en la zona de declarada bajo estado de emergencia, y aquellos órganos y personas que puedan cooperar con dicha tarea.

Ello en función a que, si bien el artículo 163° de la Constitución obliga a todos a participar en la Defensa Nacional, de acuerdo a ley dicha responsabilidad no implica el desconocimiento de los derechos, garantías y principios que informan las relaciones entre el individuo y el Estado, ni

tampoco de las garantías y principios de los órganos constitucionalmente autónomos. Por tanto, la intervención estatal sobre cualesquiera de los derechos fundamentales y, en su caso, sobre los órganos constitucionales autónomos, no solo ha de tener que encontrarse necesariamente acorde con esas garantías, derechos y principios constitucionales que los rigen, sino también sujetas a su inexorable conformidad con el test de razonabilidad y proporcionalidad.

De igual modo, se declaró inconstitucional la facultad otorgada al Comando Político Militar, en el inciso c) del artículo 5º de la ley en referencia, al haberse establecido, de manera general, que "(...) las autoridades políticas, las de los organismos públicos, las de los gobiernos regionales y locales, pondrán a disposición de éste, los recursos económicos, financieros, bienes y servicios, personal y otros que sean necesarios (...), a fin de asegurar la pacificación del país". En primer lugar, porque tal disposición excede lo propio de la asunción de facultades para controlar el orden interno, que dispone el inciso 1) del artículo 137º de la Constitución; y, en segundo lugar, porque violenta la autonomía de los gobiernos locales y regionales (artículos 192º y 195º de la Const.), colocándolos en un situación de subordinación.

Respecto a la atribución descrita en el inciso d) del artículo 5º de la Ley N° 24150, el Tribunal precisó que, si bien la tarea de "concertar acciones con los diferentes sectores público y privado, para el cumplimiento de los planes de Pacificación y desarrollo aprobados para las zonas bajo su jurisdicción", no limita la autonomía de los gobiernos regionales y locales, ya que de dicha disposición no se desprende que las acciones destinadas al cumplimiento de los planes de pacificación y desarrollo interfieran o impidan el ejercicio de las competencias autónomas que la Constitución les reserva, sí comporta que el legislador ha otorgado a los institutos armados una competencia que la Constitución, en un estado de emergencia, no admite. En efecto, al tratarse el Comando Político Militar de un ente de las Fuerzas Armadas, y no tener la condición de deliberante, *per se*, no puede asumir funciones que son propias, en todo caso, del Presidente de la República, quien tiene competencias para concertar y asumir decisiones de naturaleza estrictamente política.

Asimismo, el Tribunal no desconoce que en muchas zonas del país, tras el azote criminal de las bandas terroristas, muchas autoridades políticas y administrativas se vieron obligadas a abandonar sus cargos, y que la inexistencia de autoridades impedía alcanzar la pacificación en la zona declarada en emergencia. Sin embargo, declaró inconstitucional atribuirle al Comando Político Militar facultades para "e) Solicitar a los organismos competentes el cese, nombramiento o traslado de las autoridades políticas y administrativas de su jurisdicción en caso de negligencia, abandono, vacancia o impedimento para cumplir sus funciones", pues no se condicen con su carácter no deliberante y con la prohibición de ejercer institucionalmente el derecho de petición.

Finalmente precisó que no es constitucionalmente lícito que, en un estado de sitio, el oficial de las Fuerzas Armadas que asuma el Comando Político Militar adopte "acciones de gobierno y de control político administrativo", tal como señala el artículo 8º de la norma impugnada, ya que la adopción de tales medidas es de competencia excluyente del Presidente de la República, en su condición de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, o de quien haga sus veces, si es que éste estuviera en la imposibilidad material de asumirla.

Igualmente señaló que no es constitucional que se condicione la aplicación del Código de Justicia Militar y, por tanto, se habilite la competencia del fuero privativo, por el simple hecho de tener la condición de miembro de las Fuerzas Armadas o las Fuerzas Policiales, ni por encontrarse éstos prestando servicios en las zonas declaradas en estado de excepción, tal como lo señala el artículo 10º de la ley impugnada, por ser incompatibles con el artículo 173º de la Constitución.

Temas Claves: Comandos políticos militares - delito de función militar - defensa nacional - jurisdicción militar - normalidad constitucional - orden interno - principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional - principio de legalidad - regímenes de excepción - situación extraordinaria.

EXP. N.º 0017-2003-AI/TC

LIMA

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 de días del mes de marzo de 2004, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra diversos artículos de la Ley N.º 24150 (la Ley, en adelante), modificada por el Decreto Legislativo N.º 749.

ANTECEDENTES

A. De la demanda

La entidad demandante, con fecha 16 de setiembre de 2003, interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2º, 4º, 5º, incisos b), c), d), e) y h); y 8º, 10º y 11º de la Ley N.º 24150, modificada por el Decreto Legislativo N.º 749, que regulan el papel de las Fuerzas Armadas durante los estados de excepción. Alega que las disposiciones impugnadas exceden la potestad de controlar el orden interno otorgada a las Fuerzas Militares durante la vigencia del estado de emergencia, que prescribe el artículo 137º, inciso 1, de la Constitución; violan la autonomía de los gobiernos locales y regionales garantizada por los artículos 192º, 195º, 165º y 166º de la Constitución; y afectan el principio de legalidad enunciado en el literal a) del inciso 24) del artículo 2º de la misma Norma Suprema.

Sustenta su pretensión en los siguientes argumentos:

a) Que, conforme a una interpretación literal y complementaria "de" y "entre" los artículos 2º y 11º de la Ley N.º 24150, se desprende que, durante los regímenes de excepción, las Fuerzas Armadas pueden desplazar a las autoridades civiles "en todos los campos de la actividad en que se desarrolla la Defensa Nacional". A juicio del demandante, estas normas infringen los artículos 137º y 166º de la Constitución, ya que si bien durante los estados de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, esto sólo supone el desplazamiento de autoridades policiales y de los funcionarios respectivos del Ministerio del Interior, y no abarca los diferentes campos de la Defensa Nacional, ya que el ámbito de la defensa nacional excede la preservación del orden interno, como por lo demás se desprende de la Ley N.º 27860, Ley del Ministerio de Defensa.

b) Que el artículo 4º de la Ley N.º 24150 transgrede el artículo 169º de la Constitución, pues la denominación "Comandos Políticos Militares" que se asigna al Comando Militar que asume el control del orden interno, contraviene

el carácter no deliberante de las Fuerzas Armadas. A su juicio, el modelo constitucional de la institución castrense opta por hacer de ella una institución políticamente neutra y subordinada a las autoridades constitucionales, lo que no se corresponde con la existencia de un "Comando Político Militar" con la capacidad de conducción política en una porción del territorio nacional. Asimismo, sostiene que la vigencia de las normas impugnadas ha generado una "equivocada creencia de que, cuando se declara el estado de emergencia y se entrega el control del orden interno a las Fuerzas Armadas, automáticamente surgen Comandos Políticos Militares que sustituyen en sus atribuciones a las autoridades civiles".

c) Que, declarado un estado de excepción, no debe corresponderle a las Fuerzas Armadas la facultad de comprometer a otras autoridades públicas, y menos al sector privado, para que ejecuten las directivas o planes del Poder Ejecutivo. Tampoco le compete la conducción desarrollo local y regional, ni concertar acciones de desarrollo, como lo establecen los incisos b), c) y d) del artículo 5º de la Ley impugnada, respectivamente, pues, a su juicio, todo ello contraviene el Título IV de la Constitución, referente a la estructura del Estado y, específicamente, los artículos 192º, que garantiza la autonomía de los gobiernos regionales, y 195º, que hace lo mismo con los gobiernos locales; así como también el ordinal a) del inciso 24 del artículo 2º de la Norma Suprema, que establece que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. A criterio del recurrente, la Ley establece una especie de desplazamiento de los asuntos que son de competencia constitucional de las autoridades locales y regionales.

d) Que el inciso e) del artículo 5º de la Ley vulnera el segundo párrafo del inciso 20 del artículo 2º de la Constitución, pues otorga al Comando Político Militar la facultad de solicitar el cese, nombramiento o traslado de las autoridades políticas y administrativas de su jurisdicción en caso de negligencia, abandono, vacancia o impedimento para cumplir sus funciones. A su juicio, tal ejercicio del derecho de petición no puede ser ejercido por órganos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, sino únicamente por sus miembros, de manera individual. Considera, además, que sus alcances son sumamente peligrosos para el orden constitucional, pues permite que las Fuerzas Armadas se manifiesten sobre decisiones públicas, transgrediendo su carácter no deliberante y desbordando lo propio del control del orden interno.

e) Que el control del orden interno es una función netamente policial, que no tiene que incluir la difusión de normas legales; y que, pese a ello, tal competencia se ha previsto en el artículo 2º, inciso h) de la Ley impugnada, lo que atenta contra el principio de legalidad y el artículo 137º de la Constitución, pues, por un lado, se ha previsto una "administrativización" de la actividad social y, por otro, el ejercicio de esta labor publicitaria contribuye a un proceso de militarización de la vida social en las zonas en las que las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno.

f) Que si bien el artículo 137° de la Constitución no precisa la extensión de las competencias de las Fuerzas Armadas en materia de control del orden interno, una interpretación ajustada al principio de la corrección funcional no se aviene con la instauración de una suerte de "dictadura militar", interpretación que sí se desprende del artículo 8° de la Ley impugnada y, particularmente, de la atribución conferida a los oficiales de las Fuerzas Armadas que asuman el Comando Político Militar, según la cual podrán adoptar "medidas de ejecución de la acción de gobierno y control político administrativo".

g) Que el artículo 10° de la Ley viola el artículo 173° de la Constitución, al establecer como criterio para determinar la competencia de la justicia militar el lugar de la comisión del delito y la calidad de policía o militar del agente, obviando la naturaleza institucional del bien jurídico afectado.

Por último, el recurrente aduce que la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas demandadas acarreará que los demás enunciados normativos de la Ley N.° 24150 queden vaciados de sentido, por lo que solicita que este Tribunal exhorte al Congreso de la República a fin de que elabore una nueva ley que desarrolle el artículo 137° de la Constitución.

B. Del informe *amicus curiae* presentado por el Instituto de Defensa Legal

Con fecha 15 de marzo de 2004, el Instituto de Defensa Legal pone a consideración del Tribunal Constitucional su Informe *Amicus Curiae*, en relación a las acciones de inconstitucionalidad promovidas por la Defensoría del Pueblo contra la Ley N.° 24150 y el Código de Justicia Militar.

C. De la contestación de la demanda

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda y solicita que ésta se declare infundada. Basa su pedido, esencialmente, en los siguientes argumentos:

a) Que los artículos 2° y 11° de la Ley impugnada no deben interpretarse de manera literal, como sugiere el demandante, sino "conforme con la Constitución". Así, alega que cuando el artículo 2° confiere al Presidente de la República la capacidad de modular, "en cada situación", la sujeción de las Fuerzas Armadas que asumen el control del orden interno "a las directivas y planes aprobados por el Presidente de la República", simplemente se está queriendo afirmar que es el Presidente quien evalúa la proporción y el uso razonable de la fuerza, pues de acuerdo con el inciso 15) del artículo 118° de la Constitución, a él le corresponde adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, la integridad del territorio y la soberanía del Estado.

En cuanto al artículo 11° de la Ley impugnada, sostiene, en primer lugar, que corresponde al Presidente de la República determinar cuándo ha cesado la situación perturbadora del orden interno; y, en segundo lugar, que el resto de la disposición impugnada debe interpretarse en el sentido de "que antes de la declaratoria de la declaratoria

del estado de excepción, el factor perturbador del orden público les impedía el ejercicio de sus atribuciones y funciones, pero que recuperado el control del orden interno, el Presidente de la República se los restituye de pleno derecho (...)". Agrega que si el Presidente "(...) desplazara a las autoridades civiles al decretar el estado de excepción, le correspondería al Congreso, como ya se expresó, analizar la necesidad, conveniencia y oportunidad de las medidas decretadas. Lo que no se puede es vaciar de contenido las atribuciones de las que goza el Presidente de la República en los estados de excepción, en virtud a nuestra Carta Magna y a la ley".

b) Que, respecto a la impugnación del artículo 4° de la Ley, de la mención a lo "político" en la denominación de los Comandos Políticos Militares, "no se desprende ninguna potestad de deliberación", ya que sólo se refiere "a su designación directa por parte del Presidente de la República, de quien recibe los planes y directivas que el propio Presidente aprueba". Desde esta perspectiva, refiere que el término "Comando Político Militar" sólo aludiría a "un nombre dado por el legislador", que pudo ser otro, de modo que no se podría declarar la inconstitucionalidad de una norma por un aparente error gramatical.

Y, sobre los eventuales excesos que a partir del nombre se hayan podido advertir en el pasado, sostiene que ese no es un problema de la Ley, sino de quien la cumple, de manera que dichos excesos pueden ser juzgados por el Ministro de Defensa o el Poder Judicial, según corresponda.

c) Que el verbo "coordinar" utilizado por el inciso b) del artículo 5° de la Ley impugnada, no puede ser interpretado como sinónimo de "imponer", sino más bien como "concertar" acciones con los diferentes sectores públicos y privados para el cumplimiento de los planes de pacificación aprobados por el Poder Ejecutivo.

Refiere que cuando el dispositivo impugnado autoriza al Comando Político Militar que concerte acciones con los sectores privados, la recurrente relaciona tal competencia sólo con la hipótesis de que se haya declarado un estado de emergencia, y no en un estado de sitio, en el que la propia demandante acepta implícitamente la posibilidad de realizar tal tarea.

Afirma también que no es lógico que tenga que contarse con la anuencia de ciertos ministerios, como lo sugiere la demandante, toda vez que en situaciones de emergencia tienen que tomarse medidas urgentes, las que son adoptadas por el Poder Ejecutivo, que incluye no sólo al Presidente de la República, sino también al Consejo de Ministros.

d) Que el inciso c del artículo 5° de la Ley debe ser interpretado conforme a la Constitución, evaluando sus alcances desde el estado de sitio, y no sólo desde el estado de emergencia. Desde esa perspectiva, subraya que la concentración de poderes en el Jefe del Comando Político Militar, objetada en la demanda, debe entenderse como aplicable a todos aquellos casos en los que, existiendo un

conflicto armado, interno o externo, la "fuerza beligerante en contra del Estado tiene bajo su control parte del territorio nacional". De manera que, "en estos casos, la Constitución, más que respetada, debe ser defendida frente a la imposibilidad de que el Estado la haga valer porque ha perdido en su totalidad el control del orden interno".

e) Que, en relación a la impugnación del inciso d) del mismo artículo 5° de la Ley impugnada, la actora incurre en el error de analizar la disposición desde una hipótesis de normalidad constitucional. En ese sentido, considera que dado que la defensa nacional compromete a todos –civiles y militares–, la facultad de concertar acciones con los diferentes sectores público y privado, para el cumplimiento de los planes de pacificación y desarrollo, no puede significar en modo alguno el desplazamiento de las autoridades civiles o la violación de la autonomía de los gobiernos locales o regionales, según sea el caso.

f) Que, en referencia al inciso e) del artículo 5° de la Ley, el verbo "solicitar" aludido no puede entenderse como semejante a "decidir". A su juicio, con tal competencia sólo se autoriza a "informar o recomendar al *órgano competente* el cese de una determinada autoridad designada cuando ésta incurra en abandono del cargo, en causal de vacancia o la desempeñe en forma negligente, así como el nombramiento de un nuevo funcionario, cuando corresponda (...);" agrega que tal recomendación no se extiende para el caso de las autoridades de los gobiernos locales o regionales, que son elegidos por sufragio y sólo pueden ser removidos vía revocatoria.

g) Que, en torno a los alcances del inciso h) del artículo 5° de la Ley N.° 24150, la publicación de las disposiciones aprobadas por el Poder Ejecutivo es consustancial a la naturaleza misma del estado de excepción. Asimismo, aduce que la exigencia de que se publiquen las directivas en el diario oficial *El Peruano* es "ignorar en parte nuestra realidad socioeconómica", pues dicho diario oficial no llega a diversas localidades del país.

h) Que a tenor de los artículos 137° y 165° de la Constitución Política, durante un régimen de excepción, las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, y su actuación es siempre subordinada y ejecutora de los planes y directivas emitidas por el Poder Ejecutivo, de manera que el artículo 8° de la Ley impugnada no consagra una "dictadura militar". A su juicio, el propósito del artículo 8° de la Ley N.° 24150, es precisar el elenco de atribuciones y competencias de las Fuerzas Armadas durante un *estado de sitio*, de manera que teniendo en consideración lo expuesto en los *Ítems* anteriores, no debe declararse su inconstitucionalidad.

i) Y que el artículo 10° de la Ley impugnada concuerda con el artículo 173° de la Constitución. Manifiesta que, además, es redundante, pues señala que "inclusive los miembros castrenses que se encuentren en aquellas zonas declaradas en estado de excepción están sujetos al Código de Justicia Militar y serán juzgados en el fuero militar por aquellas conductas delictivas que constituyan delito de función". Así se desprende, por ejemplo, de la

parte final del artículo cuestionado, que preceptúa que las infracciones tipificadas en el Código de Justicia Militar que (se) cometan en el ejercicio de sus funciones son de competencia del fuero militar, "salvo aquellas que no tengan vinculación con el servicio".

Afirma que de dicho precepto no se sigue que el lugar de la comisión del delito sea determinante para establecer el fuero competente, puesto que lo relevante es la naturaleza del delito.

D.- Del apersonamiento al proceso del abogado Abraham Talavera Delgado

El abogado Abraham Talavera Delgado se apersona al proceso, aduciendo tener la "delegación" del Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Legislativo (sic), y solicita que se declare infundada la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N.° 24150 y su modificatoria.

Vista la causa en audiencia pública, ésta ha quedado expedita para resolverse.

FUNDAMENTOS

§1. Legislación pre constitucional y Constitución nueva

1. Los diversos artículos impugnados mediante la presente acción de inconstitucionalidad forman parte de la Ley N.° 24150. Ésta fue publicada el 7 de junio de 1985, mientras que el parámetro conforme al cual se solicita a este Tribunal que se la evalúe, esto es, la Constitución Política del Estado, entró en vigencia el 31 de diciembre de 1993.

2. En la STC N.° 0010-2001-AI/TC, este Tribunal Constitucional señaló que era competente para juzgar la validez constitucional de carácter sustancial de la legislación previa a la entrada en vigencia de la Carta de 1993, sin perjuicio de que eventualmente esa misma legislación pueda considerarse derogada tácitamente, en aplicación del principio *lex posterior derogat priori*. Este último criterio, que sirve para resolver una antinomia entre dos normas en el tiempo, es una manifestación de los efectos derogatorios que tiene una Constitución, que es una auténtica norma jurídica suprema [Cf. Fund. 24].

§2. Consideraciones generales

3. Debido a que en la discusión de los alcances de la presente acción de inconstitucionalidad es recurrente la invocación a los conceptos de orden interno, normalidad constitucional, situación extraordinaria y régimen de excepción, este Colegiado considera pertinente, en primer término, estipular los alcances, contenidos y definiciones de dichas expresiones.

4. La noción de orden interno es concurrente, complementaria y subsidiaria tanto del orden público como de la defensa nacional. Consiste en 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.

5. 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.

6. Como bien expone el Instituto de Altos Estudios Policiales [El INAEP y el orden interno. En revista Orden Interno N.º 1, 1994] el orden interno "(...) permite que las autoridades ejerzan sus competencias y atribuciones, y las personas sus derechos y libertades, garantizando la existencia, estabilidad y soberanía del Estado; con la finalidad de asegurar la coexistencia pacífica en general y, consecuentemente, permitir el logro del fin supremo del Estado y la sociedad".

7. 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. Con ello se preserva la armonía necesaria para alcanzar los fines que la sociedad persigue.

8. Fundamentalmente, el orden interno 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).

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.).

9. La ejecución de las labores propias del "control del orden interno", en un estado de normalidad constitucional, es de competencia de la Policía Nacional del Perú, según dispone el artículo 166º de la Constitución. Esta, como enunciativamente precisa la misma cláusula constitucional: "Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras".

10. El concepto normalidad constitucional se sustenta necesariamente en el desarrollo de la relación Estado-ciudadanía con sujeción a pautas jurídicas previamente establecidas y de alcance general. Implica el desenvolvimiento de la actividad del Estado dentro del marco de competencias delimitadas con precisión por la Constitución y demás normas derivadas de aquella, y el que los ciudadanos desplieguen sus actividades ordinarias con el goce efectivo de los derechos a que dicha normatividad –en sentido lato– les reconozca. Como precisa Manuel García Pelayo [Derecho constitucional comparado. Madrid: Revista de Occidente, 1984] "toda normatividad supone una normalidad; no hay normas aplicables a un caos. La

posibilidad de la vigencia del Derecho está condicionada por una situación social estable; es decir, por una situación en la que se dan los supuestos sobre los que edificó la normatividad jurídica en cuestión".

11. Carlos Blancas Bustamante, Marcial Rubio Correa y César Landa [Derecho constitucional general. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1992] subrayan que la normatividad jurídica que regula la constitución, vida y acción del Estado supone, como premisa para su aplicación, una situación de normalidad y equilibrio político, social y económico, tanto en el ámbito nacional como internacional. Ahora bien, cuando dicha situación de regularidad plenaria desaparece o se ve alterada como consecuencia de factores perturbadores de diversa índole, al Estado se le hace difícil –e incluso hasta imposible– actuar con arreglo a sus normas ordinarias, las que se revelan ineficaces para afrontar una situación imprevista que puede poner en serio peligro la existencia misma del cuerpo político, la plenitud del ejercicio del poder o el goce duradero de los derechos constitucionales.

12. La situación extraordinaria se configura por la alteración del normal desenvolvimiento del aparato estatal y/o de las actividades ciudadanas, y cuya gravedad hace imprescindible la adopción de medidas excepcionales. Y si bien puede predeterminarse en su naturaleza y consecuencias políticas, sociales o económicas, no puede precisarse cuándo se desarrollará.

13. Dentro de ese singular e inusual contexto, el Estado hace frente a la perturbación ocasionada por dicho "clima" de anormalidad empleando, para tal efecto, recursos excepcionales para conjurar y eliminar, rápida y eficazmente, los factores de alteración. Así, la aplicación –con la anuencia de la Constitución– de alguna de las modalidades del régimen de excepción y, por ende, de la asignación de un conjunto de competencias extraordinarias a favor del órgano Ejecutivo, obedece a la necesidad de solucionar o conjurar una serie de circunstancias anormales, lo cual acarrea la supresión, limitación o restricción transitoria de ciertos derechos ciudadanos. En ese sentido, Óscar Alzaga [La Constitución española de 1979. Madrid: Ediciones del Foro, 1978] anota que la supresión, limitación o restricción de los derechos ciudadanos tiene como objeto la salvaguarda futura de la plenitud del ejercicio del poder político y de los intereses ciudadanos.

14. La doctrina y el derecho constitucional comparado admiten que la vida institucional no es siempre uniforme, permanentemente lineal, ni absolutamente previsora del acontecer coexistencial dentro de una comunidad política; por el contrario, ante los avatares de la historia, la sensatez acredita la necesidad de que el Estado esté premunido de los instrumentos necesarios para afrontar aquellas situaciones extraordinarias que impiden el cumplimiento de los fines de la sociedad estatal y que amenacen su perdurabilidad como tal.

15. El régimen de excepción conceptualmente hace referencia a aquellas "competencias de crisis" que

la Constitución otorga al Estado con el carácter de extraordinarias, a efectos de que pueda afrontar hechos, sucesos o acontecimientos que, por su naturaleza, ponen en peligro el normal funcionamiento de los poderes públicos o amenazan la continuidad de las instituciones estatales y los principios básicos de convivencia dentro de una comunidad política.

16. Según Bernardino Gonzáles [Cit. por Adolfo Rodríguez en: Consideraciones sobre el Estado y el Gobierno. Punto, 1991], dicho régimen se traduce en competencias especiales que asume el jefe del Ejecutivo, para poner fin, por medios jurídicos, a la situación de excepción que se ha producido, o para precaverse de ella en caso de que sea inminente. Esto implica una regulación constitucional *ad hoc* destinada a "enmarcar" la anormalidad. El efecto inmediato de lo expuesto es el surgimiento de una concentración de competencias o funciones.

17. Maruja Delfino de Palacios [El derecho de excepción en América Latina. Caracas: UC de Venezuela. F. de Derecho, Cuadernos de I.E.P. 1967] señala que para otorgar *legitimidad* a las competencias de excepción, existen dos condiciones:

a) Que su otorgamiento se produzca cuando se acredite que el orden institucional y la seguridad del Estado se encuentran en severo peligro. En ese contexto, deben haberse presentado condiciones políticas, sociales, económicas o de fuerza mayor provenientes de la naturaleza, que no pueden ser controladas a través de los medios ordinarios con que cuenta el Estado.

b) Que la aplicación de las medidas extraordinarias tenga carácter temporal, es decir, que no se extienda más allá del tiempo estrictamente necesario para el restablecimiento de la normalidad constitucional y, por tanto, de la vigencia rediviva de la normalidad ordinaria del Estado.

18. Consideramos como características del régimen de excepción las siguientes:

a) Concentración del poder, con permiso constitucional, en un solo detentador

–normalmente el jefe del Ejecutivo–, mediante la concesión de un conjunto de competencias extraordinarias, a efectos de que la acción estatal sea tan rápida y eficaz como lo exijan las graves circunstancias de anormalidad que afronta la comunidad política. Fruto de ello es el acrecentamiento de las atribuciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía.

b) Existencia o peligro inminente de una grave circunstancia de anormalidad, cuyo origen puede ser de naturaleza político-social, o deberse a situaciones de fuerza mayor o a crisis económicas. Tales los casos de guerra exterior, guerra civil, revueltas, motines, revoluciones, cataclismos, maremotos, inflaciones, deflaciones, etc.

c) Imposibilidad de resolver las situaciones de anormalidad a través del uso de los procedimientos legales ordinarios.

d) Transitoriedad del régimen de excepción. Habitualmente, su duración se encuentra prevista en la Constitución o en las leyes derivadas de esta; o en su defecto, regirá por el tiempo necesario para conjurar la situación de anormalidad. La prolongación indebida e inexcusable del régimen de excepción, además de desvirtuar su razón de ser, vulnera la propia autoridad política, ya que, como señala Carlos Sánchez Viamonte [La libertad y sus problemas. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina], "lo único que hace tolerable la autoridad, más allá de su carácter representativo, es su carácter de servicio público y las limitaciones que impiden desnaturalizarla".

e) Determinación espacial del régimen de excepción. La acción del Estado, premunido de competencias reforzadas, se focalizará en el lugar en donde se producen las situaciones de anormalidad. De allí que se precise que la medida tiene carácter nacional, regional, departamental o local.

f) Restricción transitoria de determinados derechos constitucionales.

g) Aplicación, con criterio de proporcionalidad y razonabilidad, de aquellas medidas que se supone permitirán el restablecimiento de la normalidad constitucional. Dichas medidas deben guardar relación con las circunstancias existentes en el régimen de excepción.

h) Finalidad consistente en defender la perdurabilidad y cabal funcionamiento de la organización político-jurídica.

i) Control jurisdiccional expresado en la verificación jurídica de la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo o suspensivo de los derechos fundamentales de la persona, y en el cumplimiento del *iter* procedimental exigido por la Constitución para establecer su decretamiento; así como en el uso del control político parlamentario para que se cumplan los principios de rendición de cuentas y de responsabilidad política.

19. Los elementos necesarios de la doctrina de la situación de normalidad se pueden resumir en las tres siguientes:

a) La situación de anormalidad. Se trata de una circunstancia fáctica peligrosa o riesgosa que exige una respuesta inmediata por parte del Estado. Esta situación anómala impone o demanda una solución casi instantánea, so pena de producirse un grave daño que comprometa la estabilidad o supervivencia del Estado.

b) El acto estatal necesario. Es la respuesta imprescindible, forzosa o inevitable, para enfrentar la situación de anormalidad. En esta circunstancia, el Estado no actúa siguiendo criterios de discrecionalidad, utilidad o conveniencia, sino que se moviliza en virtud de lo inevitable, imperioso o indefectible.

c) La legalidad excepcional. Es decir, la existencia de un marco normativo derivado de una grave situación de anormalidad, el cual, sin embargo, vincula al acto estatal necesario con los valores y principios mismos del Estado de Derecho.

En dicho contexto, si bien las normas que consagran los derechos fundamentales de la persona son previstos para su goce pleno en situaciones de normalidad, en cambio durante los "tiempos de desconcierto" pueden convertirse en instrumentos para la destrucción del propio orden constitucional que los reconoce y asegura. Por ende, en vía de excepción, legislativamente es admisible la suspensión o limitación de algunos de ellos, sin que ello signifique llegar al extremo de consagrar un estado de indefensión ciudadana y proscripción de la actuación del Estado con sujeción a reglas, principios y valores que justifican su existencia y finalidad.

20. Al respecto, mediante la absolución de la Opinión Consultiva OC-8/87, de fecha 30 de enero de 1987, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció la legalidad excepcional, en los términos de que: "estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni debe [...] entenderse que el gobierno esté investido de poderes abstractos [...]."

§3. Las Fuerzas Armadas y control del orden interno en un régimen de excepción

21. La actora sostiene que la Constitución ha confiado a las Fuerzas Armadas la función de "garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República" [art. 163] y, "sobre esta finalidad primordial", la de asumir excepcionalmente "el control del orden interno en los estados de excepción" [art. 137.1], cuando así lo disponga el Presidente de la República, además de participar "en el desarrollo económico y social del país y en la defensa civil, conforme a ley" [art. 171].

A su juicio, el cumplimiento de estas dos últimas facultades, "no debe afectar la disponibilidad de las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de sus fines primordiales, que son los que en todo caso marcan su carácter organizativo y la preparación de sus integrantes. Por ende, en atención al principio de corrección funcional (aquel por el cual la Constitución debe interpretarse de tal manera que las funciones de cada uno de los órganos del Estado no se vean alteradas) el alcance de las competencias complementarias de las Fuerzas Armadas debe ser comprendidas bajo el principio de subsidiaridad. Desde esta perspectiva, si hay otros órganos encargados de la defensa civil, del control del orden interno y de la promoción del desarrollo económico y social, la actuación de las Fuerzas Armadas en estos campos deberá restringirse a situaciones de estricta necesidad, sólo para aquellos casos en los que los órganos normalmente competentes no lo hagan, de manera que no se altere el orden competencial establecido en la Constitución".

22. Por ello considera que el artículo 2° de la Ley N.° 24150 es inconstitucional, por establecer que:

"El control del orden interno que asumen las Fuerzas Armadas comprende los diferentes campos de la actividad en que se desarrolla la Defensa Nacional para hacer frente a las situaciones que motivan la declaratoria del estado de

emergencia. Cada situación se sujetará a las directivas y planes aprobados por el Presidente de la República".

Y también el artículo 11° de la misma Ley N.° 24150, que dispone que:

"Al cesar el control del orden interno por las Fuerzas Armadas o vencido el plazo del estado de excepción, las autoridades civiles del territorio correspondiente reasumirán de pleno derecho sus respectivas funciones y atribuciones".

23. Sostiene la Defensoría del Pueblo que el artículo 2° de la Ley N.° 24150 es inconstitucional porque genera un "desplazamiento de las autoridades civiles en todos los campos de la actividad en que se desarrolla la defensa nacional a favor de los militares", pese a que de diversos dispositivos de la Ley del Ministerio de Defensa, Ley N.° 27860, se desprende que "las Fuerzas Armadas se encuentran circunscritas a los campos militares de la Defensa Nacional, sin perjuicio de participar eventualmente en el desarrollo económico y social y en la defensa nacional, según el artículo 169° de la Constitución".

24. El principio de conservación de las normas y el *indubio pro legislatore* democrático, demandan que este Colegiado verifique si entre las interpretaciones posibles de un enunciado legal, existe al menos una que lo salve de una declaración de invalidez, en cuyo caso la declaración de inconstitucionalidad no recaerá sobre la disposición, sino sobre la norma inferida de ella, esto es, sobre la interpretación reñida con la Constitución [STC N.° 0010-2001-AI/TC]. Y es que la declaración de inconstitucionalidad, en efecto, es la *última ratio* a la cual debe apelar este Tribunal cuando no sea posible extraer de una disposición legislativa un sentido interpretativo que se ajuste a la Constitución.

25. En suma, la interpretación de la ley de conformidad con la Constitución es aquella "que adecua, armoniza la ley a la Constitución (previamente interpretada, se entiende), escogiendo aquella (o sea, la norma) que evita cualquier contradicción entre ley y Constitución. El efecto de semejante interpretación es, obviamente, la de conservar la validez de la ley que, de otra forma, habría sido declarada inconstitucional" [Riccardo Guastini, "La 'costituzionalizzazione' dell'ordinamento", en Tecla Mazzaresse (A cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra) nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli editore, Torino, 2002].

26. Por cierto, la aplicación de esta técnica de interpretación tiene sus límites. Uno de ellos, que se extiende a cualquier otro criterio de interpretación, es el texto expreso de la disposición a interpretar. Sólo cabe realizar una interpretación compatible con la Constitución cuando del enunciado lingüístico, esto es, de la disposición de una fuente formal del derecho, resulte razonable inferir aquel sentido interpretativo constitucionalmente admisible, y no al revés.

27. A fin de persuadir a este Tribunal sobre la existencia de una interpretación del artículo 2° de la Ley N.°

24150 conforme con la Constitución, el Congreso de la República ha incidido particularmente sobre los alcances de la fracción de la disposición en la que se prevé que: "En cada situación se sujetará a las directivas y planes aprobados por el Presidente de la República" (subrayado original). De manera que es el Presidente "(...)" quien adopta las medidas necesarias para la defensa de la República, la integridad del territorio y soberanía del Estado (...)" en su condición de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas.

28. El Tribunal Constitucional considera que si bien la fracción de dicha disposición no puede entenderse desligada de su primera parte, la impugnación de inconstitucionalidad se centra básicamente en torno a los alcances de la competencia que se le brinda a las Fuerzas Armadas, bajo el pretexto de asumir el control del orden interno bajo un régimen de excepción; es decir, si el control del orden interno puede comprender "los diferentes campos de la actividad en que se desarrolla la defensa nacional".

3.1. De la defensa nacional

29. El Estado es la estructura que concentra el poder político delegado por el pueblo soberano para que cumpla con determinados fines en procura del bienestar general. Es por ello que le corresponde elaborar políticas públicas con el objetivo de lograr el desarrollo social, económico y cultural del país, así como garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales. Entre ellas, una de las más importantes es la concerniente a la seguridad, pues ésta constituye no sólo un presupuesto para el desarrollo, sino también el escenario dentro del cual los derechos fundamentales pueden ejercerse. Sin seguridad no hay desarrollo, ni ejercicio pleno de los derechos y libertades fundamentales. Ambos (seguridad y desarrollo), son necesarios para alcanzar el bienestar. De ahí que el artículo 163° de la Constitución establezca, como una de las tareas fundamentales del Estado peruano, la de garantizar la seguridad de la Nación, a través de un Sistema de Defensa Nacional.

30. De acuerdo con el mencionado artículo 163° de la Constitución, la Defensa Nacional es

integral y permanente; por tanto, involucra al conjunto de acciones y previsiones que permiten la subsistencia y permanencia del Estado, incluyendo su integridad, unidad y facultad de actuar con autonomía en lo interno, y libre de subordinación en lo externo, posibilitando que el proceso de desarrollo se realice en las mejores condiciones [Centro de Altos Estudios Militares, "Defensa interna", en *Defensa Nacional*, N.º 3, Lima, 1983, Pág. 10]. Es "integral" porque abarca diversos campos, como el económico, político, social, cultural, militar, etc.; y "permanente", debido a que se trata de una actividad constante que se relaciona con sus sentidos preventivo y represivo.

De lo expuesto, se deduce la inexorable obligación del Estado de dotar de todos los recursos que las Fuerzas Armadas requieran para asegurar y preservar la Defensa Nacional. Por ende, no es injustificado exhortar

a los poderes públicos para que adopten las medidas legales de naturaleza económica, a efectos de que los institutos armados pueden cumplir con la misión constitucionalmente encomendada.

31. Por los ámbitos en los cuales se desarrolla la Defensa Nacional, en ella participan todos los miembros de la Nación, entre ellos las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Sin embargo, esta participación de los profesionales de las armas no significa que dicho sistema se circunscriba a las decisiones estatales relacionadas con prácticas militares, de tipo castrense o policial. En efecto, si la defensa nacional involucra un conjunto de medidas y previsiones que adopta el Estado con el fin de garantizar la seguridad de la Nación *en todos los ámbitos*, es evidente entonces que el aspecto militar o policial no puede entenderse sino como sólo una de esas áreas.

32. Como también precisa el artículo 163° de la Constitución, la defensa nacional se desarrolla "en los ámbitos interno y externo". Mediante la "defensa interna" se promueve y asegura el ambiente de normalidad y tranquilidad pública que se requiere para el desarrollo de las actividades y esfuerzos concurrentes a la obtención del bienestar general en un escenario de seguridad. Asimismo, supone la realización de acciones preventivas y de respuesta que adopta el gobierno permanentemente en todos los campos de la actividad nacional, para garantizar la seguridad interna del Estado. Esa seguridad puede verse afectada por cualquier forma de amenaza o agresión que tenga lugar dentro del territorio nacional, sea que provengan del interior, exterior, de la acción del hombre o, incluso, de la propia naturaleza. El fin de las actividades de defensa interna es garantizar el desarrollo económico y social del país, impedir agresiones en el interior del territorio, viabilizar el normal desarrollo de la vida y acción del Estado, y garantizar el ejercicio pleno de los derechos y libertades fundamentales.

3.2 Del mantenimiento del orden interno durante los estados de excepción

Análisis constitucional de los artículos 2° y 11° de la Ley N.º 24150

33. El artículo 2° de la Ley impugnada establece que: "*El control del orden interno que asumen las Fuerzas Armadas comprende los diferentes campos de la actividad en que se desarrolla la Defensa Nacional para hacer frente a las situaciones que motivan la declaratoria del estado de excepción*". Cada situación se sujetará a las directivas y planes aprobados por el Presidente de la República" (cursivas nuestras).

34. Un primer sentido interpretativo que podría brindársele a la fracción de la disposición resaltada es que el legislador haya entendido que los conceptos de "control del orden interno" y "defensa nacional" son semejantes o sinónimos, de modo que el "control del orden interno" que se confía a las Fuerzas Armadas, como expresa dicho artículo 2° de la Ley impugnada, necesariamente comprende los diferentes campos de la actividad en que se desarrolla la Defensa Nacional.

35. En esta posible construcción interpretativa habría que objetar, como se ha anticipado en la parte de las consideraciones generales, que el concepto de "orden interno" es de alcance más restringido que el de defensa nacional. Aquel forma parte o es uno de los ámbitos de la defensa nacional, de manera que es su comprensión errada, que ha culminado con extender competencias que en principio le son ajenas a las Fuerzas Armadas, lo que, *prima facie*, la haría inconstitucional.

36. No obstante, una interpretación adecuada de dicho precepto tendría que considerar que sus alcances no sólo deben referirse al estado de emergencia, sino, incluso, al estado de sitio.

37. Desde esta perspectiva, si el Presidente de la República tiene, entre otras atribuciones, las de velar por el orden interno y la seguridad exterior; presidir el sistema de defensa nacional; organizar, distribuir y disponer el empleo de las Fuerzas Armadas; y, particularmente, "adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, de la integridad del territorio y de la soberanía del Estado" (incisos 4, 14 y 15 del artículo 118° de la Constitución, respectivamente), entonces cabría preguntar si declarado el "estado de sitio" bajo la existencia de circunstancias especialmente graves para el Estado ¿tal extensión de la competencia de las Fuerzas Armadas resultaría irrazonable?, ¿o es que, en tales circunstancias, las Fuerzas Armadas sólo podrían realizar labores propias del control del orden interno, como establece el inciso 1) del artículo 137° de la Constitución?

38. Evidentemente, la Constitución no se ha pronunciado sobre supuestos tan específicos; y, en términos generales, este Tribunal Constitucional ha sostenido, en la STC N.° 0013-2002-AI/TC, que "(...) no es exacto que, cuando la Constitución no lo haya previsto, el legislador ordinario se encuentre vedado de asignar una competencia a un órgano constitucional o de relevancia constitucional".

Dicho de otro modo, siempre y en todos los casos en que termine siendo inconstitucional el otorgamiento de una competencia no prevista directamente en la Constitución. Es el caso, desde luego, de atribuciones que, no encontrándose expresamente previstas en la Constitución, sin embargo, son inherentes a la función (poderes implícitos). Como sostuviera el *Chief Justice* Jhon Marshall, en el *Leanding Case McColluch vs Maryland*, a propósito del Poder Legislativo: "Admitimos (...) que los poderes del gobierno son limitados y que sus límites no han de ser sobrepasados. Pero creemos que una sana interpretación de la Constitución debe permitir a la legislatura nacional esa facultad discrecional, con respecto a los medios por los cuales los poderes que se le confieren han de ponerse en ejecución, que permita a ese cuerpo cumplir los altos deberes que se le han asignado, de la manera más beneficiosa para el pueblo. Si el fin es legítimo, si está dentro del alcance de la Constitución, todos los medios que sean apropiados, que se adapten claramente a ese fin, que no estén prohibidos, pero que sean compatibles con la letra y el espíritu de la Constitución, son constitucionales" (citado por Bernard

Swartz, *Los poderes del gobierN.° I Poderes federales y estatales*, UNAM, México, 1966, Pág. 125)".

39. Pues bien, si ese fuere el caso, el problema constitucional que se derivaría del artículo 2° de la Ley N.° 24150 ahora parece encontrarse conectado con la generalidad de lo que allí se prevé. Es decir, de no haberse especificado bajo qué modalidad del estado de excepción es posible que las Fuerzas Armadas asuman competencia en los diferentes campos de la actividad en que se desarrolla la Defensa Nacional, pues resulta claro que tal extensión de sus competencias no es constitucionalmente admisible bajo un estado de emergencia. Y es que si bien frente a un supuesto de guerra exterior o de invasión por parte de una potencia extranjera (estado de sitio), facultades como las previstas en el artículo 2° de la Ley pudieran resultar razonables y proporcionadas, es evidente que no se arriba a igual conclusión si es que se analizan tales competencias a la luz de los supuestos que ameritan la declaración de un estado de emergencia.

40. Con ello se quiere decir que lo inconstitucional que pueda existir en dicho precepto no es tanto lo que la disposición contiene, sino lo que ha omitido precisar [norma implícita]; es decir, no haber previsto que durante un estado de sitio la participación de las Fuerzas Armadas también puede desplegarse a otras actividades en las que se desarrolla la "defensa nacional". Y es que la ausencia o carencia de mayor precisión legislativa sobre el particular, pareciera proyectar la idea de que dispuesto que fuera por el Presidente de la República que las Fuerzas Armadas asuman el control del orden interno, ésta automáticamente comprendería aquellos campos de la Defensa Nacional, con independencia de si se trata de un estado de emergencia o de sitio.

41. Por cierto, no es el único sentido interpretativo que cabe inferir del artículo 2° de la Ley N.° 24150. Antes se ha dicho que los alcances de la norma impugnada en modo alguno pueden entenderse en relación al estado de emergencia, básicamente porque el legislador, al desarrollar el inciso 1) del artículo 137° de la Constitución, habría analogado los conceptos de "orden interno" y "defensa nacional".

Pues bien, dentro de la misma hipótesis de un estado de emergencia, el cuestionado dispositivo podría ser objeto de una *interpretación reductora* si se le comprendiese en el sentido de que cuando allí se prevé que, bajo un estado de excepción, "El control del orden interno que asumen las Fuerzas Armadas comprende los diferentes campos de la actividad en que se desarrolla la Defensa Nacional.", tal ámbito de competencia se refiere únicamente a las actividades relacionadas con "(...) las situaciones que motivan la declaratoria del estado de excepción" y con la finalidad de "hacer(les) frente" [subrayado nuestro], situaciones que, por cierto, no son otras que las señaladas en el inciso 1) del artículo 137° constitucional; esto es, que comprenden y están estrictamente circunscritas a la "perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación".

42. Según esta interpretación, el artículo 2° de la Ley N.° 24150 no tendría por finalidad realizar una asimilación de lo que es propio del (control del) orden interno con lo que corresponde a cualquier ámbito en el que se desarrolla la defensa nacional, sino, concretamente, expresar que el control del orden interno por las Fuerzas Armadas sólo puede comprender los campos o situaciones que originaron la declaratoria del estado de excepción, en este caso, la perturbación del orden interno

43. En mérito de las razones expuestas, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 2° de la Ley N.° 24150 no es inconstitucional si es que se la interpreta en los sentidos expuestos en los fundamentos 39, 40, 41 y 42 de esta sentencia.

44. Por otro lado, se ha impugnado el artículo 11° de la misma Ley, que establece que:

"Al cesar el control del orden interno por las Fuerzas Armadas o vencido el plazo del estado de excepción, las autoridades civiles del territorio correspondiente, reasumirán de pleno derecho sus respectivas funciones y atribuciones".

45. El Tribunal Constitucional considera que los alcances del artículo 11° de la Ley N.° 24150 deben entenderse en el sentido expresado por la actora en su demanda. Y es que cuando se indica que las autoridades civiles reasumirán sus funciones y atribuciones una vez que concluya el régimen de excepción o que cese el control del orden interno por las Fuerzas Armadas, con ello implícitamente se quiere expresar que, entre tanto se mantenga dicha situación, y el Presidente así lo hubiese dispuesto, las Fuerzas Armadas "desplazan" a las autoridades civiles en el ejercicio de sus competencias.

No es posible entender dicho artículo en el sentido formulado por el Congreso de la República, es decir, que la asunción de competencias se realiza en un contexto en el que las autoridades civiles han abandonado sus cargos, por lo que una vez removida la situación de violencia, tales autoridades podrán reasumirlas. Y es que si este último fuera el sentido en el que habría que comprender tal dispositivo, la reasunción de funciones por parte de las autoridades civiles no tendría por qué supeditarse a que cese el control del orden interno o a que *culmine* el plazo del estado de excepción, a los que se refiere el artículo 11° en evaluación, como condición para que tales autoridades civiles reasuman sus cargos y funciones. Y es que una vez removidos los obstáculos que impidieron que las autoridades civiles pudieran ejercer sus funciones y atribuciones, inmediatamente debería propiciarse que las pudieran reasumir, y no supeditar a que éstas puedan nuevamente ejercerse sólo una vez que hayan cesado los elementos ajenos al impedimento material del ejercicio de sus funciones.

Obviamente dicha "atribución" carece de cualquier fundamento y no está respaldada en los principios, valores y normas de la Constitución.

De modo que, no pudiéndose expedir, en este extremo, una sentencia interpretativa reductora, el Tribunal

Constitucional considera que dicha disposición debe declararse inconstitucional.

3.3 La denominación de "Comandos Políticos Militares" y el artículo 4° de la Ley N.° 24150

46. Se ha impugnado, también, la constitucionalidad del artículo 4° de la Ley N.° 24150. Dicho precepto establece que:

"El control del orden interno en las zonas de emergencia es asumido por un *Comando Político Militar* que está a cargo de un Oficial de Alto Rango designado por el Presidente de la República, a propuesta del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, quien desempeña las funciones inherentes al cargo que establece la presente ley en el ámbito de su jurisdicción, de acuerdo con las directivas y planes de emergencia aprobados por el Presidente de la República".

47. Al respecto, el artículo 169° de la Constitución de 1993 preceptúa que: "Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes".

48. Esta norma garantista implica que estando las Fuerzas Armadas sometidas al poder constitucional, cualquier decisión que este último pueda adoptar no requiere la opinión, el pronunciamiento o aprobación de aquellas. Por cierto, ello no quiere decir que dichos institutos no puedan hacer llegar al Presidente de la República sus puntos de vista o sus opiniones sobre determinados problemas nacionales, cuando así se les requiera, pero dicho criterio institucional no obliga ni vincula al Presidente de la República o al Gobierno

49. Por otro lado, la subordinación de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional al poder constitucional pretende asegurar la sujeción de éstas a la Constitución y, por mandato de ella, a la jefatura suprema del Presidente de la República, con el fin de sustraer a los "profesionales de las armas" de las veleidades de la vida política nacional y evitar su politización institucional, es decir, permitir que ellas puedan servir objetivamente al cumplimiento de los fines que la Constitución les asigna, al margen de los intereses particulares de los gobiernos de turno o los suyos propios, sean estos corporativos o privados.

50. Desde un punto de vista constitucional, la subordinación al "poder constitucional" no es lo mismo que la subordinación al "poder civil". Este último no existe desde una perspectiva estrictamente jurídico-constitucional, aun cuando tiene sustento desde un punto de vista sociológico.

El artículo 169°, *in fine*, de la Constitución es claro cuando señala que esa subordinación es respecto al "poder constitucional" que, en este contexto, quiere indicar sometimiento al "orden público constitucional" representado por la Constitución Política del Perú y el sistema material de valores que consagra.

51. Precisamente porque las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú se encuentran sometidas a la Constitución, es que este Colegiado, en la STC N.° 2050-2002-AA/TC, ha precisado que de la remisión a las leyes

y reglamentos para determinar la organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina de los miembros de los institutos armados y policial, a los que se alude en el artículo 168° de la Constitución, no se puede inferir la consagración constitucional de una suerte de estatuto jurídico desvinculado de la Norma Suprema del Estado.

52. Por cierto, con esta subordinación al poder constitucional, y el establecimiento de una serie de garantías constitucionales, como la prohibición del ejercicio del derecho de petición en forma colectiva, la Norma Suprema asegura no sólo la objetividad y neutralidad con (y en) el cumplimiento de los fines constitucionalmente asignados, sino también la "apoliticidad" de los institutos castrenses y policiales.

53. Evidentemente, ese carácter no deliberante y la objetividad y neutralidad con el cumplimiento de los fines constitucionalmente asignados, impide que un militar o policía en situación de actividad pueda sumir cargos "políticos" –salvo el caso previsto en el artículo 124° de la Constitución– o, que institucionalmente, pueda adoptar decisiones de orden político.

54. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que, independientemente de las competencias que se puedan asignar al referido Comando, el epígrafe "político" con el que éste se adjetiva distorsiona irrazonablemente la labor que constitucionalmente se puede asignar a las Fuerzas Armadas durante un estado de excepción.

De ahí que, al considerarse la inconstitucionalidad del adjetivo "político" que se utiliza en el artículo 4° de la Ley impugnada, el precepto en mención subsistirá de la siguiente forma:

"El control del orden interno en las zonas de emergencia es asumido por un Comando Militar que está a cargo de un Oficial de Algo Rango, designado por el Presidente de la República, a propuesta del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, quien desempeña las funciones inherente al cargo que establece la presente ley en el ámbito de su jurisdicción, de acuerdo con las directivas y planes de emergencia aprobados por el Presidente de la República".

3.4 El ámbito de aplicación del artículo 5° Ley N.° 24150

55. La Ley N.° 24150, aunque quizá no con la mejor técnica legislativa, constituye una de las fuentes que desarrolla el régimen de excepción contemplado en la Constitución.

En efecto, ella contiene las disposiciones que han de cumplirse durante la vigencia del estado de emergencia o del estado de sitio.

56. De una interpretación sistemática de la Ley N.° 24150 se infiere que las competencias consignadas en el artículo 5° a favor del denominado Comando Político Militar, en principio hacen referencia a las correspondientes durante el "estado de emergencia", además de titularizarlas una vez que se hubiera declarado el "estado de sitio".

57. Por tanto, cuando se analice seguidamente la validez constitucional de los diversos incisos del cuestionado artículo 5°, sin perjuicio de que se haga referencia a competencias susceptibles de ser asumidas por el Comando Político Militar durante la vigencia de un estado de sitio, debe entenderse que se trata de acciones que el legislador objetivamente ha previsto que se asuman durante el estado de emergencia.

3.5 La iniciativa de las acciones de coordinación para asegurar la participación de los sectores público y privado en la ejecución de planes y directivas aprobados por el Poder Ejecutivo

58. La Defensoría del Pueblo cuestiona, asimismo, la constitucionalidad del inciso b) del artículo 5° de la Ley N.° 24150, modificado por el Decreto Legislativo N.° 749, que establece que:

"Son atribuciones del Comando Político Militar:

(...)

b. Asumir la iniciativa de las acciones de coordinación para asegurar la participación de los sectores público y privado, ubicados en las zonas de emergencia, en la ejecución de los planes y directivas aprobados por el Ejecutivo, a fin de lograr la pacificación nacional y la erradicación de la delincuencia terrorista y el narcotráfico."

59. En los Fundamentos 56 y 57 de esta sentencia se ha indicado que las atribuciones conferidas por el artículo 5° de la Ley al Comando Político Militar han de entenderse como posibles de ejercerse tanto durante la declaración de un estado de emergencia como en la de un estado de sitio.

60. En ese contexto, uno de los cuestionamientos sobre la validez constitucional del inciso b) del artículo 5° se centra en los alcances que durante un estado de emergencia tendría la facultad de "Asumir la iniciativa de las acciones de coordinación" para asegurar la participación de los sectores público y privado, ubicados en las zonas de Emergencia, en la ejecución de los planes y directivas aprobados por el Ejecutivo, a fin de lograr la pacificación nacional y la erradicación de la delincuencia terrorista y el narcotráfico" (subrayado nuestro).

61. Según la demandante, en la facultad de "*Asumir la iniciativa de las acciones de coordinación*" subyacería una suerte de imposición de los planes y directivas aprobados por el Ejecutivo, tanto a los sectores público como privado. No obstante, este Colegiado considera que la facultad de iniciativa de las acciones de coordinación, debe interpretarse en el sentido de que el Comando Político Militar cumplirá una función mediadora de persuasión entre lo que dispone el Presidente, como medidas adecuadas para restablecer el orden interno en la zona de declarada bajo estado de emergencia, y aquellos órganos y personas que puedan cooperar con dicha tarea.

62. Asimismo, no puede perderse de vista que, de conformidad con el artículo 163° de la Constitución, *in fine*, "Toda persona, natural o jurídica, está obligada

a participar en la Defensa Nacional", concepto este último que involucra el orden interno, como antes se ha expuesto. Empero, debe advertirse, por un lado, que dicha obligación no sólo se circunscribe al caso de que se hubiese declarado un estado de excepción, pues la Defensa Nacional es permanente e integral; y, de otro, que el sentido de dicha cláusula no puede interpretarse como la de una disposición derogatoria de las demás garantías que la Constitución reconoce tanto a los órganos constitucionales autónomos, como a las personas, durante un estado de emergencia.

63. De modo que, al encontrarse todos obligados a participar en la Defensa Nacional, bajo un estado de normalidad o anormalidad constitucionales, la intervención estatal sobre cualesquiera de los derechos fundamentales y, en su caso, sobre los órganos constitucionales autónomos, no sólo ha de tener que encontrarse necesariamente acorde con esas garantías, derechos y principios constitucionales que los rigen, sino también sujetas a su inexorable conformidad con el test de razonabilidad y proporcionalidad.

64. No obstante, el mismo texto del inciso b) del artículo 5 de la Ley N.º 24150 puede ser interpretado de una forma distinta a la antes enunciada. Es decir, que allí no sólo se plantea que las Fuerzas Armadas asumirán la iniciativa de las acciones de coordinación, sino que la asumen, precisamente, con el objeto de que "aseguren" la participación de los sectores allí comprometidos, "ubicado en las zonas de emergencia, en la ejecución de los planes y directivas aprobados por el Ejecutivo (...)".

65. El verbo "asegurar" no sólo sugiere y evoca una simple coordinación, sino también "dejar firme y seguro; establecer y fijar sólidamente", y "poner en condiciones que imposibiliten la huida o la defensa" [Real Academia Española].

Si bien, como antes se ha dicho, el artículo 163º *in fine* de la Constitución obliga a todos a participar en la Defensa Nacional, de acuerdo a ley, esa responsabilidad no puede entenderse como una derogación de los derechos, garantías y principios que informan las relaciones entre el individuo y el Estado, ni tampoco de las garantías y principios de los órganos constitucionalmente autónomos. Y es que el control del orden interno corresponde principalmente a la Fuerza Pública, de modo que las obligaciones que se generen a partir de los planes y estrategias elegidas por el Ejecutivo para paliar los daños producto de la situación de conmoción, no pueden, bajo ningún concepto, desconocer el principio general de libertad, constitucionalizado en el ordinal a) del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución.

66. De ahí que, con independencia del contenido que pudieran tener esos "planes y directivas" aprobados por el Ejecutivo, el Tribunal Constitucional estima que es inconstitucional la frase "asegurar" que se emplea en el referido inciso b) del artículo 5º de la Ley N.º 24150. Por tanto, al día siguiente de la publicación de esta sentencia, el texto de la disposición subsistirá de la siguiente manera:

"Son atribuciones del Comando Político Militar:

(...)

b. Asumir la iniciativa de las acciones de coordinación para la participación de los sectores público y privado, ubicados en las zonas de Emergencia, en la ejecución de los planes y directivas aprobados por el Ejecutivo, a fin de lograr la pacificación nacional y la erradicación de la delincuencia terrorista y el narcotráfico."

3.6 La conducción de las acciones de desarrollo de las zonas bajo su jurisdicción

67. Asimismo, se ha demandado la inconstitucionalidad del inciso c) del artículo 5º de la Ley N.º 24150, modificado por el artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 749, cuyo texto es el siguiente:

"Son atribuciones del Comando Político Militar:

(...)

c) Conduce las acciones de desarrollo en las zonas bajo su jurisdicción. Para tal efecto, las autoridades políticas, las de los organismos públicos, las de los gobiernos regionales y locales, pondrán a disposición de éste, los recursos económicos, financieros, bienes y servicios, personal y otros que sean necesarios para el cumplimiento de su misión, orientados a lograr la erradicación de la subversión terrorista y el narcotráfico, a fin de asegurar la pacificación del país."

68. La actora alega que dicho precepto es inconstitucional porque afecta la autonomía de los gobiernos locales y regionales, consagrada en los artículos 192º y 195º de la Constitución, reformados por la Ley de Reforma Constitucional N.º 27860.

69. Al respecto, el Tribunal Constitucional considera que la declaración de un estado de emergencia, como medio para contrarrestar los efectos negativos de una situación extraordinaria, que pone en peligro la integridad y estabilidad estatal, no significa que, durante su vigencia, el poder militar pueda subordinar al poder constitucional y, en particular, que asuma las atribuciones y competencias que la Norma Suprema otorga a las autoridades civiles. Es decir, no tiene como correlato la anulación de las potestades y autonomía de los órganos constitucionales.

70. En primer lugar, porque tal disposición excede lo propio de la asunción de facultades para controlar el orden interno, que dispone el inciso 1) del artículo 137º de la Constitución. En efecto, cuando la Constitución autoriza, excepcionalmente, que las Fuerzas Armadas puedan asumir el control del orden interno, durante la vigencia de un estado de emergencia, no lo hace con el propósito de que en las zonas declaradas como tales se establezca, por decirlo así, una suerte de gobierno militar, en el que las autoridades civiles se encuentren subordinadas a aquél. El control del orden interno se circunscribe a la realización de las labores que normalmente corresponden a la Policía Nacional del Perú, esto es, restablecer

la seguridad ciudadana. Es decir, se trata de una competencia materialmente limitada.

71. De modo que cuando la Constitución autoriza a las Fuerzas Armadas para que asuman el control del orden interno durante un estado de emergencia, no es la competencia, en sí misma considerada, la que se modifica, sino el sujeto encargado de ejecutarla. Si en un supuesto de normalidad constitucional es la Policía Nacional la que "tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno [art. 166]; en uno de anormalidad constitucional, esto es, bajo un estado de emergencia, tales tareas (y no otras) son las que pueden confiarse a las Fuerzas Armadas, cuando así lo hubiese dispuesto el Presidente de la República y, por lo mismo, excepcionalmente [art. 137°, inciso 2), *in fine*].

72. Por ello, el Tribunal considera inconstitucional que se haya establecido, de manera general, que las autoridades políticas, las de los organismos públicos, las de los gobiernos regionales y locales, pongan a disposición de los Comandos Políticos Militares los recursos económicos, financieros, bienes y servicios, personal y otros que les sean necesarios para restablecer la paz.

73. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional considera que el inciso c) del artículo 5° de la Ley N.° 24150 violenta la autonomía de los gobiernos locales y regionales, al obligarlos a poner a disposición del Comando Político Militar sus recursos económicos, financieros, bienes y servicios, personal, etc. Ello porque se les termina colocando en una situación de subordinación y se les despoja de su potestad de autogobierno establecida en los artículos 192° y 195° de la Constitución. En suma, porque se impide que dichos gobiernos descentralizados puedan ejercer competencias y atribuciones constitucionalmente conferidas [STC N.° 0013-2003-AI/TC].

74. Sin embargo, se trata de una constatación de inconstitucionalidad de la norma bajo análisis condicionada a su aplicación a un estado de emergencia, y no se extiende al supuesto que se haya declarado un estado de sitio, en donde se amerita que todas las fuerzas vivas de la Nación unan esfuerzos y recursos para que sus Fuerzas Armadas repelan cualquier tipo de invasión al territorio nacional o afronten de manera eficaz una guerra externa, o cuando exista el peligro inminente de que se produzcan.

75. En los Fundamentos 29 y 35 de la STC N.° 0010-2002-AI/TC, este Tribunal sostuvo que los criterios de justificación para expedir las denominadas "sentencias interpretativas", eran los de "evitar crear vacíos y lagunas de resultados funestos para el ordenamiento jurídico", "evitar en lo posible la eliminación de disposiciones legales, para no propender a la creación de vacíos normativos que puedan afectar negativamente a la sociedad, con la consiguiente violación de la seguridad jurídica", y porque de por medio se encuentra el "principio de conservación de la ley".

76. Al respecto, el Tribunal Constitucional considera que la expulsión de dicha disposición del ordenamiento

jurídico, por su manifiesta inconstitucionalidad si su aplicación se efectúa durante un estado de emergencia, no generará una situación de vacío normativo; asimismo, tampoco producirá una norma implícita por virtud de la cual se entienda que tal competencia no puede ejercerla el Comando Político Militar durante la vigencia de un estado de sitio, dado que dicha competencia se encuentra claramente comprendida dentro de los alcances del artículo 8° de la misma Ley N.° 24150, que detalla las competencias del oficial de las Fuerzas Armadas que asuma el Comando Político Militar durante un estado de sitio [Cf. Fundamento N.° 64 y sgtes., *supra*].

77. Este Tribunal considera, por las razones expuestas, que también debe declararse la inconstitucionalidad del inciso c) del artículo 5° de la Ley N.° 24150.

3.7 La concertación de acciones con los diferentes sectores público y privado para el cumplimiento de los planes de pacificación y desarrollo

78. La actora manifiesta que es inconstitucional el inciso d) del artículo 5° de la Ley N.° 24150, modificado por el artículo 1° del Decreto Legislativo N.° 749, según el cual:

"Son atribuciones del Comando Político Militar:

(...)

d. Concertar acciones con los diferentes sectores público y privado, para el cumplimiento de los planes de Pacificación y Desarrollo aprobados para las zonas bajo su jurisdicción".

79. La demandante aduce que dicha disposición es inconstitucional porque desplaza a las autoridades locales o regionales de los asuntos que son de su competencia, vulnerando de ese modo los artículos 192° y 195° de la Constitución. Asimismo, sostiene que dicha disposición no puede entenderse en el sentido de que hace referencia a los planes nacionales de competencia del Ejecutivo en las zonas declaradas en emergencia, pues compromete las acciones de organismos constitucionales autónomos y de los ciudadanos. Finalmente, alega que la concertación de acciones para el desarrollo también excede el ámbito competencial derivado de la responsabilidad del control del orden interno. Y que si bien no se trata de negar la influencia que tiene el desarrollo local o regional en la seguridad pública, se trata de materias distintas, que determinan competencias diferenciadas.

80. Al respecto, en el Fundamento 21 de la STC N.° 0013-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional ha sostenido que entre los vicios que puede acarrear la declaración de inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley se encuentra la transgresión de los límites de orden competencial establecidos por la Constitución. Dicho límite se manifiesta de la siguiente manera:

(A). **Objetivo**, cuando la Constitución ha establecido que una determinada fuente es apta, o no, para regular una materia determinada. Esta modalidad de límite competencial, a su vez, puede ser de dos clases, según la permisión o prohibición que constitucionalmente se imponga a una fuente para regular una materia dada.

a) *Positivo*, "cuando la Constitución declara que determinada fuente formal es apta para regular una materia determinada. Así, por ejemplo, el artículo 106 de la Constitución precisa que la fuente denominada 'ley orgánica' es competente para regular solo la estructura y el funcionamiento de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional, esto es, 'las entidades del Estado previstas en la Constitución', así como todas las materias cuya regulación la Constitución ha reservado a tal fuente. De ahí que sería inconstitucional que una ley ordinaria pretenda regular materias reservadas a leyes orgánicas".

b) *Negativo*, "cuando la Constitución establece que determinadas fuentes formales del derecho no son aptas para regular determinadas materias. Así, por ejemplo, el penúltimo párrafo del artículo 74° de la Constitución prohíbe a la fuente denominada decretos de urgencia regular materia tributaria".

(B). **Subjetivo**, cuando la Constitución establece que determinado órgano es competente para expedir una fuente determinada o, en su caso, ejercer una competencia dada.

Desde este punto de vista, por ejemplo, es constitucionalmente inválido que el Poder Ejecutivo expida una "ley", pues la Norma Suprema ha previsto que el único órgano competente para expedirla es el Congreso de la República. Asimismo, sería inconstitucional que una ley determinada otorgase una atribución o competencia determinada a un órgano al que la Constitución no le confía la titularidad o el ejercicio de esa competencia o atribución.

81. Por cierto, la facultad de este Tribunal de declarar la inconstitucionalidad de una ley o una fuente de su rango, por violación del límite especificado en el fundamento anterior, no es una atribución que se hubiese arrogado *contra constitutionem*.

82. Como se sabe, el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución establece que la declaración de inconstitucionalidad de una ley puede originarse en una violación a ella, ya sea *por la forma o por el fondo*. Y si bien allí no se alude a una transgresión de orden competencial, como fundamento para declararse la inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley, inmediatamente ha de repararse que esta se encuentra *comprendida* dentro de los vicios de forma o de fondo, según sea el caso. Así, por ejemplo, si una materia sujeta a reserva de ley orgánica fuese aprobada por una simple ley "ordinaria", ésta podría ser declarada inconstitucional por adolecer de un vicio de forma, es decir, por no haber sido aprobada siguiéndose el procedimiento que la Constitución establece para la aprobación de las leyes orgánicas (art. 106°). Y, del mismo modo, podría igualmente declararse su inconstitucionalidad material, pues la ley hipotética en cuestión habría regulado una materia para la cual no tenía constitucionalmente competencia.

83. Pues bien, en el análisis de validez que ahora toca efectuar sobre el inciso d) del artículo 5° de la Ley N.°

24150, precisamente uno de los motivos aducidos por la Defensoría del Pueblo para que se declare la inconstitucionalidad de dicha disposición es la existencia de un vicio de competencia.

84. El Tribunal Constitucional comparte parcialmente dicho criterio. Como ya se ha expuesto precedentemente, habiéndose declarado un estado de emergencia, y dispuesto por el Presidente de la República que las Fuerzas Armadas asuman el control del orden interno, ello supone que las referidas instituciones castrenses realicen tareas destinadas a prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad, a saber: garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado; prevenir, investigar y combatir la delincuencia, y, en suma, restablecer la seguridad ciudadana.

85. Por tanto, si bien la tarea de "*Concertar acciones con los diferentes sectores público y privado, para el cumplimiento de los planes de Pacificación y desarrollo aprobados para las zonas bajo su jurisdicción*", no limita la autonomía de los gobiernos regionales y locales, ya que de dicha disposición no se desprende que las acciones destinadas al cumplimiento de los planes de pacificación y desarrollo interfieran o impidan el ejercicio de las competencias autónomas que la Constitución les reserva, sí comporta que el legislador ha otorgado a los institutos armados una competencia que la Constitución, en un estado de emergencia, no admite.

86. En efecto, si *concertar* significa pactar, ajustar, tratar, acordar una cuestión, entonces para que esta acción se pueda efectivizar es preciso que existan dos o más partes; que cada una de ellas exponga sus puntos de vista sobre un tema específico que se está analizando; y que se tome una decisión basada en el consenso al que hayan llegado luego de la discusión entre las partes.

87. Evidentemente, al tratarse el Comando Político Militar de un ente de las Fuerzas Armadas, y no tener la condición de deliberante, *per se*, no puede asumir funciones que son propias, en todo caso, del Presidente de la República

88. Si de actividades de concertación se trata, con el objeto de que se cumplan los planes de pacificación y desarrollo, estas deben ser efectuadas por quien tiene la condición de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, y tiene competencias para concertar y asumir decisiones de naturaleza estrictamente política.

89. En suma, a quien corresponde asumir y decidir las acciones concretas sobre temas de pacificación y desarrollo para *zonas de emergencia* es al Presidente de la República, y no a las Fuerzas Armadas, a través de su Comando Político Militar.

90. De manera que siendo, *mutatis mutandis*, aplicables las consideraciones esgrimidas en torno al inciso c) del artículo 5° de la Ley N.° 24150, el Tribunal Constitucional considera que debe declararse la inconstitucionalidad del inciso d) del mismo artículo de la referida Ley N.° 24150.

3.8 La facultad de los Comandos Políticos Militares de solicitar a los organismos competentes el cese, nombramiento o traslado de autoridades civiles

91. La actora también ha cuestionado la inconstitucionalidad del inciso e) del artículo 5° de la Ley N.° 24150. Dicha disposición establece que:

"Son atribuciones del Comando Político Militar:

(...)

e).- Solicitar a los organismos competentes el cese, nombramiento o traslado de las autoridades políticas y administrativas de su jurisdicción en caso de negligencia, abandono, vacancia o impedimento para cumplir sus funciones".

92. A su juicio, el mandato de no deliberancia de las Fuerzas Armadas veda constitucionalmente dicha atribución, la cual, además, vulnera el segundo párrafo del inciso 20) del artículo 2° de la Constitución, dado que "es inevitable asumir cierta imperatividad en las solicitudes de una fuerza armada, más aún cuando ésta está investida de facultades cuasi gubernativas" (sic).

93. En los Fundamentos N.°s 46 al 54 de esta sentencia, se ha expuesto el sentido constitucional con el que debe entenderse el *telos* del artículo 169° de la Constitución de 1993, esto es, que las Fuerzas Armadas no tienen carácter deliberante. Como allí se ha expuesto, entre otras cosas, lo vedado constitucionalmente no es que las Fuerzas Armadas opinen sobre temas que les atañen, sino que esa opinión institucional se canalice conforme a cánones ajenos a una institución regida por los principios de disciplina y jerarquía; o que se considere que su opinión institucional es obligatoria o, en su caso, vinculante sobre los órganos a quienes les corresponde constitucionalmente adoptar determinado tipo de decisiones.

94. De ahí que una de las exigencias derivadas del carácter no deliberante de las Fuerzas Armadas sea el que sus opiniones institucionales se emitan dentro de las instancias jerárquicas que los comandan, y siempre que las autoridades competentes las hubiesen requerido.

95. El inciso e) del artículo 5° de la Ley impugnada no dispone que el Comando Político Militar tenga como atribución evacuar los informes que correspondan, a solicitud del Presidente de la República, respecto del abandono, vacancia o impedimento en los que hayan incurrido determinadas autoridades políticas y administrativas. Por el contrario, establece que, por sí mismos, pueden solicitar a los organismos competentes el cese, nombramiento o traslado de dichas autoridades. Esta facultad de "solicitar" a los organismos competentes, como expresa la demandante, efectivamente constituye una modalidad institucional de ejercicio del derecho de petición, en los términos prohibidos por el segundo párrafo del inciso 20) del artículo 2° de la Constitución.

96. Asimismo, la facultad de solicitar el "cese" o "traslado de autoridades", "en caso de negligencia" o "impedimento", transgrede el mandato constitucional de no deliberancia de las Fuerzas Armadas, puesto que

supone que el Comando Político Militar realice una valoración sobre la manera cómo se ejercita una atribución o competencia que, en principio, no figura entre las labores propias del control del orden interno. Igualmente es inconstitucional que el Comando Político Militar pueda solicitar el "nombramiento" de una autoridad política o administrativa, pues ello comporta la realización de un juicio de valor sobre la idoneidad de un sujeto que, en principio, es ajeno a las Fuerzas Armadas, para asumir determinadas funciones políticas y administrativas, que tampoco son de su competencia.

97. De la misma manera, el Tribunal Constitucional considera que contraviene el artículo 169° de la Constitución la atribución al Comando Político Militar de la facultad de solicitar el cese de una autoridad administrativa o política por abandono del cargo, o, en su caso, después de constatado aquello, el nombramiento de uno nuevo, pues, igualmente, se trata de una competencia que no se encuentra dentro de los alcances del control del orden interno. Asimismo, es inválido que la disposición analizada haya previsto la facultad de solicitar el cese o, en su caso, el nombramiento de una nueva autoridad política, por vacancia, puesto que tratándose de autoridades cuyo acceso está sujeto a las reglas del principio democrático, el modo de nombramiento y las formas de reemplazarlo no forman parte de la tarea constitucionalmente asignada de controlar el orden interno.

98. Evidentemente, el Tribunal no desconoce que en muchas zonas del país, tras el azote criminal de las bandas terroristas, muchas autoridades, políticas y administrativas, se vieron obligadas a abandonar sus cargos. Y que la inexistencia de autoridades impedía alcanzar la pacificación en la zona declarada en emergencia. En todo caso lo que se objeta es la inconstitucionalidad del medio empleado por el legislador, esto es, atribuirle al Comando Político Militar facultades que no se condicen con su carácter no deliberante y con la prohibición de ejercer institucionalmente el derecho de petición, pese a existir otros medios con los cuales se puede alcanzar idéntico fin.

Por ello, el Tribunal considere que deba declararse la inconstitucionalidad del inciso e) del artículo 5° de la Ley N.° 24150.

3.9 La publicación de las disposiciones políticas y administrativas aprobadas por el Poder Ejecutivo

99. Igualmente, se ha cuestionado la constitucionalidad del inciso h) del artículo 5° de la Ley N.° 24150, que establece que:

"Son atribuciones del Comando Político Militar:

(...)

h.- Publicar las disposiciones político administrativas aprobadas por el Poder Ejecutivo para el desenvolvimiento de las actividades de la población, mediante bandos que son difundidos por los medios de comunicación social estatales y privados, avisos y carteles fijados en lugares públicos".

100. Sobre el particular, este Colegiado estima que no es inconstitucional que mediante el inciso h) del artículo 5° de la Ley N.° 24150 se haya establecido que los Comandos Político Militares publiquen "las disposiciones político administrativas aprobadas por el Poder Ejecutivo para el desenvolvimiento de las actividades de la población, mediante bandos que son difundidos por los medios de comunicación social estatales y privados, avisos y carteles fijados en lugares públicos".

101. La labor de publicación no es de suyo irrazonable o desproporcionada, si se tiene en cuenta que lo que se difunde son disposiciones aprobadas por el Ejecutivo, de modo que la atribución conferida al Comando Político Militar apenas si se traduce en la de ser un comisionado del Ejecutivo para que, en la zona declarada en emergencia, publique las susodichas disposiciones, *con independencia de su publicación en el diario oficial, de aquellas disposiciones normativas que, para adquirir vigencia, lo requieran*. Por decirlo así, en tal circunstancia, el Comando Político Militar actúa como un canal de comunicación entre el Gobierno y la población.

102. Asimismo, este Tribunal considera que tal medida es conforme y compatible con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a ser informado en su dimensión colectiva. En efecto, un deber primordial del Estado es garantizar que las personas que se encuentran en las zonas declaradas en emergencia conozcan las medidas adoptadas por los órganos competentes destinadas a pacificar esa parte del territorio nacional. Y es que justamente durante estas situaciones especiales es cuando se expiden medidas extraordinarias, legislativas, administrativas, etc., que por su propio carácter no son predecibles para la población, precisamente porque quebrantan la situación de normalidad constitucional.

103. Es, pues, necesario que el Estado garantice que la población de las zonas en emergencia se mantenga informada de dichas medidas gubernamentales, ya sea a través de los medios de prensa escritos, televisivos, radiales, o de cualquier otro medio de comunicación.

§4. Las competencias de las Fuerzas Armadas durante el estado de sitio

104. La actora considera que es inconstitucional el artículo 8° de la Ley N.° 24150. Dicho precepto establece que:

"En el estado de sitio, el oficial de las Fuerzas Armadas que asuma el Comando Político Militar adoptará, en el ámbito de su jurisdicción, las medidas siguientes: la ejecución de las actividades de movilización; la ejecución de las actividades de Defensa Civil; la seguridad territorial; y la acción de gobierno y control político administrativo. Todas ellas para asegurar el normal desarrollo de las actividades de la población y de apoyo de las operaciones militares".

105. Al respecto, este Tribunal estima que, dado que los supuestos fácticos que ameritan que se declare la vigencia de un estado de sitio, son distintos y más graves que los que corresponden a un estado de emergencia, es

constitucionalmente lícito que el legislador establezca una diferenciación en el diseño de las competencias que se puedan otorgar a las Fuerzas Armadas, para repelerlos y contrarrestarlos.

106. Ahora bien, el que se trate de supuestos de guerra externa, guerra civil, invasión, o peligro inminente de que se produzcan, no significa que la Constitución quede sujeta a una suerte de *vacatio constitutionis*. El Tribunal Constitucional estima que esa no es una interpretación constitucionalmente adecuada del estado de sitio y, por extensión, de las atribuciones que, en ese contexto, se confieran a las Fuerzas Armadas.

107. Así planteado el asunto, queda por absolver si, aun en un estado de sitio, es posible que, en el ámbito de su jurisdicción, el oficial de las Fuerzas Armadas que asuma el Comando Político Militar pueda adoptar medidas relativas a la "acción de gobierno y control político administrativo".

108. A juicio del Tribunal Constitucional, la respuesta es negativa. Y es que la adopción de medidas relativas a la acción de gobierno, aun en ese ámbito de su jurisdicción (estado de sitio), es de competencia excluyente del Presidente de la República, en su condición de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, o de quien haga sus veces, si es que éste estuviera en la imposibilidad material de asumirla.

109. Ello porque ni siquiera las graves circunstancias que justifican la declaración de un estado de sitio son motivos legítimos para que se instaure lo que, en rigor, constituiría un gobierno militar. Si el mantenimiento del Estado, el gobierno y sus instituciones democráticas son los objetivos principales de las Fuerzas Armadas cuando actúan defendiendo el territorio nacional, tales fines no pueden propenderse justamente anulándolos. Por ello, no es constitucionalmente lícito que el oficial de las Fuerzas Armadas que asuma el Comando Político Militar adopte "acciones de gobierno y de control político administrativo", por lo que deberá declararse inconstitucional la frase entrecuadrada, quedando subsistente dicho artículo 8° de la siguiente forma:

"En el estado de sitio, el oficial de las Fuerzas Armadas que asuma el Comando Político Militar adoptará, en el ámbito de su jurisdicción, las medidas siguientes: la ejecución de las actividades de movilización; la ejecución de las actividades de Defensa Civil; la seguridad territorial. Todas ellas para asegurar el normal desarrollo de las actividades de la población y de apoyo de las operaciones militares".

§5. La justicia militar y los delitos de función

110. Se aduce también que es inconstitucional el artículo 10° de la Ley N.° 24150. Dicho precepto establece que:

"Los miembros de las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales, así como todos aquellos que estén sujetos al Código de Justicia Militar que se encuentren prestando servicios en las zonas declaradas en estado de excepción, quedan sujetos a la aplicación del mencionado código.

Las infracciones tipificadas en el Código de Justicia Militar que cometan en el ejercicio de sus funciones son de competencia del fuero privativo militar, salvo aquellas que no tengan vinculación con el servicio".

111. A efectos de pronunciarnos sobre esta materia cabe efectuar algunas precisiones teóricas, las mismas que a continuación se desarrollan.

5.1 Los principios de unidad y exclusividad jurisdiccional

112. Según el artículo 138° de la Constitución, la potestad de administrar justicia emana del pueblo, y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos. Entre los principios que rigen la administración de justicia se encuentran, entre los que aquí interesa resaltar, los denominados de unidad y exclusividad.

113. El principio de unidad de la función jurisdiccional es, esencialmente, una parte basilar de carácter organizativo, que se sustenta en la naturaleza indivisible de la jurisdicción, como expresión de la soberanía. Según ésta, la plena justiciabilidad de todas las situaciones jurídicamente relevantes han de estar confiadas a un único cuerpo de jueces y magistrados, organizados por instancias, e independientes entre sí, denominado "Poder Judicial".

114. Evidentemente, ello no quiere decir que en el seno del Poder Judicial no se puedan establecer "secciones especializadas", que se sustenten en razones objetivas y razonables destinadas a optimizar la prestación de tutela jurisdiccional, como pueden ser los criterios de materia, territorio, cuantía, etc.

115. En suma, en su sentido orgánico, el principio de unidad garantiza la exigencia de que los juzgados y tribunales formen un único cuerpo organizado, con un gobierno común, organizados por instancias o niveles funcionales de actuación, independientes entre sí.

116. El principio de exclusividad, que en algunos ordenamientos jurídicos forma parte del principio de unidad, es directamente tributario de la doctrina de la separación de poderes, en virtud de la cual las diversas funciones jurídicas del Estado deben estar distribuidas en órganos estatales disímiles y diferenciados, siendo también distintos los funcionarios jurisdiccionales a quienes se ha confiado su ejercicio.

En ese sentido, el principio de *exclusividad* afecta, de un lado, al *status* jurídico de los magistrados y, por otro, al orden funcional del órgano de la jurisdicción ordinaria.

117. De acuerdo con el primero, los jueces que forman parte del Poder Judicial están dedicados única y exclusivamente a ejercer la *juris dictio*, esto es, a ejercer funciones de naturaleza judicial, de modo que el ejercicio de la función que se les confía a los jueces y magistrados es incompatible con cualquier otra actividad pública y privada, con la única excepción de la docencia universitaria, y siempre que ella se ejerza fuera del horario de trabajo judicial, como precisa el artículo 146° de la Norma Suprema.

118. De acuerdo con el segundo, sólo el Poder Judicial ejerce la función jurisdiccional del Estado, sin que algún otro poder público pueda avocarse el ejercicio de dicha función. Así, es el Poder Judicial, en principio, el único de los órganos estatales a quien se ha confiado la protección jurisdiccional de las situaciones subjetivas y de los intereses y bienes jurídicamente relevantes, no pudiéndose establecer ninguna jurisdicción independiente (artículo 139° inc. 1), o que otros órganos realicen el juzgamiento de materias confiadas a él ya sea por comisión o por delegación, o por "órganos jurisdiccionales de excepción o comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación" [inc. 1) y 3), art. 139° de la Constitución].

5.2 El principio de exclusividad y las jurisdicciones especializadas

119. El principio de exclusividad de la función jurisdiccional debe concordarse con el tratamiento constitucional que la Norma Suprema, *in toto*, brinda al ejercicio de la función jurisdiccional.

120. Desde este punto de vista, conviene precisar que de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del inciso 1) del artículo 139° de la Constitución, una de esas excepciones al principio de exclusividad y unidad, está representada por la existencia de la denominada "jurisdicción militar". Asimismo, debe advertirse que los principios de unidad y exclusividad judicial tampoco niegan la existencia de "jurisdicciones especializadas", como las confiadas al Tribunal Constitucional o al Jurado Nacional de Elecciones.

121. En suma, las excepciones previstas a los principios de unidad y exclusividad, en el segundo párrafo del inciso 1) del artículo 139° de la Constitución, no son las únicas constitucionalmente admisibles. Al lado de la jurisdicción militar y arbitral, existen otras *jurisdicciones especializadas*, es decir organismos de naturaleza jurisdiccional que administran un tipo de justicia especializada, como la constitucional y la electoral.

122. Evidentemente, la existencia de jurisdicciones especializadas no debe ni puede entenderse como sinónimo de lo que propiamente constituye una "jurisdicción de excepción". Con este último concepto se alude a órganos *ad hoc*, creados para realizar el juzgamiento de un determinado conjunto de conductas, normalmente de naturaleza política, y que no pertenecen a la estructura del Poder Judicial, por lo que se encuentran prohibidos por la Norma Suprema.

5.3 Los alcances funcionales de la jurisdicción ordinaria. Sus relaciones con las jurisdicciones especializadas

123. Que la Constitución admita la tesis de que existen algunas jurisdicciones especializadas que comparten el ejercicio de la impartición de tutela judicial con el Poder Judicial, no implica que los linderos entre ésta y aquéllas aparezcan como difusas, y que, en consecuencia, se haya dejado librada a la decisión del legislador la determinación del ámbito de actuación de cada una de ellas.

124. Al respecto, debe precisarse que el ámbito de funcionamiento de los órganos que imparten justicia especializada se encuentra determinado por estrictos criterios materiales, en tanto que en el caso del Poder Judicial, este es competente para conocer de todas aquellas controversias de índole jurídica que no sean susceptibles de ser conocidas y resueltas por los órganos que ejercen jurisdicción especializada.

125. Desde esta perspectiva, entonces, el ámbito de la jurisdicción ordinaria es de naturaleza global o totalizadora, mientras que el que corresponde a las jurisdicciones especializadas, es de naturaleza restringida, determinable a partir de la competencia que la Constitución les ha asignado.

5.4 La jurisdicción militar y los principios de unidad y exclusividad jurisdiccional

126. Como se ha sostenido, el inciso 1) del artículo 139° de la Constitución establece que la existencia de la jurisdicción militar constituye una excepción a los principios de unidad y exclusividad judicial. Con independencia de que en la STC N.° 0023-2003-AI/TC, aun pendiente de expedirse, tengamos que centrarnos en los alcances constitucionales de la norma legal que regula la configuración orgánica de la jurisdicción militar, es pertinente ahora analizar los límites constitucionales de la actuación funcional de la jurisdicción militar.

127. Como se sabe, la Constitución asigna a la jurisdicción militar la tarea de juzgar a aquellos militares o policías que, en el ejercicio de sus funciones, hayan cometido delitos de función. Dicha determinación del ámbito competencial de la jurisdicción militar, concretamente, está consignada en el artículo 173° de la Norma Suprema, a tenor del cual:

"En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de este no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte".

5.5 El delito de función

128. La primera parte del artículo 173° de la Constitución delimita materialmente el ámbito de actuación competencial de la jurisdicción militar, al establecer que, en su seno, sólo han de ventilarse los delitos de función en los que incurran los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

129. Así, la Constitución excluye e impide que dicho ámbito de competencia se determine por la mera condición de militar o policía.

La justicia castrense no constituye un "fuero personal" conferido a los militares o policías, dada su condición de miembros de dichos institutos, sino un "fuero privativo" centrado en el conocimiento de las infracciones cometidas por estos a los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

En ese orden de ideas, no todo ilícito penal cometido por un militar o policía debe o puede ser juzgado en el seno de la justicia militar, ya que si el ilícito es de naturaleza común, su juzgamiento corresponderá al Poder Judicial, con independencia de la condición de militar que pueda tener el sujeto activo.

130. Asimismo, constitucionalmente tampoco es lícito que se determine tal competencia a partir de la sola referencia al sujeto pasivo que resulta afectado por la conducta ilícita del sujeto activo, es decir, que el agraviado sea un militar, policía, o la propia institución. La Constitución proscribire, por ejemplo, que civiles que eventualmente puedan ocasionar agravios sobre bienes jurídicos de las instituciones castrenses o de la Policía Nacional, puedan ser sometidos a los tribunales militares. En ese sentido, en la STC N.° 0010-2001-AI/TC, se estableció que los civiles no pueden ser sometidos al fuero militar, así estos hayan cometido los delitos de traición a la patria o terrorismo, pues de la interpretación de la segunda parte del artículo 173° de la Norma Suprema sólo se desprende la posibilidad de que en su juzgamiento se apliquen las disposiciones del Código de Justicia Militar, siempre que la ley respectiva así lo determine, y, desde luego, que tales reglas procesales sean compatibles con las derechos constitucionales de orden procesal.

131. Finalmente, al haberse delimitado que el ámbito competencial de la jurisdicción militar es específicamente la comisión de un delito de función, la Norma Suprema también ha prohibido que en esa determinación de la competencia un elemento decisivo pueda estar constituido por el lugar en que se cometa el delito. Por ende, "(...) No basta que el delito se cometa en acto de servicio, o con ocasión de él, o en lugar militar: es menester que afecte por su índole a las fuerzas armadas como tales (...)" [Germán Bidart Campos, "El status constitucional de las Fuerzas Armadas en Argentina", en José Palomino Manchego y José Carlos Remotti, *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, Editorial Grigley, Lima 1997].

132. El delito de función se define como "aquella acción tipificada expresamente en la Ley de la materia, y que es realizada por un militar o policía en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales".

133. Tal acto, sea por acción u omisión, debe afectar necesariamente un bien jurídico "privativo" de la institución a la que pertenece el imputado; es decir, que la naturaleza del delito de función no depende de las circunstancias de hecho, sino del carácter de interés institucionalmente vital, que se ve afectado mediante un acto perpetrado por un efectivo militar o policial en actividad.

134. Dicho bien tiene la singularidad de ser sustancialmente significativo para la existencia, operatividad y cumplimiento de los fines institucionales. La tutela anteriormente señalada debe encontrarse expresamente declarada en la ley.

Entre las características básicas de los delitos de función se encuentran las siguientes:

A). En primer lugar, se trata de afectaciones sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan. Se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia organizativa, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses.

Para ello es preciso que la conducta considerada como antijurídica se encuentre prevista en el Código de Justicia Militar. Ahora bien, no es la mera formalidad de su recepción en dicho texto lo que hace que la conducta antijurídica constituya verdaderamente un delito de función. Para que efectivamente pueda considerarse un ilícito como de "función" o "militar", es preciso que:

i. Un militar o policía haya infringido un deber que le corresponda en cuanto tal; es decir, que se trate de la infracción de una obligación funcional, por la cual el efectivo estaba constraído a mantener, o a realizar, o no realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valioso por la ley; además, la forma y modo de su comisión debe ser incompatible con los principios y valores consagrados en el texto fundamental de la República (deber militar).

Por ende, no se configura como infracción al deber militar o policial la negativa al cumplimiento de órdenes destinadas a afectar el orden constitucional o los derechos fundamentales de la persona.

ii. Con la infracción del deber militar, el autor haya lesionado un bien jurídico militar que comprometa las funciones constitucionales y legalmente asignadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.

iii. La infracción revista cierta gravedad y justifique el empleo de una conminación y una sanción penal.

B). En segundo lugar, el sujeto activo del ilícito penal-militar debe ser un militar o efectivo policial en situación de actividad, o el ilícito debe ser cometido por ese efectivo cuando se encontraba en situación de actividad. Evidentemente, están excluidos del ámbito de la jurisdicción militar aquellos que se encuentran en situación de retiro, si es que el propósito es someterlos a un proceso penal-militar por hechos acaecidos con posterioridad a tal hecho.

C). En tercer lugar que, cometido el ilícito penal que afecta un bien jurídico protegido por las instituciones castrenses o policiales, este lo haya sido en acto del servicio; es decir, con ocasión de él.

5.6 El control de validez del artículo 10° de la Ley N.° 24150

135. Como se ha expuesto, la actora afirma que el artículo 10° de la Ley N.° 24150 es incompatible con el artículo 173° de la Constitución, dado que mediante dicha disposición se habría establecido la competencia de la jurisdicción militar en función del lugar de la comisión del delito y por la calidad del agente que lo comete. A su juicio, la

asignación de tal competencia en función del lugar donde se cometa el delito, se desprendería de la primera parte del impugnado artículo, según el cual:

"Los miembros de las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales, así como todos aquellos que estén sujetos al Código de Justicia Militar que se encuentren prestando servicios en las zonas declaradas en estado de excepción, quedan sujetos a la aplicación del mencionado código (subrayado nuestro).

136. El Tribunal Constitucional considera que sobre dicha fracción dispositiva es posible inferir, cuando menos, dos sentidos interpretativos. A saber:

a. En primer lugar, si es que se hace abstracción de la frase subrayada en la disposición [en la forma como se ha efectuado en el fundamento anterior], una primera norma o sentido interpretativo sería el siguiente: "quienes tienen la condición de miembros de las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales están sujetos a la aplicación del Código de Justicia Militar".

b. En segundo lugar, también están sujetos a la aplicación del Código de Justicia Militar y, por tanto, al fuero privativo, los miembros de las Fuerzas Armadas o Policiales "que se encuentren prestando servicios en las zonas declaradas en estado de excepción".

137. En ambos casos, el Tribunal Constitucional considera que se trata de sentidos interpretativos manifiestamente inconstitucionales. El primero, porque condiciona la aplicación del Código de Justicia Militar y, por tanto, habilita la competencia del fuero privativo, por el simple hecho de tener la condición de miembro de las Fuerzas Armadas o las Fuerzas Policiales [*ratione personae*]. El segundo porque, además de la calidad del agente, condiciona la aplicación del Código de Justicia Militar y, por tanto, habilita la competencia del fuero privativo en atención al lugar en que se cometa el delito (*ratione loci*); esto es, por establecer que un miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional estará sometido al fuero militar y le será aplicable el referido Código, si es que se encuentra prestando servicios en las zonas declaradas en estado de excepción.

138. De manera que, como se ha expuesto, al ser ambos criterios incompatibles con el artículo 173° de la Constitución, debe declararse la inconstitucionalidad de esta fracción de la disposición impugnada.

139. En cambio, no se encuentra en la misma situación la segunda parte de la misma disposición, la cual establece que: "(...) Las infracciones tipificadas en el Código de Justicia Militar que [se] cometan en el ejercicio de sus funciones son de competencia del fuero privativo militar, salvo aquellas que no tengan vinculación con el servicio", ya que, con independencia de que este Tribunal tenga pendiente de resolver la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el Código de Justicia Militar, *prima facie* no considera que sea inconstitucional que se establezca, de modo general, que será de competencia del fuero privativo militar el juzgamiento y la sanción

por las infracciones que se encuentren previstas en dicho Código, salvo aquellas que no tengan vinculación con el servicio. Y es que, tratándose de un cuerpo normativo en el que, en principio, deben tipificarse las conductas antijurídicas que afectan bienes jurídicos castrenses o policiales, evidentemente su juzgamiento, y eventual sanción, es competencia de la jurisdicción militar.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda; en consecuencia:

a) Inconstitucionales los incisos c), d) y e) del artículo 5°, modificados por el Decreto Legislativo N.° 749, y el artículo 11° de la Ley N.° 24150.

b) Inconstitucional la frase "político" del artículo 4° de la Ley N.° 24150; de modo que dicho artículo 4° se mantendrá con el siguiente texto:

"El control del orden interno en las zonas de emergencia es asumido por un Comando Militar que está a cargo de un Oficial de Alto Rango designado por el Presidente de la República, a propuesta del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, quien desempeña las funciones inherentes al cargo que establece la presente ley en el ámbito de su jurisdicción, de acuerdo con las directivas y planes de emergencia aprobados por el Presidente de la República".

c) Inconstitucional la frase "asegurar" del inciso b) del artículo 5° de la Ley N.° 24150, modificado por el Decreto Legislativo N.° 749, subsistiendo dicho inciso de la siguiente manera:

"b. Asumir la iniciativa de las acciones de coordinación para la participación de los sectores público y privado, ubicados en las zonas de emergencia, en la ejecución de los planes y directivas aprobados por el Ejecutivo, a fin de lograr la Pacificación Nacional y la erradicación de la delincuencia terrorista y el narcotráfico".

d) Inconstitucional la frase "(...) y la acción de gobierno y control político administrativo" del artículo 8° de la Ley N.° 24150, el cual se mantiene con el siguiente enunciado lingüístico:

"Art. 8. En el estado de sitio, el oficial de las Fuerzas Armadas que suma el Comando Político Militar adoptará, en el ámbito de su jurisdicción, las medidas siguientes: la ejecución de las actividades de movilización; la ejecución de las actividades de Defensa Civil; la seguridad territorial. Todas ellas para asegurar el normal desarrollo de las actividades de la población y de apoyo de las operaciones militares".

e) Inconstitucional el párrafo "Los miembros de las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales, así como todos aquellos que estén sujetos al Código de Justicia Militar que se encuentran prestando servicios en las zonas declaradas en estado de excepción, quedan sujetos a la aplicación del mencionado Código" del artículo 10° de la referida Ley N.° 24150. En consecuencia, dicho artículo 10° subsiste con el siguiente texto:

"Art. 10. Las infracciones tipificadas en el Código de Justicia Militar que cometan en el ejercicio de sus funciones son de competencia del fuero privativo militar, salvo aquellas que no tengan vinculación con el servicio".

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene, disponiendo que el artículo 2° de la Ley N.° 24150 se interprete conforme a los Fundamentos N.°s 41 y 42 de esta sentencia.

3. **EXHORTAR** a los poderes públicos para que dicten las disposiciones legales de naturaleza económica a favor de las Fuerzas Armadas, teniendo en cuenta lo expuesto en el Fundamento 30 de esta sentencia, en aras de asegurar el cabal cumplimiento de lo establecido en los artículos 137° y 163° de la Constitución.

Dispone la notificación a las partes, la publicación de esta sentencia en el diario oficial *El Peruano* y de su parte resolutive en otro diario de circulación nacional; y el archivamiento del proceso.

SS.

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA**

Exp. N° 0004-2004-AI/TC, 0011-2004-AI/TC, 0012-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, 0014-2004-AI/TC, 0015-2004-AI/TC, 0016-2004-AI/TC y 0027-2004-AI/TC (acumulados) [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Abogados del Cusco. Se declara la inconstitucionalidad del último párrafo del artículo 17° de la Ley N° 28194, Ley para la Lucha contra la Evasión y para la Formalización de la Economía (ITF)].

Fecha de Resolución: 21 de setiembre de 2004

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 27 de setiembre de 2004

Resumen: A través de esta sentencia el Tribunal Constitucional (TC) declaró fundada en parte la demanda promovida por el Colegio de Abogados del Cusco, de Huaura, Ica, Ayacucho, Huánuco, Pasco, entre otros y más de cinco mil ciudadanos y el Colegio de Contadores de Loreto, contra el Impuesto a las Transacciones Financieras (ITF), y, en consecuencia, declaró inconstitucional el último párrafo del Artículo 17° de la Ley N° 28194, por considerarlo incompatible con el principio de razonabilidad y proporcionalidad.

El TC señaló que, al franquear a la SUNAT el conocimiento de operaciones en el sistema financiero exoneradas del ITF, sin que medie una decisión judicial del Fiscal de la Nación o de una comisión investigadora del Congreso, se quiebra el nexo lógico que auspiciaba la intervención de la entidad competente en materia tributaria; esto es, la existencia de una operación gravada.

Así, pues, considera que al quebrarse el nexo relacional entre la aplicación de un impuesto temporal (el ITF) y el traslado de información a la SUNAT a que tal aplicación da lugar, el último párrafo del mencionado artículo 17° de la Ley N° 28194 afecta el subprincipio de necesidad correspondiente a todo test de proporcionalidad, por cuanto ello implicaría que la posibilidad de que la SUNAT administre información protegida por el secreto bancario se extienda sin límite de tiempo.

En consecuencia, el TC declaró que a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano dicho párrafo quedaría sin efecto en nuestro ordenamiento jurídico.

En lo demás, la demanda contra la Ley N° 28194 fue declarada infundada.

Del mismo modo, fueron declaradas improcedentes las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra el Decreto Legislativo N° 939, y su modificatoria, el Decreto Legislativo N° 947. Sin perjuicio de dejar expedita la facultad de los jueces ordinarios de inaplicar el ITF, en los casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento, si fuera acreditado el efecto confiscatorio del impuesto a la luz de la capacidad económica de los sujetos afectados.

La sentencia precisó que respecto a la alegada afectación del principio de no confiscatoriedad de los tributos, si bien se encuentra en capacidad de confirmar la constitucionalidad de la ley impugnada desde un punto de vista abstracto (único que cabe en un proceso de inconstitucionalidad), no se puede descartar la posibilidad de que tal inconstitucionalidad sea verificable en el análisis de determinados casos concretos.

Los demandantes consideraban que las normas impugnadas vulneraban los derechos a la libertad de contratar y de propiedad, el secreto bancario, el principio de la no confiscatoriedad de los tributos y la obligación constitucional conferida al Estado de fomentar y garantizar el ahorro. Los demandantes también alegaban que el llamado ITF era una norma antitécnica.

Al respecto el TC señaló con suma claridad que tal alegación de "antitecnicismo" no puede merecer atención en un proceso de control de constitucionalidad de las leyes, sino tan solo su compatibilidad formal o material de la ley con la carta fundamental.

De otro lado, en uno de sus fundamentos el TC consideró que el objetivo de la llamada "bancarización" es el de formalizar las operaciones económicas con participación de las empresas del sistema financiero para mejorar los sistemas de fiscalización y detección de fraude tributario. A tal propósito coadyuva el ITF, al que a su vez como todo tributo le es implícito el propósito de contribuir con los gastos públicos, como una manifestación del principio de solidaridad que se encuentra consagrado implícitamente en la cláusula que reconoce al Estado peruano como un estado social de Derecho.

Se trata de reglas de orden público tributario, orientadas a finalidades plenamente legítimas, cuales son: contribuir, de un lado, a la detección de aquellas personas que, dada su carencia de compromiso social, rehúyen la potestad tributaria del Estado, y, de otro lado, a la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, mediante la contribución equitativa al gasto social.

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

Temas Claves: Bancarización - impuesto a las transacciones financieras (ITF) y derecho de propiedad - ITF y libertad contractual - ITF y principio de no confiscatoriedad de los tributos - ITF y promoción del ahorro - ITF y secreto bancario.

EXPS. N.º 0004-2004-AI/TC
N.º 0011-2004-AI/TC, N.º 0012-2004-AI/TC
N.º 0013-2004-AI/TC, N.º 0014-2004-AI/TC
N.º 0015-2004-AI/TC, N.º 0016-2004-AI/TC Y
N.º 0027-2004-AI/TC (ACUMULADOS)

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS
DEL CUSCO Y OTROS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de setiembre de 2004, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Alva Orlandini y, por sus propios fundamentos con el voto singular de la magistrada Revoredo Marsano

ASUNTO

Demandas de inconstitucionalidad interpuestas por el Colegio de Abogados del Cusco, el Colegio de Abogados de Huaura, más de 5000 ciudadanos, el Colegio de Contadores Públicos de Loreto, el Colegio de Abogados de Ica, el Colegio de Economistas de Piura y el Colegio de Abogados de Ayacucho, a las que se han adherido el Colegio de Abogados de Huánuco y Pasco, el Colegio de

Abogados de Puno, el Colegio de Abogados de Ucayali y el Colegio de Abogados de Junín, contra los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º, 17º, 18º, 19º y 20º del Decreto Legislativo N.º 939 —Ley de medidas para la lucha contra la evasión y la informalidad—, y, por conexión, contra su modificatoria, el Decreto Legislativo N.º 947, que regulan la denominada "bancarización" y crean el Impuesto a las Transacciones Financieras (en adelante ITF); así como contra los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º, 17º, 18º y 19º de la Ley N.º 28194 —Ley para la lucha contra la evasión y para la formalización de la economía—, que subroga los referidos Decretos Legislativos.

DEMANDAS CONTRA LOS DECRETOS LEGISLATIVOS N.ºS 939 Y 947

A) Antecedentes

El Colegio de Abogados del Cusco, con fecha 19 de enero de 2004, interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º y 16º del Decreto Legislativo N.º 939 —Ley de medidas para la lucha contra la evasión y la informalidad—, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de diciembre de 2003, y contra el Decreto Legislativo N.º 947, que modifica el Decreto Legislativo N.º 939, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 27 de enero de 2004, por considerarlos contrarios a la Constitución Política del Estado, ya que vulneran los derechos a la libertad de contratar y de propiedad, el secreto bancario,

el principio de no confiscatoriedad de los tributos, y la obligación constitucional conferida al Estado de fomentar y garantizar el ahorro.

Con fecha 5 de febrero de 2004, el Colegio de Abogados de Huaura interpone acción de inconstitucionalidad contra los mismos artículos del Decreto Legislativo N.º 939, por atentar contra los derechos mencionados en el párrafo anterior.

Más de 5 mil ciudadanos, con fecha 12 de febrero de 2004, interponen demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 939, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los ya precitados artículos, del artículo 20º, y, por conexión del Decreto Legislativo N.º 947 y el Decreto Supremo N.º 190-2003-EF, por violar, además de los derechos ya citados, la libertad de empresa, comercio e industria y el principio de no retroactividad de la ley; asimismo, porque desprotegen a los consumidores y usuarios, y porque el Poder Ejecutivo ha legislado sobre materias para las que no se le delegó facultades.

El Colegio de Contadores Públicos de Loreto, con fecha 16 de febrero de 2004, interpone acción de inconstitucionalidad contra los mencionados artículos del Decreto Legislativo N.º 939, por los mismos argumentos utilizados por el Colegio de Abogados del Cusco.

El Colegio de Abogados de Ica, con fecha 16 de febrero de 2004, interpone demanda de inconstitucionalidad contra los Decretos Legislativos N.ºs 939 y 947, por considerar que su contenido es contrario al derecho a la libre contratación, al derecho de propiedad, al secreto bancario y al principio de promoción y fomento del ahorro.

El Colegio de Economistas de Piura, con fecha 16 de febrero de 2004, interpone acción de inconstitucionalidad contra los Decretos Legislativos N.ºs 939 y 947, por considerarlos contrarios a la Constitución, por los mismos fundamentos expuestos por el Colegio de Abogados del Cusco.

Finalmente, el Colegio de Abogados de Ayacucho, con fecha 17 de febrero de 2004, interpone demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 939 y las normas que tengan conexión con el mismo, por considerarlo contrario a los derechos ya mencionados y, además, a la igualdad ante la ley, ya que discrimina a los trabajadores independientes de los trabajadores dependientes.

Luego de admitirse a trámite las demandas, el Tribunal Constitucional, con fecha 18 de febrero de 2004, dispuso la acumulación de los Expedientes N.ºs 0004-2004-AI/TC, 0011-2004-AI/TC, 0012-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, 0014-2004-AI/TC, 0015-2004-AI/TC y 0016-2004-AI/TC, por existir conexión entre ellos, toda vez que las demandas, todas, tienen por objeto que se declare la inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos N.ºs 939 y 947.

B) Contestación

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas, en representación del Poder Ejecutivo, con fecha 1 de abril de 2004, contesta la demanda y solicita que se declare la conclusión del

proceso por haberse producido la sustracción de la materia, alegando que, con fecha 26 de marzo de 2004, se publicó la Ley N.º 28194, que derogó los cuestionados decretos legislativos.

DEMANDA CONTRA LA LEY N.º 28194

A) Antecedentes

Con fecha 23 de abril de 2004, el Colegio de Abogados del Cusco interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º, 17º, 18º, 19º y demás pertinentes de la Ley N.º 28194, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 de marzo de 2004, que deroga los Decretos Legislativos N.ºs 939 y 947, pues, en su criterio, no supera los cuestionamientos de constitucionalidad realizados a los mencionados decretos. Manifiesta que dicha ley es inconstitucional porque:

a) Afecta la libertad de contratación, ya que los artículos 3º, 4º, 5º y 6º vulneran la autonomía privada al determinar que el pago de ciertas sumas de dinero se efectúe mediante la forma que sanciona esta norma, es decir, a través de medios de pago previstos por el legislador y no por los contratantes; más aún, el artículo 8º dispone que quienes incumplan esta norma no podrán deducir gastos, costos o créditos con fines tributarios, imponiendo una sanción y ordenando una bancarización de las obligaciones dinerarias que, en su criterio, no es una limitación razonable ni justificada a la libertad de configuración interna de los contratos. Agrega que el artículo 5º obliga a las partes a concluir o celebrar un contrato con una entidad del sistema financiero para que ésta los provea del medio de pago necesario para cumplir con el pago de su obligación, lo que supone un vaciamiento del contenido de dicha libertad, dado que la única opción impuesta por la ley es la de acudir a contratar con una empresa financiera, resultando irrazonable, además, en aquellas localidades en las que no existen agencias financieras.

b) Viola el secreto bancario, ya que el artículo 17º autoriza a la autoridad tributaria el acceso a la información bancaria de los ciudadanos en forma directa, cuando la Constitución sólo señala 3 supuestos en los que se puede levantar el secreto bancario.

c) Contraviene el derecho a la propiedad, puesto que se aplica a las operaciones de abono y débito tantas veces como el dinero pase por el sistema financiero; además, se aplica sobre el dinero de las personas sin tener en cuenta si el mismo es de su propiedad, si forma parte de sus ingresos, de su renta o si está destinado a su consumo. Asimismo, porque empobrece a los ciudadanos y a las empresas, ya que los obliga a pagar por la circulación de su capital de trabajo y por sus operaciones, y no por su riqueza, la que ya está gravada por otros tributos.

d) Afecta el principio tributario de no confiscatoriedad de los tributos, pues el ITF afecta directamente el capital empresarial y se aplica sobre el activo circulante de las empresas, sin evaluar la real capacidad económica del contribuyente. Además, porque sobre los mismos ingresos que gravan otros impuestos se aplica el ITF, por lo que se genera una doble imposición.

e) Desvirtúa la obligación constitucional del Estado de proteger el ahorro, por cuanto su efecto inmediato será desincentivar el ahorro y fomentar el retiro de fondos de las instituciones financieras, especialmente el ahorro efectuado por el pequeño ahorrista.

Con fecha 14 de mayo de 2004, el Tribunal Constitucional dispuso la acumulación del Expediente N.º 0027-2004-AI/TC con los Expedientes N.º 0004-2004-AI/TC y otros, por existir conexión entre ellos.

B) Contestación

El Congreso de la República, con fecha 15 de junio de 2004, contesta la demanda en los siguientes términos:

a) Respecto de la supuesta vulneración del derecho a la libertad de contratar, sostiene que la forma en que debe realizarse el pago de una obligación en dinero no tiene nada que ver con la decisión de celebrar un contrato o con quién hacerlo, ni puede considerarse como un componente esencial del contenido del contrato. Además, afirma que lo dispuesto por el artículo 4º ni siquiera es compulsivo, a menos que se persiga que la operación surta efectos tributarios, y que, según el inciso c) del artículo 6º de la misma ley, las transacciones que se realicen en distritos donde no exista agencia o sucursal de una empresa financiera, están exceptuadas de usar los medios de pago previstos. Señala que el problema se presentaría si en el contrato existiese una estipulación expresa del pago de dinero en efectivo y las partes desearan seguir haciéndolo así, pretendiendo que la operación surta efectos tributarios. Expresa que el artículo 62º de la Constitución opera siempre que no se trate de normas ulteriores de orden público, y que las disposiciones de índole tributaria, como la cuestionada, tienen carácter imperativo y son de orden público.

b) En cuanto a la eventual violación del secreto bancario, refiere que dicho derecho se circunscribe sólo a la confidencialidad de la información sobre las operaciones pasivas. Por otro lado, afirma que la reserva de la información que ofrecen las entidades financieras, obedece a la práctica comercial o a razones de índole contractual, lo que no significa que dichos datos se encuentren bajo la protección constitucional del secreto bancario. En consecuencia, sostiene que en tanto el contenido de la información que las empresas del sistema financiero pongan en conocimiento de la Administración Tributaria [por la declaración y el pago del ITF] no esté referido a las operaciones pasivas, ello no supondrá vulneración del derecho al secreto bancario, ni modificación a la legislación vigente.

Agrega que el monto total de las operaciones gravadas por el ITF incluye a las operaciones activas y pasivas; pero que, no obstante, cuando se informe sobre el monto total de dichas operaciones, resultará imposible discriminar lo que corresponde a cada tipo de operación, o determinar el detalle del monto de cada operación pasiva, así como informar sobre el monto depositado antes de la declaración, ni del existente después de ella, de lo que se concluye que no se revela información sobre dicho concepto.

Respecto de las declaraciones de las operaciones exoneradas, manifiesta que el monto a declararse se expresará en términos globales, sin hacer distinción entre las operaciones activas y pasivas, ni sobre el monto depositado en cada una de ellas, por lo que tampoco se verifica afectación del secreto bancario. Indica que la información proporcionada a la SUNAT se mantendrá en reserva, pues sólo se utilizará para fines tributarios.

c) Sobre la supuesta violación del derecho de propiedad, afirma que si bien el ITF es aplicable a las operaciones de entrada y salida de dinero del sistema financiero, de ello no se puede deducir que se afecta dicho derecho constitucional. En cuanto a que grava el mismo dinero que ingresa una y otra vez a las cuentas bancarias, refiere que el inciso a) el artículo 9º de la ley, señala que no se encuentran gravadas las operaciones entre cuentas de un mismo titular mantenidas en una o en diversas entidades del sistema financiero; y, tratándose de transacciones entre cuentas de diferentes titulares, tampoco se afecta el derecho de propiedad, ya que se grava el patrimonio de distintas personas. Por otro lado, aduce que resulta irrelevante que el impuesto grave aspectos distintos a la renta, al patrimonio, al consumo, a la transferencia de bienes o al pago de servicios, puesto que ello constituye el ejercicio de la potestad tributaria, más aún cuando el ITF no tiene efectos confiscatorios.

d) Acerca de la supuesta afectación del principio de no confiscatoriedad, indica que el ITF no es un impuesto que grava la renta, por lo que el argumento de que grava de manera directa el capital empresarial, no es pertinente. Asimismo, añade que la utilización obligatoria de los medios de pago en el sistema financiero para ciertas operaciones y el ITF no generan efectos confiscatorios, dado que la alícuota es del 0.10% de la transacción, monto que decrecerá progresivamente, concluyéndose que no extrae una parte importante de la propiedad particular, pues la tasa es razonable y proporcionada.

e) Respecto de la eventual vulneración del fomento y la garantía del ahorro, refiere que el contenido esencial de la protección al ahorro consagrada en la Constitución, radica en la seguridad que se busca transmitir a los potenciales ahorristas sobre la seguridad de los fondos que confían a las empresas del sistema bancario y financiero, lo que no tiene nada que ver con las disposiciones establecidas en la ley cuestionada.

FUNDAMENTOS

1. Mediante auto de fecha 18 de febrero de 2004, se acumularon los procesos de inconstitucionalidad promovidos contra diversas disposiciones del Decreto Legislativo N.º 939, modificado por el Decreto Legislativo N.º 947, con el proceso de inconstitucionalidad iniciado contra diversos artículos de la Ley N.º 28194, que derogó los referidos decretos legislativos. En consecuencia, la primera cuestión que debe resolverse es la relacionada a los alcances de este pronunciamiento, respecto de los decretos legislativos derogados.

§1. Vigencia, derogación, validez e inconstitucionalidad de las normas

2. La cuestión, a juicio del Tribunal, debe examinarse efectuando una distinción entre las categorías de vigencia, derogación, validez e inconstitucionalidad de las normas jurídicas.

Una norma se encuentra vigente desde el día siguiente al de su publicación, salvo disposición contraria de la misma norma que postergue su vigencia en todo o en parte (artículo 109° de la Constitución), y pierde vigencia con su derogación; empero, cabe señalar que las normas derogadas, de conformidad con la dogmática jurídica relativa a la aplicación de la ley en el tiempo, puede tener efectos ultractivos.

La validez en materia de justicia constitucional, en cambio, es una categoría relacionada con el principio de jerarquía normativa, conforme al cual la norma inferior (v.g. una norma con rango de ley) será válida sólo en la medida en que sea compatible formal y materialmente con la norma superior (v.g. la Constitución). Constatada la invalidez de la ley, por su incompatibilidad con la Carta Fundamental, corresponderá declarar su inconstitucionalidad, cesando sus efectos a partir del día siguiente all de la publicación de la sentencia de este Tribunal que así lo declarase (artículo 204° de la Constitución), quedando impedida su aplicación a los hechos iniciados mientras tuvo efecto, siempre que estos no hubiesen concluido, y, en su caso, podrá permitirse la revisión de procesos fenecidos en los que fue aplicada la norma, si es que ésta versaba sobre materia penal o tributaria (artículos 36° y 40° de la Ley N.° 26435 —Orgánica del Tribunal Constitucional).

En suma, la declaración de inconstitucionalidad, a diferencia de la derogación, anula por completo la capacidad regulativa de las normas declaradas inconstitucionales.

De ello se concluye que no toda norma vigente es una norma válida, y que no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aun en ese caso, existen dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria.

3. Los Decretos Legislativos N.°s 939 y 947 sólo tuvieron vigencia y surtieron efectos jurídicos por 26 días, del 1 al 26 de marzo de 2004, pues a partir del 27 de marzo fueron derogados y sustituidos por las nuevas reglas previstas en la Ley N.° 28194. Dado que dichos Decretos Legislativos versaban, en parte, sobre materia tributaria, los efectos que cumplieron en el pasado podrían ser afectados por una eventual sentencia estimatoria dictada por este Colegiado. Sin embargo, considerando que algunas de las modificaciones introducidas por la Ley N.° 28194 permiten la devolución a los trabajadores y pensionistas del monto del ITF cuyo débito sea indebido [Quinta y Sexta Disposiciones Finales de la misma Ley N.° 28194], el Tribunal considera pertinente circunscribir su fundamentación a la Ley N.° 28194.

§2. Supuesto antitecnicismo de la Ley N.° 28194

4. Los demandantes consideran que la Ley N.° 28194 se sustenta en una formulación antitécnica. Cabe precisar que tal alegación no puede merecer atención en un proceso de control de constitucionalidad el "antitecnicismo" de las leyes, o, acaso, su "ineficiencia", sino tan solo su compatibilidad formal y material con la Carta Fundamental.

En este sentido, la ley cuestionada, para los efectos de control debe ser confrontada, especialmente, con el artículo 74° de la Constitución Política del Perú que en la parte pertinente señala que "Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo. (...) El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio. (...) No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo", y el artículo 44° de la misma Carta Fundamental que establece como 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"

§3. "Bancarización", ITF y libertad contractual

5. Los demandantes argumentan que la norma impugnada afecta el derecho a la libertad de contratar, ya que sus artículos 3°, 4°, 5° y 6° vulneran la autonomía privada porque ordenan que el pago de ciertas sumas de dinero se efectúe mediante la forma que sanciona esta norma, es decir, "a través de medios de pago previstos por el legislador y no por los contratantes". Asimismo, aducen que el artículo 5° obliga a las partes a concluir o celebrar un contrato con una entidad del sistema financiero para que esta los provea del medio de pago necesario para cumplir con el pago de su obligación, lo que supone un vaciamiento del contenido de dicha libertad, dado que la única opción impuesta por la ley es la de acudir a contratar con una empresa financiera.

6. Sobre este extremo de la demanda, el Congreso ha argumentado que tanto el inciso 14 del artículo 2° como el artículo 62° de la Constitución, han establecido un marco de actuación de la libertad contractual, sometiendo dicha libertad a las "leyes de orden público" y a "las normas vigentes al tiempo del contrato".

7. Al respecto, la exigencia de utilizar un determinado medio de pago para cumplir las obligaciones que surjan como consecuencia de la celebración de un contrato, bajo la amenaza de perder el derecho a deducir gastos, costos o créditos, a efectuar compensaciones, a solicitar devoluciones de tributos, saldos a favor, reintegros tributarios, recuperación anticipada y restitución de derechos arancelarios, constituye una evidente

limitación del derecho fundamental a la libertad de contratación. Sin embargo, conforme al criterio uniforme de este Colegiado, ningún derecho fundamental tiene la condición de absoluto, pues podrá restringirse: a) cuando no se afecte su contenido esencial, esto es, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho de toda funcionalidad en el esquema de valores constitucionales; y, b) cuando la limitación del elemento "no esencial" del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad).

8. El derecho a la libre contratación establecido en el inciso 14 del artículo 2° de la Constitución, ha sido enunciado por este Tribunal como: "(...) el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo —fruto de la concertación de voluntades— debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público.

Tal derecho garantiza, *prima facie*:

- Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co celebrante.
- Autodeterminación para decidir, de común acuerdo [entiéndase: por común consentimiento], la materia objeto de regulación contractual (...) (STC 0008-2003-AI/TC, FJ. 26)

Estos elementos constituirían en abstracto el contenido mínimo o esencial de la libertad contractual. Desde esta perspectiva, no formaría parte de dicho contenido el medio de pago a través del cual la obligación contenida en el contrato deba cumplirse, de modo que tocará ahora determinar si tal limitación resulta justificada para alcanzar un fin constitucionalmente relevante.

9. El objetivo de la denominada "bancarización" es formalizar las operaciones económicas con participación de las empresas del sistema financiero para mejorar los sistemas de fiscalización y detección del fraude tributario. A tal propósito coadyuva la imposición del ITF, al que, a su vez, como todo tributo, le es implícito el propósito de contribuir con los gastos públicos, como una manifestación del principio de solidaridad que se encuentra consagrado implícitamente en la cláusula que reconoce al Estado peruano como un Estado Social de Derecho (artículo 43° de la Constitución). Se trata, pues, de reglas de orden público tributario, orientadas a finalidades plenamente legítimas, cuales son contribuir, de un lado, a la detección de aquellas personas que, dada su carencia de compromiso social, rehúyen la potestad tributaria del Estado, y, de otro, a la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44° de la Constitución), mediante la contribución equitativa al gasto social.

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

11. Asimismo, debe enfatizarse la existencia de diversos factores que permiten sostener que el legislador no ha pretendido menoscabar más allá de lo necesario el derecho fundamental a la libertad contractual. Entre dichos factores se encuentran: a) el establecimiento de un monto mínimo a partir del cual se deberán utilizar los referidos medios de pago (S/. 5,000 o US\$ 1,500); b) una amplia gama de medios de pago susceptibles de ser utilizados dentro del sistema financiero (artículo 5° de la Ley N.° 28194); y, c) supuestos específicos de exoneración de la exigencia en la utilización de los medios de pago, entre los que se encuentran diversas entidades y, en determinados casos, las personas naturales, existiendo incluso la posibilidad de que un notario o juez de paz sea quien de fe del pago, entrega o devolución del mutuo de dinero, en el caso de las transferencias que se realicen en distritos en los que no existe agencia o sucursal de una empresa del sistema financiero (artículo 6° de la ley impugnada).

12. En consecuencia, si bien este Colegiado constata que existe una limitación del derecho fundamental a la libertad contractual, tal restricción no afecta el contenido esencial del derecho y se encuentra acorde con el principio de proporcionalidad, de modo que este extremo de la demanda debe ser desestimado.

§4. Excepciones al uso de los medios de pago bancarios en las localidades donde no existan entidades del sistema financiero

13. Los recurrentes sostienen que los requisitos previstos en el artículo 6° de la ley cuestionada para que las obligaciones de pago que se cumplan en un distrito en el que no existe agencia o sucursal de una empresa del sistema financiero queden exceptuadas del uso de los medios de pago previstos en el artículo 5° de la misma norma, resultan irrazonables, en tanto se exige que, para efectos de que opere la excepción, se presenten concurrentemente.

14. La parte pertinente del referido artículo 6°, establece lo siguiente: "(...). También quedan exceptuadas las obligaciones de pago, incluyendo el pago de remuneraciones, o la entrega o devolución de mutuos de dinero que se cumplan en un distrito en el que no existe agencia o sucursal de una empresa del Sistema Financiero, siempre que concurren las siguientes condiciones:

- a) Quien reciba el dinero tenga domicilio fiscal en dicho distrito. Tratándose de personas naturales no obligadas a fijar domicilio fiscal, se tendrá en consideración el lugar de su residencia habitual.

b) En el distrito señalado en el inciso a) se ubique el bien transferido, se preste el servicio o se entregue o devuelva el mutuo de dinero.

c) El pago, entrega o devolución del mutuo de dinero se realice en presencia de un Notario o Juez de Paz que haga sus veces, quien dará fe del acto. Mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas se podrá establecer a otras entidades o personas que puedan actuar como fedatarios, así como regular la forma, plazos y otros aspectos que permitan cumplir con lo dispuesto en este inciso."

15. En criterio de este Colegiado, la exigencia de que se presenten conjuntamente los aludidos requisitos para que las obligaciones de pago que se cumplan en un distrito en el que no existe agencia o sucursal de una empresa del sistema financiero queden exceptuadas de usar los medios de pago previstos en el artículo 5° de la Ley N.° 28194, resulta plenamente justificada, pues cada uno de ellos cumple, al lado de los otros, una función indispensable en el objetivo de evitar que los particulares —que pretendan evadir el pago del tributo—, puedan encontrar los medios idóneos para quedar exceptuados de acudir a las entidades del sistema financiero para cumplir sus obligaciones contractuales.

En efecto, por un lado, resulta plenamente legítima la exigencia de que quien reciba el dinero tenga domicilio fiscal o residencia habitual en el distrito carente de entidad financiera; y es que si no se exige que cuando menos una de las partes del contrato domicilie en dicho distrito, queda abierta la posibilidad de incurrir en fraude a la ley, acudiendo a realizar la transferencia del bien, prestación de servicio o dación de dinero a un distrito que no cuente con una agencia o sucursal de una empresa del sistema financiero, con el único objeto de eludir la fiscalización por parte de la administración pública.

De otra parte, resulta razonable también el requisito según el cual en el distrito carente de entidad financiera se ubique el bien transferido, se preste el servicio o se entregue o devuelva el mutuo de dinero, puesto que, en caso contrario, la administración, con justificado motivo, impondría que la transferencia se realice en el distrito en el que se encuentra el bien o se realiza el servicio que es objeto del contrato y que cuanta con una entidad financiera a través de la cual puede realizarse la operación.

Finalmente, el Tribunal Constitucional comparte el criterio del apoderado del Congreso de la República, conforme al cual el Notario o el Juez de Paz Letrado son los funcionarios o autoridades descentralizadas idóneas para revestir de las garantías de legalidad y formalidad suficientes a las operaciones contractuales realizadas por personas que, por domiciliar en localidades que no cuentan con agencias financieras, quedan exentas de la obligación de acudir a ellas.

16. Así pues, la ausencia de cualquiera de los referidos requisitos, permitiría que los actos tendientes a la evasión tributaria desvirtúen el objeto mismo de la norma, es

decir, incentivar la utilización de las empresas del sistema financiero formalizando la ejecución de las transacciones patrimoniales.

Por estos motivos, en Tribunal Constitucional desestima este extremo de la demanda.

§5. ITF y principio de no confiscatoriedad de los tributos

17. Los demandantes sostienen que el ITF vulnera el principio de no confiscatoriedad de los tributos, pues es un impuesto que se ha emitido "(...) sin evaluar, siquiera indiciariamente, la real capacidad económica del contribuyente (...)". Alegan que si bien es posible que "(...) en determinados, y, seguramente, numerosos casos, el tributo no tenga una incidencia real sobre el patrimonio de determinadas personas, sea porque estas cuentan con ingresos importantes que les permiten obtener tasas de interés preferenciales que absorben el impacto del impuesto o sea porque el número de operaciones que realicen es limitado (...)", el problema se presenta en aquellos "(...) casos de personas cuyos ahorros sean pequeños y que por tanto sólo acceden a las tasas más bajas del sistema, o de las personas que efectúan muchas operaciones de transferencias y depósitos con su mismo capital de trabajo (...)", en los que "(...) el efecto confiscatorio del tributo es objetivamente cierto, grave y genera todas las distorsiones enumeradas en las consideraciones precedentes (...)".

18. El principio de no confiscatoriedad informa y limita el ejercicio de la potestad tributaria estatal, garantizando que la ley tributaria no pueda afectar irrazonable y desproporcionadamente la esfera patrimonial de las personas.

Este principio tiene también una faceta institucional, toda vez que asegura que ciertas instituciones que conforman nuestra Constitución económica (pluralismo económico, propiedad, empresa, ahorro, entre otras), no resulten suprimidas o vaciadas de contenido cuando el Estado ejercite su potestad tributaria.

19. Al respecto, es preciso tener en cuenta lo sostenido por el Tribunal Constitucional en su STC N.° 2727-2002-AA/TC, donde se estableció que:

"(...) el principio precitado es un parámetro de observancia que la Constitución impone a los órganos que ejercen la potestad tributaria al momento de fijar la base imponible y la tasa del impuesto. Éste supone la necesidad de que, al momento de establecerse o crearse un impuesto, con su correspondiente tasa, el órgano con capacidad para ejercer dicha potestad respete exigencias mínimas derivadas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Como tal, tiene la estructura propia de lo que se denomina un 'concepto jurídico indeterminado'. Es decir, su contenido constitucionalmente protegido no puede ser precisado en términos generales y abstractos, sino analizado y observado en cada caso, teniendo en consideración la clase de tributo y las circunstancias concretas de quienes estén obligados a sufragarlo. No obstante, teniendo en cuenta las funciones que cumple

en nuestro Estado Democrático de Derecho, es posible afirmar, con carácter general, que se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad y, además, ha considerado a ésta como institución, como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica (...)” (FJ. 5).

20. Por ello, es preciso distinguir la eventual inconstitucionalidad de un tributo en atención a su incidencia concreta respecto a las circunstancias particulares en las que se encuentre cada uno de los obligados a sufragarlo, y la inconstitucionalidad en la que pueda incurrir la ley que lo regula, la cual sólo podría ser determinada, en sentido abstracto, analizando los elementos constitutivos del tributo, y particularmente la materia imponible y la alícuota, cuyos contenidos o dimensiones podrían ser muestras evidentes de un exceso de poder tributario.

21. En cuanto a la materia imponible, este Colegiado deja asentado el amplio margen de acción en el que se desenvuelve el legislador al momento de determinarla (FF. JJ. 25 a 26, *infra*), pudiendo ser ésta un bien, un producto, un servicio, una renta o un capital, y aunque en el presente caso, tratándose de las transferencias financieras enumeradas en el artículo 9º de la Ley N.º 28194, el hecho generador puede repetirse de manera constante, el monto ínfimo de la alícuota aplicable (0.10 %) desvirtúa la posibilidad de atribuir, en abstracto, un carácter confiscatorio al tributo regulado por el Capítulo III de la ley impugnada; máxime si se tiene que tal valor numérico porcentual se reducirá a 0.08% a partir del 1 de enero de 2005, y a 0.06% desde el 1 de enero de 2006, y de que perderá todo efecto a partir del 1 de enero de 2007.

22. Por tal virtud, el Tribunal Constitucional desestima el alegato planteado en la demanda, según el cual las disposiciones de la ley que regulan el ITF afectan el principio de no confiscatoriedad.

23. No obstante, en atención a lo expuesto en los FFJJ. 19 y 20, *supra*, este Colegiado debe precisar que respecto de la alegada afectación del principio de no confiscatoriedad de los tributos, si bien se encuentra en capacidad de confirmar la constitucionalidad de la ley impugnada desde un punto de vista abstracto (único que cabe en un proceso de inconstitucionalidad), no puede descartar la posibilidad de que tal inconstitucionalidad sea verificable en el análisis de determinados casos concretos, motivo por el cual los jueces ordinarios se encuentran en la plena facultad de inaplicar el ITF en los casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento, cuando sea reconocible el efecto confiscatorio del impuesto a la luz de la capacidad económica de los sujetos afectados.

§6. Impuesto a las transacciones financieras (ITF) y derecho de propiedad

24. Los demandantes alegan que el impuesto creado por la Ley N.º 28194 viola el derecho de propiedad.

Amparan su argumento en anteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional, donde se sostuvo que en materia de impuesto a la renta, el legislador, al establecer el hecho imponible, está obligado a respetar y garantizar la intangibilidad del capital. Refieren que si bien estos pronunciamientos fueron emitidos en torno al impuesto a la renta, también tendrían validez frente a otras formas de imposición y, en particular, frente al impuesto cuestionado, pues éste “se aplica a las operaciones de abono y débito (...) tantas veces como el dinero pase por el sistema financiero, sin tener en cuenta que se puede tratar (en el caso del mismo contribuyente) del mismo dinero que ingresa una y otra vez”; porque “se aplica sobre el dinero de las personas sin tener en cuenta si el mismo es de su propiedad, forma parte de sus ingresos, es parte de su renta o se destina a su consumo”; y porque empobrecerá “a los ciudadanos y las empresas, ya que ellas van a pagar por la circulación de su capital de trabajo y por sus operaciones, y no por su riqueza”.

25. En un Estado social y democrático de Derecho, el diseño de la política tributaria es un ámbito reservado al legislador, en el que goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática.

26. Este margen de libertad debe someterse, por tanto, a un enjuiciamiento jurídico constitucional, en el que no cabrá calificar políticamente las acciones que el legislador pudiese adoptar. Al respecto, el Tribunal Constitucional español ha sostenido, en criterio compartido por este Colegiado, que: « (...) en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas» [STC N.º 11/1981, FJ. 7].

27. En criterio concordante, este Tribunal Constitucional ha sostenido que: “ (...) la Constitución no ha constitucionalizado (o, a su turno, prohibido) ningún impuesto. Tampoco ha determinado qué tipo de actividades económicas puedan ser, o no, objeto de regulaciones fiscales” [STC N.º 2727-2002-AA/TC, FJ. 6]

28. En tal sentido, es erróneo el argumento de los demandantes según el cual el hecho de que el ITF grave el capital, es, por sí solo, un factor que determina su inconstitucionalidad.

Cuando en la STC N.º 0646-1996-AA/TC, entre otras, este Tribunal sostuvo que el Impuesto Mínimo a la Renta vulneraba el principio de no confiscatoriedad de los tributos, era porque:

“(…) *en materia de impuesto a la renta*, el legislador se encuentra obligado a establecer el hecho imponible, a

respetar y garantizar la conservación de la intangibilidad del capital, lo que no ocurre si el impuesto absorbe una parte sustancial de la renta, de la que potencialmente hubiere devengado de una explotación racional de la fuente productora del rédito, o si se afecta la fuente productora de la renta, en cualquier *quantum*(...)".

Tal afirmación —a diferencia de lo que los demandantes sostienen—, no indicaba que se violaba el principio de no confiscatoriedad de los tributos por el solo hecho de que el impuesto recayera sobre el patrimonio. La inconstitucionalidad radicaba en que, en el seno de una ley destinada a gravar la renta, los beneficios o las ganancias [como el Decreto Legislativo N.º 774], se haya terminado gravando la fuente productora de esa renta, es decir, el capital. Era la incongruencia o inadecuación entre un medio [la utilización de un gravamen al capital] y la naturaleza del impuesto a la renta [que sólo puede gravar el beneficio de una fuente productora], lo que en dicha ejecutoria se consideró inconstitucional.

Como se expuso en la precitada sentencia:

"(...) según se desprende de los artículos 109º y 110º del Decreto Legislativo N.º 774, el establecimiento del impuesto mínimo a la renta, por medio del cual se grava a la accionante con un tributo del orden del dos por ciento del valor de sus activos netos, como consecuencia de no encontrarse afecto al pago del impuesto a la renta, supone una desnaturalización desproporcionada del propio impuesto a la renta que dicha norma con rango de ley establece, ya que pretende gravar no el beneficio, la ganancia o la renta obtenida por la accionante como consecuencia del ejercicio de una actividad económica, conforme se prevé en el artículo 1º, donde se diseña el ámbito de aplicación del tributo, sino el capital o sus activos netos (...)".

29. Por consiguiente, lo relevante, en este caso, desde un punto de vista constitucional, no será esclarecer si el ITF grava el patrimonio o el capital, pues de hecho lo hace y a ello está destinado (cuando menos, en determinados casos), sino determinar si, no obstante incidir sobre la propiedad, tal afectación es ilegítima por vulnerar el principio de no confiscatoriedad de los tributos, consagrado en el artículo 74º de la Constitución. Y es que, tal como lo ha sostenido el Tribunal Federal alemán, en posición que este Colegiado hace suya: "(...) el derecho fundamental de propiedad sólo despliega su vigor frente a los impuestos, en el caso de que estos tengan un efecto estrangulador (*erdrosselnde Wirkung*)" [Cfr. BVerfGE 93, 121 (53 y ss)].

§7. ITF y el secreto bancario

30. De otro lado, los demandantes alegan que el artículo 17º de la Ley N.º 28194 lesiona el secreto bancario, puesto que el ITF "(...) plantea la necesidad injustificada, indebida e inconstitucional (...) de acceder a la información bancaria de los ciudadanos en supuestos distintos a los contemplados en el inciso 5 del artículo 2º de la Carta Fundamental, siendo las empresas del sistema financiero las encargadas de efectuar la declaración del

pago del impuesto por cuenta de los contribuyentes, situación que se agrava —según sostienen los demandantes— cuando el propio artículo 17º establece que esta información se proporcionará también respecto de determinadas operaciones exoneradas del impuesto, lo que pondría de manifiesto "(...) que el verdadero interés del Estado no es conocer la base imponible del tributo, sino acceder, indebidamente, a la información financiera de los ciudadanos (...)".

31. Al respecto, el Congreso sostiene que el secreto bancario protege sólo las "operaciones pasivas" de los clientes de los bancos o entidades financieras, es decir, fundamentalmente, depósitos de ahorro, a plazo, a la vista, innominados y certificados de depósito. La extensión del secreto bancario a otros espacios más allá de las "operaciones pasivas" de los clientes —según afirma el representante del Congreso— obedecería, en todo caso, a la práctica comercial o a razones de índole contractual, puesto que no se encontrarían bajo la protección del secreto bancario.

32. El artículo 17º de la Ley N.º 28194 puede ser interpretado, cuando menos, en dos sentidos distintos, a criterio de este Colegiado. De un lado, como una disposición que autoriza el levantamiento del secreto bancario, quebrando el núcleo duro del derecho a la intimidad personal de la que es manifestación concreta, y de otro, como una restricción de dicho secreto prolongándolo hacia la Administración Tributaria, cuyo uso sólo podrá tener finalidades institucionales de control de la tributación y de fiscalización conforme a las normas vigentes sobre la materia.

Sólo la primera de las interpretaciones resulta incompatible con la Carta Fundamental. Empero, respecto de la segunda, es necesario efectuar un juicio de proporcionalidad, a efectos de determinar su legitimidad o ilegitimidad. Y es que nos encontramos ante un conflicto entre el derecho al secreto bancario y los fines institucionales de la Administración Tributaria, orientados a hacer efectivo el principio de solidaridad contributiva, sobre el que se asienta toda la teoría tributaria del Estado Constitucional.

33. La Constitución, en el inciso 5 de su artículo 2º, establece que el levantamiento del secreto bancario procede a pedido del juez, del Fiscal de la Nación o de una comisión investigadora del Congreso, con arreglo a ley y con la finalidad de investigar un delito o indicio de delito; sin embargo, no ha delimitado de manera explícita el contenido de la institución, por lo que corresponde ahora analizarlo para lograr su cabal elucidación.

34. El derecho fundamental a la intimidad, como manifestación del derecho a la vida privada sin interferencias ilegítimas, tiene su concreción de carácter económico en el secreto bancario y la reserva tributaria. Así lo ha sostenido este Colegiado en el Exp. N.º 1219-2003-HD/TC, al considerar que: "(...) la protección constitucional que se dispensa con el secreto bancario, busca asegurar la reserva o confidencialidad (...) de una esfera de la vida privada de los individuos o de las

personas jurídicas de derecho privado. En concreto, la necesaria confidencialidad de las operaciones bancarias de cualquiera de los sujetos descritos que pudieran realizar con cualquier ente público o privado, perteneciente al sistema bancario o financiero.

En ese sentido, el secreto bancario forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, y su titular es siempre el individuo o la persona jurídica de derecho privado que realiza tales operaciones bancarias o financieras". (FJ. 9).

35. Así pues, mediante el secreto bancario y la reserva tributaria, se busca preservar un aspecto de la vida privada de los ciudadanos, en sociedades donde las cifras pueden configurar, de algún modo, una especie de "biografía económica" del individuo, perfilándolo y poniendo en riesgo no sólo su derecho a la intimidad en sí mismo configurado, sino también otros bienes de igual trascendencia, como su seguridad o su integridad.

36. Empero, el derecho a la intimidad no importa, *per se*, un derecho a mantener en el fuero íntimo toda información que atañe a la vida privada, pues sabido es que existen determinados aspectos referidos a la intimidad personal que pueden mantenerse en archivos de datos, por razones de orden público (vg. historias clínicas). De allí la necesidad de que la propia Carta Fundamental establezca que el acceso a dichas bases de datos constituyan una excepción al derecho fundamental a la información, previsto en el primer párrafo del inciso 5 del artículo 2° de la Constitución.

A su vez, debe tenerse presente que respecto al derecho fundamental a la intimidad, también cabe la distinción entre aquella esfera protegida que no soporta limitación de ningún orden (contenido esencial del derecho), de aquella otra que permite restricciones o limitaciones, en tanto éstas sean respetuosas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad (contenido "no esencial").

37. En criterio de este Colegiado existen, cuando menos, tres motivos que permiten sostener que el secreto bancario, en tanto se refiere al ámbito de privacidad económica del individuo, no forma parte del contenido esencial del derecho a la intimidad personal: a) la referencia al contenido esencial del derecho a la intimidad personal, reconocido por el artículo 2°7 de la Constitución, hace alusión a aquel ámbito protegido del derecho cuya revelación pública implica un grado de excesiva e irreparable aflicción psicológica en el individuo, lo que difícilmente puede predicarse en torno al componente económico del derecho; b) incluir la privacidad económica en el contenido esencial del derecho a la intimidad, implicaría la imposición de obstáculos irrazonables en la persecución de los delitos económicos; c) el propio constituyente, al regular el derecho al secreto bancario en un apartado específico de la Constitución (segundo párrafo del artículo 2°5), ha reconocido expresamente la posibilidad de limitar el derecho.

38. Así pues, determinadas manifestaciones del derecho a la intimidad no importan conservar en conocimiento

privativo del titular la información a ella relativa, sino tan sólo la subsistencia de un ámbito objetivo de reserva que, sirviendo aun a los fines de la intimidad en tanto derecho subjetivo constitucional, permitan mantener esa información reservada en la entidad estatal que corresponda, a fin de que sea útil a valores supremos en el orden constitucional, dentro de márgenes de razonabilidad y proporcionalidad.

39. Así las cosas, las afectaciones del secreto bancario que están proscritas constitucionalmente serán sólo aquellas que conllevan, en sí mismas, el propósito de quebrar la esfera íntima del individuo, mas no aquellas que, manteniendo el margen funcional del elemento de reserva que le es consustancial, sirvan a fines constitucionalmente legítimos, tales como el seguimiento de la actividad impositiva por parte de la Administración Tributaria, en aras de fiscalizar y garantizar el principio de solidaridad contributiva que le es inherente.

40. Dichos fines son los que pretenden ser alcanzados por los numerales 1, 2 y primer párrafo del numeral 3 del artículo 17° de la norma cuestionada, en tanto permiten que, como consecuencia de la imposición del ITF, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), competente en la materia, tenga acceso a determinada información garantizada por el secreto bancario, con el propósito de que, manteniendo la información en reserva, se aboque a la fiscalización y detección del fraude tributario.

41. Por lo demás, y siempre respecto de los aludidos preceptos del artículo 17° de la norma impugnada (numerales 1, 2 y primer párrafo del numeral 3), tratándose del acceso a una información directamente relacionada con actividades gravadas por el ITF, cuyo tiempo de vigencia es considerablemente limitado (hasta el 31 de diciembre de 2006, de acuerdo a lo previsto por el artículo 23°3 de la Ley N.° 28194), la restricción del secreto bancario que el acceso a dicha información implica, resulta, como consecuencia inmediata, también temporalmente limitada, con lo que la institución no resulta restringida más allá de lo razonablemente necesario.

42. Distinto es el caso del último párrafo del artículo 17° de la Ley N.° 28194, el cual obliga a que las instituciones financieras también proporcionen información "(...) respecto de las operaciones exoneradas [del impuesto]".

Esta atribución que otorga la norma impugnada a la Administración Tributaria, es lo que motiva a que a la parte demandante sostenga que: "(...)el verdadero interés del Estado no es conocer la base imponible del Tributo, sino acceder, indebidamente, a la información financiera de los ciudadanos, en contra de lo establecido en la Constitución sobre esta materia (...)".

43. Por ello, para este Tribunal el último párrafo del artículo 17° de la Ley N.° 28194 es incompatible con el principio de razonabilidad, puesto que, al franquear a la SUNAT el conocimiento de operaciones en el sistema financiero exoneradas del ITF, sin que medie una decisión judicial, del Fiscal de la Nación o de una comisión investigadora

del Congreso, se quiebra el nexo lógico que auspiciaba la intervención de la entidad competente en materia tributaria; esto es, la existencia de una operación gravada.

De otra parte, y fundamentalmente, este Colegiado considera que al quebrantarse el nexo relacional entre la aplicación de un impuesto temporal (el ITF) y el traslado de información a la SUNAT a que tal aplicación da lugar, el último párrafo del artículo 17° de la Ley N.° 28194 afecta el subprincipio de necesidad correspondiente a todo test de proporcionalidad, por cuanto ello implicaría que la posibilidad de que la SUNAT administre información protegida por el secreto bancario se extienda *sine die*.

En atención a lo expuesto, este Colegiado considera inconstitucional el último párrafo del artículo 17° de la Ley N.° 28194, por afectar los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

44. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que, conforme al artículo 62° del Código Tributario, la SUNAT mantiene incólume la facultad de solicitar información a las empresas del sistema financiero sobre las operaciones pasivas de sus clientes, incluso exoneradas de impuestos, en la medida en que exista un requerimiento judicial de por medio.

§8. ITF y promoción del ahorro

45. Los demandantes consideran que el ITF creado por la Ley N.° 28194 viola el artículo 87° de la Constitución, “por cuanto el efecto inmediato del ITF (...) es desincentivar el ahorro y fomentar el retiro de fondos de las instituciones financieras, especialmente de aquellos depósitos de montos menores que, por el poco interés que generan, no podrán compensar los efectos del referido impuesto”.

46. Por su parte, el Congreso de la República alega que el mandato del artículo 87° de la Constitución, según el cual “el Estado fomenta y garantiza el ahorro”, ha sido desarrollado por los artículos 132° y 134° de la Ley N.° 26702 —Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros—, y que, a partir de lo allí dispuesto, es posible “identificar el contenido esencial del derecho del ahorrista que protege y garantiza la Constitución”, el cual se traduce “en la adopción de una serie de medidas de supervisión y control de las entidades financieras que reciben ahorros”, esto es, en “la seguridad que se busca transmitir a los potenciales ahorristas sobre la seguridad de los fondos que confían a las empresas del sistema bancario y financiero”.

Añade que “(...) mientras sus recursos se encuentren razonablemente protegidos mediante mecanismos preventivos, como la autorización para su funcionamiento por la Superintendencia de Banca y Seguros, así como mecanismos permanentes como las facultades inspectivas de la SBS (...), no nos encontraremos ante situaciones inconstitucionales ni de incumplimiento del mandato constitucional impuesto al Estado de fomentar y garantizar el ahorro”.

47. Aunque en la demanda no se ha expresado concretamente cuál es la disposición de la Ley N.°

28194 que afectaría el artículo 87° de la Constitución, es posible inferir que, en relación a este punto, el precepto impugnado es el inciso a) del artículo 9° y sus normas conexas. Dicha disposición establece que: “El impuesto a las transacciones financieras grava las operaciones en moneda nacional o extranjera, que se detallan a continuación: a) La acreditación o débito realizados en cualquier modalidad de cuentas abiertas en las empresas del Sistema Financiero, excepto la acreditación, débito o transferencia entre cuentas de un mismo titular mantenidas en una misma empresa del Sistema Financiero o entre sus cuentas mantenidas en diferentes empresas del Sistema Financiero”.

48. Sin embargo, en lo que a este extremo de la demanda atañe, resulta claro que la impugnación sobre el indicado inciso a) del artículo 9° de la Ley N.° 28194 no se refiere a lo que allí *in toto* se ha previsto, sino a que no se haya excluido de las operaciones gravadas a las cuentas de ahorro que se encuentren abiertas en las empresas del sistema financiero.

49. La protección y fomento del ahorro supone un amplio margen de maniobrabilidad de parte del Estado. Sin embargo, en este caso, los límites a las políticas públicas se expresan, de un lado, en no suprimir o vaciar de contenido a la institución del ahorro (deber de garantizar), y, de otro, en cuidar en grado extremo que tales políticas públicas no supongan un entorpecimiento u obstaculización irrazonable o desproporcionada de su práctica (deber de fomento).

50. El Tribunal Constitucional ha sostenido que el artículo 87° de la Constitución reconoce al ahorro como un derecho subjetivo constitucional, en la medida que el Estado se encuentra, de un lado, prohibido de apropiarse arbitrariamente de él, y de otro, obligado a fomentarlo y garantizarlo; y también como una garantía institucional que auspicia la protección del ahorrista en el sistema financiero. (STC N.° 0410-2002-AA/TC, FJ. 2)

51. Como el ahorro está constituido por un conjunto de imposiciones de dinero que realizan las personas naturales y jurídicas en las empresas del sistema financiero, el factor de real relevancia para determinar el cumplimiento del Estado de su obligación de garantizar y fomentar el ahorro, sería el análisis de la ley que, por mandato directo del propio artículo 87° de la Carta Fundamental, tiene reservada la regulación de las obligaciones y los límites de las empresas que reciben los ahorros del público, así como de la labor que cumple la Superintendencia de Banca y Seguros en el control de las empresas bancarias, conforme a las prescripciones previstas en dicha ley. Así, el cumplimiento de la labor estatal de fomento y garantía del ahorro no puede apreciarse a partir de una medida aislada como la imposición de un tributo sobre la transferencia de los montos contenidos en una cuenta de ahorro, sino a la luz del conjunto de medidas y regulaciones asumidas por el aparato estatal y orientadas a garantizar la cabal eficacia del artículo 87° de la Constitución.

52. Consecuentemente, este Colegiado comparte la apreciación del representante del Congreso de la

República, en el sentido de que es preciso atender a la suma de garantías contenidas en diversas disposiciones de la Ley N.º 26702 —Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros— para determinar si, cuando menos en un sentido objetivo y abstracto (tal como corresponde en un proceso de inconstitucionalidad), el Estado cumple con el artículo 87º de la Constitución.

53. Por consiguiente, el establecimiento de límites y prohibiciones, la obligación de mantener una reserva en el capital social de las empresas financieras, la constitución de provisiones genéricas y específicas de cartera, individuales o preventivas globales por grupos o categorías de crédito, para la eventualidad de créditos impagos; la constitución de otras provisiones y cargos a resultados, tratándose de las posiciones afectas a los diversos riesgos de mercado, entre otras medidas previstas en el artículo 132º de la referida ley, así como la necesidad de auditorías externas; la supervisión para que las empresas bancarias cumplan con los límites individuales y globales, además de otras medidas dispuestas por el artículo 134º de la Ley N.º 26702; y, en fin, la necesidad de que se tenga una debida información sobre el estado de las empresas financieras, un fondo de seguro de depósitos y una central de riesgos, permiten concluir que, en un análisis global, el establecimiento de un tributo como el ITF, de naturaleza no confiscatoria (según se ha visto) y temporal (artículo 23º.3 de la Ley N.º 28194), no vulnera el artículo 87º de la Constitución, puesto que la institución del ahorro se mantiene garantizada por otras diversas medidas.

Por estos fundamentos y los de los magistrados Alva Orlandini y Revoredo Marsano, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar, por unanimidad, **FUNDADA**, en parte, la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28194, y, en consecuencia, inconstitucional el último párrafo del artículo 17º de la Ley N.º 28194, cuyo tenor es el siguiente: *“La información señalada en el párrafo anterior también será proporcionada respecto de las operaciones exoneradas comprendidas en los literales b), c), d), e), h), i), j), k), l), ll), m), o), s), t), u), v), w) y x) del Apéndice, señalando adicionalmente en este caso el monto acumulado de las operaciones del inciso a) del artículo 9 exoneradas del impuesto. Asimismo, las empresas del Sistema Financiero deberán informar a la SUNAT sobre la Declaración Jurada a que se refiere el artículo 11, en la forma, plazo y condiciones que establezca el Reglamento”*. Por consiguiente, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial “el Peruano”, dicho párrafo deja de tener efecto en nuestro ordenamiento jurídico.

2. Declarar, por unanimidad, que integra la parte resolutive de la presente sentencia el Fundamento Jurídico 23, *supra*, conforme al cual los jueces ordinarios mantienen expedita la facultad de inaplicar el ITF en

los casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento, si fuera acreditado el efecto confiscatorio del impuesto a la luz de la capacidad económica de los sujetos afectados;

3. Declarar, por mayoría, **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28194 en lo demás que contiene; y

4. Declarar, por mayoría, **IMPROCEDENTES**, las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra el Decreto Legislativo N.º 939, y su modificatoria, el Decreto Legislativo N.º 947. Sin perjuicio, de dejar expedita la facultad de los jueces ordinarios de inaplicar el ITF, en los casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento, si fuera acreditado el efecto confiscatorio del impuesto a la luz de la capacidad económica de los sujetos afectados.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

EXPS. N.º 0004-2004-AI/TC
N.º 0011-2004-AI/TC, N.º 0012-2004-AI/TC
N.º 0013-2004-AI/TC, N.º 0014-2004-AI/TC
N.º 0015-2004-AI/TC, N.º 0016-2004-AI/TC
Y N.º 0027-2004-AI/TC (ACUMULADOS)

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS

DEL CUSCO Y OTROS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALVA ORLANDINI

El principio de legalidad de la tributación es en el Perú más teórico que real. En efecto, la revisión de la legislación dictada en nuestra Nación acredita que los diversos impuestos fueron creados por disposiciones emanadas de los gobiernos de facto, denominadas decretos-leyes, muchos de los cuales mantienen vigencia, mas no por leyes aprobadas en el Congreso o por decretos legislativos, en caso de delegación (prevista en las Constituciones de 1979 y 1993).

Como lo tiene ya determinado este Tribunal (sentencia de 3 de enero de 2003, Exp. N.º 010-2000-AI), se ha seguido la teoría de la continuidad en cuanto a la legislación de facto; y, por ende, los decretos-leyes no perdieron vigencia, cuando se restableció el orden constitucional, casi siempre precaria y temporalmente, en las distintas etapas de la República.

Obvio es, sin embargo, que a la luz del Estado Social y Democrático de Derecho que rige hoy en el Perú, es insoslayable examinar –como efectivamente lo hace la

sentencia *ut supra*- si las normas legales impugnadas en estos procesos son o no compatibles con la Constitución Política de 1993.

La Constitución Histórica

Los preceptos pertinentes de la Constitución Histórica sirven, sin duda, de guía.

1. Las Bases de la Constitución Peruana, de 17 de diciembre de 1822, enunciaron (9-7) que la Constitución debe proteger la igual repartición de contribuciones, en proporción a las facultades de cada uno, lo mismo que la de las cargas públicas; y (18) que la imposición de contribuciones y modo de repartirlas se determinará exclusivamente por el Congreso.

2. La Constitución de 1823 estableció como potestades exclusivas del Congreso (60-9) decretar las contribuciones, impuestos y derechos para el sostén y defensa de la República; y del Poder Ejecutivo (80-6), decretar la inversión de los caudales destinados por el Congreso a los diversos ramos de la administración pública. Asimismo, dispuso que (148) constituyen la Hacienda Pública todas las rentas y productos que conforme a la Constitución y a las leyes deban corresponder al Estado; que (149) el Presupuesto de los gastos públicos fijará las contribuciones ordinarias, mientras se establezca la única contribución y se adopte por regla constante el acrecimiento de la Hacienda con el fomento de ramos productivos a fin de disminuir las imposiciones en cuanto sea posible; y que (151.2 y 151.3) el Ministerio de Hacienda presentará anualmente al Gobierno, para que lo haga al Congreso, el Presupuesto de los Gastos para el servicio de la República y el plan de contribuciones ordinarias para cubrirlos.

3. La Constitución de 1826 otorgó a la Cámara de Tribunos (43—2) la iniciativa en las contribuciones anuales y en los gastos públicos; y al Presidente de la República (83-19) el cuidado de la recaudación e inversión de las contribuciones con arreglo a las leyes. Además, garantizó enunciativamente (146) que las contribuciones se repartirán proporcionalmente, sin ninguna excepción ni privilegio.

4. La Constitución de 1828 atribuyó al Congreso (48-8) la tarea de fijar los gastos generales, establecer las contribuciones necesarias para cubrirlo, arreglar su recaudación, determinar su inversión, y tomar anualmente cuentas al Poder Ejecutivo; y a éste (90-18), el cuidado de la recaudación e inversión de las recaudaciones y demás fondos de la Hacienda Pública.

5. La Constitución de 1834 determinó que correspondía al Congreso (51-8) aprobar, o no, el Presupuesto de los gastos del año, establecer las contribuciones necesarias para cubrirlos, suprimir las establecidas, determinar la inversión de las rentas nacionales y tomar anualmente cuentas al Poder Ejecutivo; el cual, a su vez, debía (85-20) cuidar de la recaudación e inversión de las contribuciones y demás fondos de la Hacienda Pública con arreglo a ley. Como Garantía Constitucional (168) declaró que la facultad de imponer contribuciones directas o indirectas

corresponde exclusivamente al Congreso; y que sin una ley expresa, ninguna autoridad ni individuo de la República podía imponerlas, bajo pretexto alguno.

6. La Constitución de 1839 declaró que era atribución del Congreso (55-6) aprobar o desechar el Presupuesto de los gastos del año, establecer las contribuciones necesarias para cubrirlos, suprimir las establecidas, determinar la inversión de las rentas nacionales, tomar anualmente cuentas al Poder Ejecutivo (87-25) y velar por la recaudación e inversión de los fondos de la hacienda pública. Declaró, como garantía individual, que (162) las contribuciones se repartirán proporcionalmente entre los ciudadanos, sin excepción ni privilegio alguno.

7. La Constitución de 1856, precisó (8) que no puede imponerse contribuciones sino en virtud de una ley, en servicio público y en proporción a los medios del contribuyente, y limitó a un año las contribuciones directas.

8. La Constitución de 1860, asimismo, estableció como una garantía nacional (8 y 59.5) que no pueden imponerse contribuciones sino en virtud de una ley, en proporción a las facultades del contribuyente y para el servicio público.

9. La Constitución de 1867 prescribió también como una garantía nacional (7 y 59-5) que sólo el Congreso puede imponer contribuciones, y que, en el caso de las contribuciones personales, éstas no podrán ser impuestas sino por un determinado tiempo.

10. La Constitución de 1920 preceptuó (7 y 83-5) que no pueden crearse, modificarse ni suprimirse contribuciones sino en virtud de una ley y para el servicio público, y (8) que la contribución sobre la renta será progresiva.

11. La Constitución de 1933 garantizó (8 y 123-5) que sólo para el servicio público podrá la ley crear, alterar o suprimir impuestos, así como exonerar de su pago en todo o en parte; y que no hay privilegios personales en materia de impuestos.

12. La Constitución de 1979 declaró (77) que todos tienen del deber de pagar los tributos que les corresponden y de soportar equitativamente las cargas establecidas por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos. Estableció además (80), que son deberes fundamentales del Estado defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, promover el bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país, y eliminar toda forma de explotación del hombre por el hombre y del hombre por el Estado. Igualmente (110), que el régimen económico de la República se fundamenta en los principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de la riqueza y como medio de realización de la persona humana; y que el Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso y que con igual finalidad fomenta los diversos sectores de la producción

y defiende el interés de los consumidores. En cuanto a la Hacienda Pública, la propia Carta dispuso (139) que sólo por ley expresa se crean, modifican o suprimen tributos y se conceden exoneraciones y otros beneficios tributarios; que la tributación se rige por los principios de legalidad, uniformidad, justicia, publicidad, obligatoriedad, certeza y economía en la recaudación; y que no hay impuesto confiscatorio ni privilegio personal en materia tributaria.

La Constitución de 1993

13. Los deberes primordiales del Estado están declarados en el artículo 44°, y son: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación; y establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.

En la medida que el impuesto materia de la Ley N.º 28194 está destinado a cumplir tales deberes primordiales del Estado, este no es inconstitucional.

La doctrina

14. Rodolfo R. Spisso, adhiriendo a la opinión de Giuliani Fonrouge, sostiene que: "(...) Se puede definir al tributo diciendo que es una prestación obligatoria, comúnmente en dinero, exigida por el Estado en virtud de su poder de imperio, que da lugar a relaciones de derecho público. La relación que se establece entre el Estado, titular del poder tributario, y los contribuyentes o responsables que deben satisfacer la prestación jurídica de contenido patrimonial impuesta por aquél, se denomina obligación tributaria y es de orden personal". (Derecho Constitucional Tributario, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, pág. 39).

15. La legislación nacional y extranjera acredita la diversidad de impuestos. La clasificación más extendida es la que los divide en impuestos directos e impuestos indirectos, aunque hay autores que niegan rigor científico a tal clasificación. De igual modo, se considera que se ha diseñado impuestos que gravan unos el patrimonio y otros el consumo; y otros que tienen como destinatarios al gobierno central, a los gobiernos regionales y a los gobiernos municipales.

16. Todo impuesto afecta la propiedad y la circulación de la riqueza. El propio Spisso explica que: "(...) No se trata de una antinomia entre derecho de propiedad y tributo, ya que éste constituye el precio que hay que pagar para vivir en sociedad, lo cual exige sufragar los gastos del gobierno encargado de cumplir y hacer cumplir la Constitución. Sin menoscabo de ello –agrega– debe existir un límite a esa facultad de imposición, sin el cual el derecho de propiedad puede llegar a convertirse en sólo una bella palabra." (Ob. cit., pág. 417). No valdría de nada que la Constitución garantizara la propiedad, su uso y disposición, si es que de manera indirecta, a través de la tributación, pudiera vaciarse el contenido efectivo de este derecho. Es en

atención a tal eventualidad que la sentencia *ut supra* deja abierta la posibilidad de que se interponga acción de amparo cuando tal supuesto aconteciere.

SS.

ALVA ORLANDINI

EXPS. N.º 0004-2004-AI/TC
N.º 0011-2004-AI/TC, N.º 0012-2004-AI/TC
N.º 0013-2004-AI/TC, N.º 0014-2004-AI/TC
N.º 0015-2004-AI/TC, N.º 0016-2004-AI/TC
Y N.º 0027-2004-AI/TC (ACUMULADOS)

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS
DEL CUSCO Y OTROS

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA REVOREDO
MARSANO

1. Mi discrepancia mayor con la opinión de mis colegas consiste en que considero que el objeto de la impugnada Ley N.º 28194 no debe ser alcanzado o logrado con los medios o en la forma que dispone la misma ley, es decir con el impuesto a las transacciones financieras (ITF).

Consta del título o nombre que da el Congreso a la ley impugnada: "**Ley para la lucha contra la evasión y para la formalización de la economía**", así como del nombre del capítulo II: "Medios de Pago para evitar la Evasión y para la Formalización de la Economía" que el propósito del legislador ha sido precisamente ese: evitar la evasión tributaria y formalizar la economía.

Así lo ratificaron de manera extensa, además, los representantes del Congreso de la República en la Audiencia Pública: tal es la evasión tributaria en nuestro país, que la Ley N.º 28194 era indispensable para erradicarla y para detectar a quienes no pagan sus impuestos.

¿Y qué medidas adopta el Congreso para alcanzar ese objetivo? Nada menos que imponer nuevos tributos a los que sí pagan sus impuestos, utilizando inconstitucionalmente, en mi criterio, su facultad de imponerlos.

En efecto: los impuestos que se imponen a los ciudadanos **NO TIENEN POR FINALIDAD CONSTITUCIONAL DETECTAR A LOS EVASORES** sino recabar fondos para el Presupuesto General de la República.

La entidad encargada de administrar –y aplicar– los tributos tiene otras facultades y medios –herramientas– para averiguar y sancionar la evasión y el fraude tributario.

La finalidad constitucional de todo tributo es recaudar fondos para cumplir con el Presupuesto, y no detectar a evasores. No creo constitucionalmente razonable imponer tributos a los ciudadanos formales con el objetivo de detectar a los informales.

2. Por otra parte, disiento también de la declaración de improcedencia que mis colegas hacen respecto a las seis demandas presentadas contra los Decretos Legislativos

N.ºs 639 y 647, los mismos que fueron “derogados” por disposición de la Ley N.º 28194.

En principio si dicha derogación se considera válida, el Tribunal Constitucional debe declarar la sustracción de la materia respecto a los procesos instaurados contra los decretos impugnados por el Colegio de Abogados del Cusco, Huaura, más de 5,000 ciudadanos, el Colegio de Contadores Públicos de Loreto, el Colegio de Abogados de Ica, el Colegio de Economistas de Piura, el Colegio de Abogados de Ayacucho, y los que se han adherido, el Colegio de Abogados de Huánuco y Pasco, el Colegio de Abogados de Puno, el Colegio de Abogados de Ucayali y el Colegio de Abogados de Junín.

En cambio, si la derogación de los decretos –en todo o en parte– se considera inválida o ineficaz, el Tribunal Constitucional deberá pronunciarse sobre los extremos no derogados de esos decretos.

Mis colegas, en el párrafo 4 del fallo, declaran improcedentes las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra el Decreto Legislativo N.º 939 y su modificatoria, el Decreto Legislativo N.º 947.

Esta declaración de improcedencia significa que consideran sustraída la materia controvertida en las correspondientes demandas, por efecto de la derogación que de los Decretos Legislativos hace la Ley N.º 28194. Es decir, consideran válida la derogación.

Mi discrepancia consiste en que no considero que exista una total sustracción de la “materia”, pues varios de los contenidos o materias de las disposiciones impugnadas en los decretos legislativos se han trasladado a la Ley N.º 28194, y porque aun cuando así no fuera, tales decretos surtieron **efectos mientras estuvieron vigentes**.

En efecto, varias “reglas de derecho” impugnadas en los seis procesos mencionados permanecen en la Ley N.º 28194. Que el “continente” de ese contenido jurídico impugnado tenga ahora la forma de ley –y no de decreto legislativo– y otra numeración, no cambia el hecho de la permanente y continua obligatoriedad del contenido.

En otras palabras, si las materias o reglas de Derecho expresadas en los Decretos Legislativos y derogadas por la Ley N.º 28194, continuaron siendo exigibles y obligatorias por mandato nuevo –pero no distinto de la Ley N.º 28194, no puede considerarse como “sustraída” la materia, pues lo único que ha hecho el Congreso es llamar ley a los ex decretos legislativos y cambiar los números, subsistiendo en ese caso la materia y su impugnabilidad.

En verdad, son varias las materias que se encuentran reguladas de manera idéntica en la Ley N.º 28194 y en los Decretos Legislativos N.ºs 939 y 947. Creo, por tanto, que el fallo del Tribunal debió declarar procedentes las demandas en esos extremos y avocarse al conocimiento del fondo tanto de los decretos como de la ley. De lo contrario se tendría que, para burlar las declaraciones de inconstitucionalidad de las normas que haga el Tribunal Constitucional le bastaría al Congreso duplicar las reglas inconstitucionales en una nueva ley, lo cual no puede admitirse.

En el párrafo 3 de la sentencia, mis colegas se eximen de pronunciarse sobre los “efectos” que cumplieron, en el pasado, los Decretos Legislativos N.º 939 y 947 sobre materia tributaria. Justifican su abstención en que “algunas de las transacciones” exoneradas por la Ley N.º 28194 permiten la devolución a los trabajadores y pensionistas del monto del ITF cuyo débito sea indebido.

Sin embargo, los trabajadores y pensionistas no son los únicos contribuyentes de la ley 28194; y, además, los efectos de los Decretos Legislativos pueden ir más allá que la simple devolución del monto del ITF.

Opino que los Decretos Legislativos impugnados, siendo de carácter tributario, surtieron efectos durante el tiempo que estuvieron vigentes, de modo que el Tribunal Constitucional estaba en la obligación de pronunciarse sobre dichos efectos, tal como lo ordena su Ley Orgánica.

La circunstancia de que hayan surtido efectos “sólo 25 días” tampoco exoneraría a mis colegas de establecer en la sentencia el tratamiento jurídico respecto a sus efectos, pues aún siendo tal porción de tiempo, son muchísimas las transacciones bancarias realizadas por individuos y empresas en ese lapso.

Además, llama la atención el hecho de que, si mis colegas consideraban improcedentes las demandas contra los Decretos Legislativos N.ºs 939 y 947 por haber sido derogados por la Ley 28194, las “acumularan” (en mayo de 2004) con la demanda contra la Ley N.º 28194 (interpuesta en abril de 2004).

3. Por otro lado, considero que sí se vulnera el derecho a la igualdad al exigir como requisito para deducir gastos, costos o créditos con fines tributarios que el pago de ciertas sumas de dinero tenga que efectuarse forzosamente mediante la forma prevista en los artículos 3º al 6º de la Ley N.º 28194 (bancarización). El esfuerzo de la ley por exonerar de dicha formalidad a ciertos tipos de transacciones, no libera a la norma de su irregularidad constitucional: todos tenemos igual derecho para deducir lo regularmente deducible en el campo tributario. No puede imponerse a algunos ciudadanos ciertas obligaciones como pre-requisito para ejercer el derecho de deducción de gastos, y a otros no; menos aun cuando la forma exigida por la ley es onerosa, pues tiene el costo del tributo. En síntesis, para ejercer el derecho a deducir los gastos tributarios, algunos ciudadanos (los que usan el sistema financiero) deben pagar un tributo, y otros no.

4. Al finalizar el párrafo 8 de la sentencia *ut supra*, mis colegas sostienen que el medio de pago a través del cual la obligación contenida en el contrato debe cumplirse, no forma parte del contenido mínimo o esencial de la libertad contractual. Discrepo de ello. No corresponde al Tribunal Constitucional o a ningún otro Tribunal señalar en abstracto cuál es el contenido esencial de la libertad contractual en todos y cada uno de los contratos. La calificación de cualquier circunstancia, incluida la forma de pago, como esencial o no en un contrato, depende de las circunstancias y de las voluntades de los contratantes, y no de terceros. Así, lo que es esencial para un individuo puede no serlo

para otro. La forma y la moneda del pago pueden ser esenciales en épocas de inflación incontrolada en contratos de pago continuado. En consecuencia, si bien para muchos ciudadanos la "forma de pago" impuesta por la Ley N.º 28194 puede resultar irrelevante, el Tribunal Constitucional no puede afirmar que para otros ciudadanos no ésta constituya un elemento esencial. Recuerdo, en esta oportunidad, lo expresado por el abogado del demandante en la Audiencia Pública: La gran mayoría de las transacciones comerciales en la sierra y selva peruanas se llevan a cabo en ferias y en lugares donde no existen entidades bancarias, de tal modo que para ellas la exigencia de la ley de acudir a los bancos como requisito para las deducciones tributarias sí resulta una cuestión importante.

5. Coincido con el demandante, por otra parte, y disiento con mis colegas, en que no bastan las excepciones al pago del tributo que establece el artículo 6º de la Ley cuestionada, pues tales excepciones no alcanzan, por ejemplo, a las transacciones feriales antes citadas. Para estar exonerada del impuesto, la ley exige que la persona, cuando reciba el dinero, tenga, concurrentemente, domicilio fiscal o civil en el distrito donde se realiza la feria y que en ese mismo distrito esté situado el bien transferido o se preste el servicio o se entregue o devuelva el monto del dinero, pero es sabido que los campesinos comercian sus productos en lugares feriales alejados de sus domicilios, por lo que no les alcanza la exoneración del artículo 6º.

En la actualidad, además, ya se está aplicando el tributo y, sin embargo, el Ministro de Economía y Finanzas no ha refrendado Decreto Supremo alguno que establezca que personas pueden actuar como fedatarios en los muchísimos lugares de la República donde no existe Notario ni Juez de Paz.

6. En el párrafo 21 los Magistrados expresan que el margen que tiene el legislador para determinar la materia imponible es amplio "pudiendo ser este un bien, un producto, un servicio, una renta o un capital" y, por tanto, concluyen en que es constitucional un impuesto como el impugnado, que grava el capital o el patrimonio. Me preocupa que la materia imponible en el caso de la Ley N.º 28194 no sea un bien, ni un producto, ni un servicio, ni una renta, ni un capital : en verdad, lo que se grava es la **circulación del dinero**. Por ello, el hecho generador se repite de manera constante respecto al mismo dinero, en tanto que el obligado al tributo no es necesariamente el dueño del bien o del producto, ni el que presta o recibe un servicio, **ni el que percibe una renta o tiene un capital**. En otras palabras, la vinculación de la materia imponible y el sujeto pasible del impuesto es muy débil y, por lo tanto, irrazonable para que pague un tributo el ciudadano que simplemente "hace circular dinero", que en muchos casos es ajeno; además, este impuesto, al gravar "la circulación del dinero", grava la circulación de la moneda.

Considero entonces que el valor cancelatorio que, según la Constitución, tiene la moneda peruana, se ve afectado por el ITF, el cual incide sobre las dos principales funciones de la moneda, que son circular y cancelar. La

consecuencia es que habrá en el país dos tipos de moneda : una con valor inalterado, alejada del sistema financiero, y otra que sí circula en dicho sistema, pero con una especie de minusvalía, por estar sometida al pago del ITF.

7. En cuanto a la violación que causa la Ley impugnada al secreto bancario, la mayoría de los Magistrados del Tribunal Constitucional sostiene en los párrafos 34 y 39 de la sentencia que el secreto bancario forma parte del contenido del "derecho a la intimidad" y que las afectaciones al secreto bancario que están constitucionalmente proscritas, son "sólo aquellas que conlleven, en sí mismas, el propósito de quebrar la esfera íntima del individuo, mas no aquellas que (...) sirvan a fines constitucionalmente legítimos".

En primer lugar, no creo que el secreto bancario forme parte del derecho a la "intimidad" de la persona, sino más bien del ámbito de su privacidad, que es algo distinto. En segundo lugar, no creo que el secreto bancario se entienda vulnerado sólo o únicamente cuando el agresor tenga el "propósito" de quebrar la esfera íntima del individuo: la intención del agresor es un elemento subjetivo, y no interesa para advertir la vulneración del secreto bancario de la víctima.

Sí creo que –en sí solo– es un fin constitucionalmente legítimo que la Administración Tributaria detecte a quienes evaden tributos o lavan dinero. Si éste es, como lo han declarado los representantes del Congreso y como lo señala la propia norma, y como consta fehacientemente en el expediente, el verdadero objetivo de la ley, ciertas medidas establecidas de modo uniforme y sin que impongan tributos para detectar el fraude tributario sí serían adecuadas y proporcionadas a dicho objetivo.

Congruentemente, así como considero inconstitucional el impuesto por no adecuarse al objetivo de la ley, considero constitucionales las disposiciones de la ley sobre el secreto bancario, pues se ajustan al objetivo de formalizar la economía y de evitar el fraude tributario. Claro que, dudo de la eficacia del levantamiento del secreto bancario sin la vigencia del ITF; sin embargo, su eventual ineficacia no lo hace inconstitucional. Dejo, por otra parte, constancia de que, al ratificarse la constitucionalidad del ITF por el Tribunal Constitucional, considero inconstitucional el extremo del levantamiento del secreto bancario a las operaciones exoneradas del impuesto (último párrafo del artículo 17º de la Ley N.º 28194).

Mi voto es, en consecuencia, por declarar inconstitucionales los artículos de la Ley N.º 28194 impugnados y los efectos de las disposiciones análogas contenidas en los Decretos Legislativos N.ºs 939 y 947 relativos al impuesto a las transacciones financieras y el último párrafo del artículo 17º de la Ley N.º 28194, y por declarar constitucionales las disposiciones relativas al secreto bancario sólo por el lapso que la ley establece dejando a salvo el derecho de los particulares que se sientan afectados en casos concretos por las normas impugnadas, para acudir al control difuso de los jueces.

**SRA.
REVOREDO MARSANO**

Exp. N° 0024-2003-AI/TC [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por la Municipalidad Distrital de Lurín. Se desarrolla la estructura de las sentencias del Tribunal Constitucional y el precedente constitucional vinculante].

Fecha de Resolución: 10 de octubre de 2005

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 31 de octubre de 2005

Resumen: En la presente sentencia, el Tribunal Constitucional, en aras de optimizar el despliegue y desarrollo de su actividad jurisdiccional, estimó pertinente precisar la naturaleza y forma de aplicación de sus precedentes vinculantes, las condiciones y efectos del cambio del precedente vinculante, y la utilización del precedente como forma de cubrir una laguna; para, finalmente, pronunciarse sobre los efectos en el tiempo de las sentencias constitucionales.

En tal sentido, estipuló que la estructura interna de sus decisiones se compone de los siguientes elementos: la razón declarativa-teológica, la razón suficiente (*ratio decidendi*), la razón subsidiaria o accidental (*obiter dicta*), la invocación preceptiva y la decisión o fallo constitucional (*decisum*). Veamos detenidamente cada uno de estos elementos:

a. La razón declarativa-axiológica es aquella parte de la sentencia constitucional que ofrece reflexiones referidas a los valores y principios políticos contenidos en las normas declarativas y teleológicas insertas en la Constitución. En ese sentido, implica el conjunto de juicios de valor concomitantes a la interpretación y aplicación de las normas técnicas y prescriptivas de la Constitución, que permiten justificar una determinada opción escogida por el Tribunal Constitucional. Ello a efectos de consolidar la ideología, la doctrina y hasta el programa político establecido en la Constitución.

b. La razón suficiente expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional. En efecto, esta se constituye en aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir estimativa o desestimativamente una causa de naturaleza constitucional; vale decir, es la regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la litis.

c. Se trata, en consecuencia, del fundamento directo de la decisión, que, por tal, eventualmente puede manifestar la base de un precedente vinculante. La razón suficiente (la regla o principio recogida como fundamento) puede encontrarse expresamente formulada en la sentencia o puede ser inferida por la vía del análisis de la decisión adoptada, las situaciones fácticas y el contenido de las consideraciones argumentativas.

d. La razón subsidiaria o accidental es aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan.

e. La invocación preceptiva es aquella parte de la sentencia en donde se consignan las normas del bloque de constitucionalidad, utilizadas e interpretadas, para la estimación o desestimación de la petición planteada en un proceso constitucional.

f. La decisión o fallo constitucional es la parte final de la sentencia constitucional que, de conformidad con los juicios establecidos a través de la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente, la invocación normativa y, eventualmente, hasta en la razón subsidiaria u occidental, precisa las consecuencias jurídicas establecidas para el caso objeto de examen constitucional.

Por otro lado, en cuanto al precedente constitucional vinculante, el Tribunal precisó, en primer lugar, que la noción "jurisprudencia constitucional" se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad. En ese orden de ideas, el "precedente constitucional vinculante" es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

La naturaleza del precedente tiene una connotación binaria. Por un lado, aparece como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia; y, por otro, expone el poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En ese contexto, el uso del precedente se sustenta en las condiciones siguientes: a) existencia de relación entre caso y precedente vinculante y b) decisión del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada.

Finalmente, en cuanto al cambio de precedente vinculante, el Tribunal estableció que se encuentra sujeto a los siguientes elementos: a) expresión de los fundamentos de hecho y derecho que sustentan dicha decisión, b) expresión de la razón declarativa-teológica, razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta dicha decisión y c) determinación de sus efectos en el tiempo.

Temas Claves: Estructura de la sentencia constitucional - jurisprudencia constitucional - ocio legislativo - precedente vinculante - principio de autonomía - *prospective overruling*.

EXP. N.º 0024-2003-AI/TC
LIMA

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LURÍN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de octubre de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Municipalidad Distrital de Lurín contra de la Municipalidad Provincial de Huarochirí y la Municipalidad Distrital de Santo Domingo de Los Olleros, con el objeto que se disponga que corresponde al Poder Ejecutivo la atribución de proponer la demarcación territorial y al Congreso aprobar la misma.

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de noviembre de 2003, la municipalidad recurrente, representada por su Alcalde, don José Luis Ayllón Mini, interpone demanda de inconstitucionalidad

contra la Municipalidad Provincial de Huarochirí y la Municipalidad Distrital de Santo Domingo de Los Olleros, con el objeto que se declare que a quien le compete aprobar o modificar la demarcación territorial es al Congreso de la República, conforme a la propuesta que alcance el Poder Ejecutivo, con lo que dicha atribución en modo alguno les corresponde a las emplazadas; en consecuencia, solicita que se declare nula la Ordenanza Municipal N.º 000011 aprobada en Sesión Ordinaria de Concejo de fecha 27 de agosto de 2003, mediante la cual se dispuso ratificar en todos sus extremos el ordenamiento territorial del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros, conforme a la Descripción de Linderos y Medidas Perimétricas y el Cuadro de Datos Técnicos y Coordenadas Poligonales expresadas en la Memoria Descriptiva aprobada por Acuerdo de Concejo N.º 009-2000-MDSDLO, del 21 de diciembre de 2000, y ratificado por Ordenanza N.º 004-2003-MDSDO, del 31 de mayo de 2003.

Sostiene que la Ordenanza impugnada persigue de manera maliciosa y encubierta aprobar la demarcación territorial del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros, puesto que ni la Constitución ni la Ley Orgánica de Municipalidades establecen a favor de estas últimas la facultad de fijar su ordenamiento territorial o determinar sus límites, dado que, conforme al inciso 7) del artículo 102º de la Constitución, es atribución del Congreso

aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo. Asimismo que, si bien corresponde a las municipalidades aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial en el ámbito provincial, ello no autoriza a que se aprueben los límites del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros en desmedro del Distrito de Lurín; de otro lado, expone que la Ordenanza bajo comentario parte de una premisa inválida, pues señala que el Distrito de Santo Domingo de Los Olleros fue creado por Ley del 4 de agosto de 1821 y está ubicado en la jurisdicción territorial de la Provincia de Huarochirí, lo que es falso pues dicha ley no creó el precitado distrito; añade, además, que este distrito carece de ley de creación y que lo que se pretende es aprobar fraudulentamente sus límites, cercenando el 60% del área total de la zona este del Distrito de Lurín.

La Municipalidad Provincial de Huarochirí contesta la demanda a través de su Procurador Público, exponiendo que la Ordenanza N.º 000011 se limitó a ratificar el ordenamiento territorial del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros de la Provincia de Huarochirí, con la descripción de los linderos y medidas perimétricas que fueron aprobados por Acuerdo de Concejo N.º 0009-2000-MDSOLO del 21 de diciembre de 2000 y ratificado por Ordenanza N.º 04-2003-MDSOLO del 31 de mayo de 2003, con lo que dicha norma ha sido dictada con arreglo a lo establecido en los artículos 40º y 79º de la Ley N.º 27972, Orgánica de Municipalidades, para lograr el ordenamiento del distrito y sin modificar la demarcación territorial, puesto que su territorio ya estaba delimitado. Añade que para evitar conflictos territoriales el 25 de julio de 2002 se publicó en el diario oficial la Ley N.º 27795, mientras que el 24 de febrero de 2003 se expidió su Reglamento, en la que se establece el procedimiento para los casos de conflicto territorial, siendo competente para resolver los mismos la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial de la Presidencia del Consejo de Ministros y, agotado el procedimiento antes anotado, recién se puede recurrir al Tribunal Constitucional para interponer demanda de conflicto de competencia, con lo que la accionante no ha agotado la vía administrativa pertinente.

Por su parte, la Municipalidad Distrital de Santo Domingo de Los Olleros solicita que la demanda sea declarada infundada, en atención a lo previsto en el artículo 79º de la Ley Orgánica de Municipalidades, que establece que los gobiernos locales tienen facultades de organización sobre su espacio físico y el uso del suelo, para lo cual deben aprobar un plan de acondicionamiento territorial, por lo que considera que no hay exceso en el ejercicio de las atribuciones como se expone en la demanda.

FUNDAMENTOS

Consideraciones previas

El Tribunal Constitucional, en aras de optimizar el despliegue y desarrollo de su actividad jurisdiccional, estima pertinente, antes de pronunciarse sobre la demanda de autos, precisar la estructuración interna y alcances de sus sentencias. Entonces, en lo que sigue, se determinará la naturaleza y forma de aplicación de sus precedentes vinculantes; las condiciones y efectos del

cambio del precedente vinculante; y la utilización del precedente como forma de cubrir una laguna. Asimismo, se explicará, *in genere*, los efectos en el tiempo de las sentencias constitucionales en general.

Las sentencias en materia constitucional

Estas aluden a aquellos actos procesales emanados de un órgano adscrito a la jurisdicción especializada, mediante las cuales se pone fin a una litis cuya tipología se deriva de alguno de los procesos previstos en el Código Procesal Constitucional. Así, en los casos de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, el fin de su expedición apunta a proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo; en los casos de los procesos de acción popular e inconstitucionalidad su finalidad es la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa; mientras que en los procesos competenciales tiene por objeto resolver los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o la leyes orgánicas que delimitan los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales.

En suma, permiten cautelar la supremacía jerárquica de la Constitución y la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona. Por ende, rebasan con largueza la satisfacción de un interés particular o de beneficio de un grupo, ya que teleológicamente resguardan los principios y valores contenidos en la Constitución, que, por tales, alcanzan a la totalidad de los miembros de la colectividad política.

Para el cumplimiento de dicho cometido, el Tribunal Constitucional considera necesario estipular que la estructura interna de sus decisiones se compone de los siguientes elementos: la razón declarativa-teológica, la razón suficiente (*ratio decidendi*) la razón subsidiaria o accidental (*obiter dicta*), la invocación preceptiva y la decisión o fallo constitucional (*decisum*).

Al respecto, veamos lo siguiente:

La razón declarativa-axiológica es aquella parte de la sentencia constitucional que ofrece reflexiones referidas a los valores y principios políticos contenidos en las normas declarativas y telológicas insertas en la Constitución.

En ese sentido, implica el conjunto de juicios de valor concomitantes a la interpretación y aplicación de las normas técnicas y prescriptivas de la Constitución, que permiten justificar una determinada opción escogitada por el Colegiado. Ello a efectos de consolidar la ideología, la doctrina y hasta el programa político establecido en el texto *supra*.

La razón suficiente expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional.

En efecto, esta se constituye en aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir estimativa o desestimativamente una causa de naturaleza constitucional; vale decir, es la regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la *litis*.

Se trata, en consecuencia, del fundamento directo de la decisión; que, por tal, eventualmente puede manifestar la basa, base o puntal de un precedente vinculante.

La razón suficiente (la regla o principio recogida como fundamento) puede encontrarse expresamente formulada en la sentencia o puede ser inferida por la vía del análisis de la decisión adoptada, las situaciones fácticas y el contenido de las consideraciones argumentativas.

La razón subsidiaria o accidental es aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan.

Dicha razón coadyuva *in genere* para proponer respuestas a los distintos aspectos problemáticos que comprende la materia jurídica objeto de examen. *Ergo* expone una visión mas allá del caso específico; por ende, una óptica global acerca de las aristas de dicha materia.

En efecto, en algunas circunstancias la razón subsidiaria o accidental aparece en las denominadas sentencias instructivas, las cuales se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un amplio desarrollo doctrinario de la figura o institución jurídica que cobija el caso objeto de examen de constitucionalidad. La finalidad de estas sentencias es orientar la labor de los operadores del derecho mediante la manifestación de criterios que pueden ser utilizados en la interpretación jurisdiccional que estos realicen en los procesos a su cargo; amén de contribuir a que los ciudadanos puedan conocer y ejercitar de la manera más óptima sus derechos.

Al respecto, son ilustrativas las sentencias de los casos Eleobina Aponte Chuquiwanca [Expediente N.º 2663-2003-HC/TC] y Taj Mahal Discoteque [Expediente N.º 3283-2003-AA/TC].

En la primera de las citadas, de manera pedagógica se precisaron los alcances de los diferentes tipos de hábeas corpus; en tanto que en la segunda se determinó académicamente la procedencia o improcedencia de una acción de garantía con sujeción al tiempo de realización de los actos que requieren tutela constitucional.

Asimismo, el Tribunal Constitucional emplea la razón subsidiaria o accidental en aquellas circunstancias en donde, a través del proceso de conocimiento de una determinada materia constitucional, establece un criterio pro persuasivo o admonitorio sobre posibles determinaciones futuras en relación a dicha materia.

Este pronunciamiento, a modo de *dicta*, permite a los operadores jurisdiccionales y a los justiciables "predecir"

o "pronosticar" la futura manera de resolver aquella cuestión hipotética conexas al caso en donde aparece manifestada.

Como bien expone Ana Magatoni Kerpel [*El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid: Mc Graw Hill, 2001, pág. 82] esta *dicta* tiene fuerza persuasiva.

Dicho "vigor convincente", en razón del rango jerárquico de la autoridad que la emite, auspicia que se garantice que en el futuro las decisiones de los órganos jurisdiccionales jerárquicamente inferiores no sean revocadas; o que los justiciables puedan prever las consecuencias de determinadas conductas dentro del marco de una eventual *litis* de naturaleza constitucional.

Al respecto, puede citarse la sentencia del caso Eusebio Llanos Huasco [Expediente N.º 976-2001-AA/TC], en donde se expusieron las consideraciones del Tribunal Constitucional relacionadas con las modalidades de despido laboral que generarían readmisión en el empleo.

La invocación preceptiva es aquella parte de la sentencia en donde se consignan las normas del bloque de constitucionalidad utilizadas e interpretadas, para la estimación o desestimación de la petición planteada en un proceso constitucional.

La decisión o fallo constitucional es la parte final de la sentencia constitucional que, de conformidad con los juicios establecidos a través de la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente, la invocación normativa y, eventualmente, hasta en la razón subsidiaria u accidental, precisa las consecuencias jurídicas establecidas para el caso objeto de examen constitucional.

En puridad, la decisión o fallo constitucional se refiere simultáneamente al acto de decidir y al contenido de la decisión.

El acto de decidir se encuentra justificado cuando se expone dentro de las competencias asignadas al Tribunal Constitucional; mientras que el contenido de la decisión está justificado cuando se deriva lógica y axiológicamente de los alcances técnicos y preceptivos de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad y de la descripción de ciertos hechos consignados y acreditados en el proceso constitucional.

En suma, la decisión o fallo constitucional constituye el pronunciamiento expreso y preciso, por medio del cual el Tribunal Constitucional estima o desestima el petitorio de una demanda de naturaleza constitucional. En ese contexto, en dicha decisión puede surgir una exhortación vinculante o persuasiva conforme a cánones establecidos en el caso Edgar Villanueva N. y 64 Congresistas de la República [Expediente N.º 0006-2003-AI/TC].

La jurisprudencia constitucional: el precedente constitucional vinculante

La noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados

del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad.

En ese orden de ideas, el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia.

La competencia del Tribunal Constitucional para determinar un precedente vinculante se encuentra sustentada en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual preceptúa que "(...) 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. 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".

Condiciones del uso del precedente constitucional vinculante

La naturaleza del precedente tiene una connotación binaria. Por un lado, aparece como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia; y, por otro, expone el poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En ese contexto, el uso del precedente se sustenta en las condiciones siguientes:

a) Existencia de relación entre caso y precedente vinculante.

En ese sentido, la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado.

El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo.

b) Decisión del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada.

La decisión del Tribunal Constitucional de establecer que un caso contiene reglas que se proyectan para el futuro como precedente vinculante se encuentra sujeta a que exista una decisión final; vale decir, que haya puesto fin al proceso.

Más aún, dicha decisión final debe concluir con un pronunciamiento sobre el fondo; es decir, estimándose o desestimándose la demanda.

La consagración de la cosa juzgada comporta que la decisión devenga en irrevocable e inmutable.

El establecimiento de un precedente vinculante no debe afectar el principio de respeto a lo ya decidido o resuelto con anterioridad a la expedición de la sentencia que contiene un precedente vinculante; vale decir, no debe afectar las situaciones jurídicas que gocen de la protección de la cosa juzgada. Por ende, no puede impedir el derecho de ejecución de las sentencias firmes, la intangibilidad de lo ya resuelto y la inalterabilidad de lo ejecutado jurisdiccionalmente.

Dicha restricción también opera en el caso que el Tribunal Constitucional, al amparo de lo previsto en la parte *in fine* del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, resuelva apartarse de un precedente y sustituirlo por otro.

Lo anteriormente expuesto debe ser concordado con lo previsto en los artículos 74° y 103° de la Constitución, y 83° del Código Procesal Constitucional, cuando de por medio existe una declaración de inconstitucionalidad.

El cambio de precedente vinculante

La competencia para el apartamiento y sustitución de un precedente vinculante está sujeta a los tres elementos siguientes:

a) Expresión de los fundamentos de hecho y derecho que sustentan dicha decisión.

b) Expresión de la razón declarativa-teológica, razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta dicha decisión.

c) Determinación de sus efectos en el tiempo.

Los presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente vinculante

El Tribunal Constitucional estima que dichos presupuestos son los siguientes:

a) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.

b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una

interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.

c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.

d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.

e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

En este supuesto, de conformidad con lo establecido en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional debe obligatoriamente expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

El precedente vinculante como forma de cubrir una laguna normativa

La función integradora del Tribunal Constitucional permite que, a través de la constitución de un precedente vinculante, se resuelvan las situaciones derivadas de un vacío normativo.

En ese orden de ideas, dicha función verificable mediante la expedición de un precedente vinculante se hace patente cuando, se acredita la ausencia absoluta de norma; cuando, a pesar de la existencia de prescripción jurídica, se entiende que esta se ha circunscrito a señalar conceptos o criterios no determinados en sus particularidades; cuando existe la regulación jurídica de una materia, pero sin que la norma establezca una regla específica para solucionar un área con conflicto coexistencial; cuando una norma deviniese en inaplicable por haber abarcado casos o acarrear consecuencias que el legislador histórico no habría establecido de haber conocido aquellas o sospechado estas; cuando dos normas sin referencia mutua entre sí –es decir en situación de antinomia indirecta– se contradicen en sus consecuencias jurídicas, haciéndose mutuamente inefaces; cuando, debido a nuevas circunstancias, surgiesen cuestiones que el legislador histórico no tuvo oportunidad de prever en la norma, por lo que literalmente no están comprendidas en ella, aunque por su finalidad pudieran estarlo de haberse conocido anteladamente; y cuando los alcances de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad no producen en la realidad efectos jurídicos por razones de ocio legislativo.

En relación con lo anteriormente expuesto, debe precisarse que la antinomia indirecta se entiende como la coexistencia de dos normas incompatibles, que tienen la misma validez jerárquica en el tiempo y en el espacio, pero que inspiran consecuencias jurídicas en fines o criterios ideológicos contrapuestos (interés público y seguridad jurídica de los particulares, etc.); en tanto que el ocio legislativo aparece como consecuencia

de la omisión, inactividad, inacción o *non facere* por parte de un órgano con competencias legislativas, lo que implica el desobedecimiento al mandato de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad que hubiese establecido que el goce de un derecho o el ejercicio de una competencia queda supeditada a la expedición de una norma reglamentaria. Dicha omisión se constata por el vencimiento del plazo determinado para legislar complementariamente o por el transcurso del plazo razonable para ello.

La aplicación del precedente vinculante

El uso de los efectos normativos y la obligación de aplicación de un precedente vinculante depende de:

a) La existencia de similitudes fácticas entre el caso a resolver y aquél del que emana el precedente.

b) La existencia de similitudes y diferencias fácticas; las que en el caso de estas últimas no justifican un trato jurídico distinto. Por ende, es factible que a través del razonamiento analógico se extienda la regla del precedente vinculante.

La eficacia prospectiva del precedente vinculante (*prospective overruling*)

El Tribunal Constitucional puede disponer excepcionalmente que la aplicación del precedente vinculante que cambia o sustituya uno anterior opere con lapso diferido (*vacatio sententiae*), a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica o para evitar una injusticia insita que podría producirse por el cambio súbito de la regla vinculante por él establecida, y que ha sido objeto de cumplimiento y ejecución por parte de los justiciables y los poderes públicos.

En efecto, la decisión de otorgar expresa y residualmente eficacia prospectiva es establecida por el Tribunal Constitucional, en aras de procesar constructiva y prudentemente la situación a veces conflictiva entre *continuidad* y *cambio* en la actividad jurisdiccional de naturaleza constitucional.

La técnica de la eficacia prospectiva del precedente vinculante se propone, por un lado, no lesionar el ánimo de fidelidad y respeto que los justiciables y los poderes públicos mostrasen respecto al precedente anterior; y, por otro, promover las condiciones de adecuación a las reglas contenidas en el nuevo precedente vinculante.

Esta decisión de diferir la eficacia del precedente puede justificarse en situaciones tales como el establecimiento de requisitos no exigidos por el propio Tribunal con anterioridad al conocimiento y resolución de la causa en donde se incluye el nuevo precedente; la existencia de situaciones duraderas o de trato sucesivo; cuando se establecen situaciones objetivamente menos beneficiosas para los justiciables, etc.

En atención a lo expuesto, el Tribunal Constitucional, al momento de cambiar de precedente, optará, según sean las circunstancias, por establecer lo siguiente:

a) Decisión de cambiar de precedente vinculante ordenando la aplicación inmediata de sus efectos, de modo que las reglas serán aplicables tanto a los procesos en trámite como a los procesos que se inician después de establecida dicha decisión.

b) Decisión de cambiar de precedente vinculante, aunque ordenando que su aplicación será diferida a una fecha posterior a la culminación de determinadas situaciones materiales. Por ende, no será aplicable para aquellas situaciones jurídicas generadas con anterioridad a la decisión del cambio o a los procesos en trámite.

Este Colegiado ya ha tenido oportunidad de utilizar la técnica de eficacia prospectiva del precedente vinculante en el caso Juan Carlos Callegari Herazo [Expediente N.º 0090-2004-AA/TC], en donde se estableció con efecto diferido la aplicación de las nuevas reglas relativas al pase a la situación de retiro por causal de renovación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Así, en dicho proceso, fijó lo siguiente: "Este Tribunal anuncia que con posterioridad a la publicación de esta sentencia, los nuevos casos en que la administración resuelva pasar a oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional de la situación de actividad a la situación de retiro por renovación de cuadros, quedarán sujetos a los criterios que a continuación se exponen: (...)".

Cabe recordar que sobre dicha materia, la decisión de diferir la aplicación de las nuevas reglas tuvo como justificación el que hasta ese momento tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional habían declarado en innumerables sentencias que el pase a la situación de retiro por causal de renovación estaba sujeto a la regla de discrecionalidad.

En ese contexto, los institutos castrenses, al amparo la sustituida regla, habían venido efectuando dichos procesos.

Los efectos de las sentencias constitucionales con o sin precedente vinculante

De manera genérica, debe precisarse que el cumplimiento y ejecución de las reglas y decisiones contenidas en las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional pueden ser observados en función a los efectos personales o temporales que de ellos se derivan.

En cuanto a los efectos personales, estos pueden ser directos o indirectos.

Los efectos directos de la sentencia se producen para las partes vinculadas al proceso constitucional, frente al cual la sentencia expedida pone fin a la litis.

Los efectos indirectos se producen para la ciudadanía en general y los poderes públicos. En ese contexto, los citados quedan "atados", en su comportamiento personal o funcional, a las reglas y decisiones que una sentencia constitucional declare como precedente vinculante.

En relación a los efectos en el tiempo, estos pueden ser irretroactivos, retroactivos o de aplicación diferida.

Como se ha referido anteriormente, la aplicación diferida se determina en una sentencia con *vacatio sententiae*; es decir, las consecuencias jurídicas de una decisión se suspenden durante algún tiempo, atendiendo a la necesidad de prever las derivaciones políticas, económicas o sociales que ello alcance. Al respecto, no debe olvidarse que 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". En ese contexto, el efecto diferido evita el hecho de corregir un mal creando otro mal, el cual es evitable por la vía de la suspensión temporal de los efectos de una sentencia con precedente vinculante.

Los efectos diferidos se manifiestan en los denominadas sentencias exhortativas y en los casos de sentencias con precedente vinculante de eficacia diferida (*prospective overruling*).

Respecto a la aplicación con efectos irretroactivos o retroactivos, cabe señalar lo siguiente:

a) Las sentencias sobre demandas de inconstitucionalidad, cumplimiento y conflictos competenciales, en principio, se aplican con efectos irretroactivos; esto es, tienen alcances *ex nunc*.

b) Las sentencias sobre demandas de hábeas corpus, amparo y hábeas data se aplican con efectos retroactivos; ya que su objeto es reponer las cosas al estado anterior a la violación de un derecho constitucional; es decir, tienen alcances *ex tunc*.

c) Las sentencias en los casos de procesos de inconstitucionalidad, en donde se ventile la existencia de violación de los principios constitucionales tributarios contenidos en el artículo 74° del texto *supra*, deben contener la determinación sobre sus efectos en el tiempo; e igual previsión debe efectuarse respecto de las situaciones judiciales mientras estuvo en vigencia la norma declarada inconstitucional. Entonces, cabe la posibilidad de que se establezca la aplicación del principio de retroactividad.

En consecuencia puede tener efectos *ex tunc*.

Al respecto, cabe recordar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional en relación a la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 38.1, 39°, Primera y Segunda Disposición Transitoria de la Ley N.º 27153 [Expediente N.º 009-2001-AI/TC], en donde de manera específica resolvió lo pertinente a las situaciones jurídico-tributarias producidas mientras estuvo en vigencia la citada ley.

d) Las sentencias en materia constitucional no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado normas declaradas inconstitucionales, salvo en materia penal o tributaria, conforme a lo dispuesto en los artículos 103° y 74° de la Constitución.

En ese contexto, éstas pueden tener efectos *ex tunc*.

Petitorio de la demanda de inconstitucionalidad

1. Conforme a lo expuesto en el escrito de demanda, la pretensión de autos es que se determine que ninguna de las municipalidades emplazadas es competente para aprobar o modificar su circunscripción territorial, pues esa atribución le corresponde al Congreso de la República; en consecuencia, la Municipalidad Distrital de Lurín solicita que se declare nula la Ordenanza Municipal N.º 000011, aprobada en Sesión Ordinaria de Concejo de fecha 27 de agosto de 2003, mediante la cual se dispuso ratificar, en todos sus extremos, el ordenamiento territorial del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros, conforme a la Descripción de Linderos y Medidas Perimétricas y el Cuadro de Datos Técnicos y Coordenadas Poligonales expresadas en la Memoria Descriptiva aprobada por Acuerdo de Concejo N.º 009-2000-MDSDLO, del 21 de diciembre de 2000, y ratificado por Ordenanza N.º 004-2003-MSDSO del 31 de mayo de 2003.

Competencia del Tribunal Constitucional y adecuación del proceso

2. Debe precisarse que, en principio, el Tribunal Constitucional es competente para conocer de los conflictos de competencia por mandato del inciso 3) del artículo 202º de la Constitución; no obstante, del petitorio de autos se advierte que la materia controvertida guarda relación con una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, por cuya razón se dispuso que el proceso de autos sea tramitado como si de una acción de inconstitucionalidad se tratara, como se aprecia del contenido de la Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 21 de abril de 2003.

3. Por consiguiente, dado que el Tribunal Constitucional, por mandato del artículo 202º, inciso 1) de la Constitución, es competente para conocer de los procesos de inconstitucionalidad, corresponde que emita sentencia, por ser ese el estado del proceso.

La competencia en asuntos de demarcación territorial

4. El artículo 102º de la Constitución expresamente ha regulado, en su inciso 7), como una de las competencias del Congreso de la República, la de aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo, por lo que ninguna corporación municipal puede pretender ejercer dicha atribución, la que ha sido reservada de manera excluyente y exclusiva, por el legislador constituyente, al Poder Legislativo.

5. La Ordenanza impugnada, en su Artículo Primero, expresa que su objeto es ratificar en todos sus extremos el Ordenamiento Territorial del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros de la Provincia de Huarochirí; en tal virtud, aparentemente no habría ningún ejercicio irregular o usurpación de funciones por parte de la Municipalidad Provincial de Huarochirí, la que se habría limitado a reafirmar la circunscripción territorial que corresponde a la Municipalidad Distrital de Santo Domingo de Los Olleros. Sin embargo, no se aprecia en autos de dónde

proviene los datos que se pretende ratificar, pues no existe documento que sustente la actuación de la emplazada, esto es, que detalle la circunscripción territorial de la Municipalidad Distrital de Santo Domingo de Los Olleros y, que por tanto, pueda ser sujeto de "ratificación" en los términos empleados en la Ordenanza impugnada.

6. Aunque en la Ordenanza se haya hecho referencia al artículo 194º de la Constitución así como a los artículos II y 79º de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N.º 27972, dichas disposiciones no son habilitantes para que cualquier corporación municipal pueda realizar labores de delimitación territorial, puesto que ni la autonomía municipal, ni las acciones de saneamiento y ordenamiento del territorio, ni la implementación, organización y administración del plan de acondicionamiento territorial, son atribuciones que permitan el desarrollo de actividades de demarcación territorial. En todo caso, el atributo de la autonomía previsto en el artículo 194º de la Constitución, debe ejercerse dentro de la jurisdicción de cada una de las corporaciones municipales. Paso previo para el ejercicio de tal atribución, obviamente será que se haya determinado la circunscripción territorial que corresponde a cada gobierno local o regional, para evitar discrepancias o conflictos entre los distintos órganos políticos; caso contrario, de existir desavenencias entre ellos, estas serán resueltas de conformidad con el inciso 7) del artículo 102º de la Constitución.

7. En consecuencia, se advierte que, por vía indirecta, la Municipalidad Provincial de Huarochirí trató de realizar lo que en la vía directa le estaba vedado, esto es, ejercer una potestad reservada para el Congreso de la República, pretendiendo "ratificar" un ordenamiento territorial determinado sin precisar previamente el documento que señale los límites o linderos de la jurisdicción municipal "ratificada", por lo que la demanda debe ser amparada.

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda interpuesta; en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** la Ordenanza Municipal N.º 000011 aprobada por la Municipalidad Provincial de Huarochirí en Sesión Ordinaria de Concejo de fecha 27 de agosto de 2003, mediante la cual se dispuso ratificar en todos sus extremos el ordenamiento territorial del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros. Por tal efecto, decláranse nulos los actos administrativos que se sustentan en ella o que contravengan la presente sentencia, tales como el Acuerdo de Concejo N.º 009-2000-MDSDLO del 21 de diciembre de 2000.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

Exp. N° 0004-2004-CC/TC [Proceso de Conflicto de Competencia promovido por el Poder Judicial. Sobre la Ley del Presupuesto General de la República y la competencia del Poder Judicial para participar en su proceso de elaboración].

Fecha de Resolución: 31 de diciembre de 2004

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 07 de febrero de 2005

Resumen: El 7 de febrero del 2005 el Tribunal Constitucional (TC) declaró fundada la demanda de Conflicto de Competencia en el extremo de la atribución que confiere el artículo 145° de la Constitución al Poder Judicial; en consecuencia, ordenó que se interprete que es competencia de este poder presentar su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo, sin que este último lo modifique, para su posterior sustentación ante el Congreso de la República.

Asimismo, animado por su permanente vocación pedagógica en materia constitucional, el Tribunal no descuidó la oportunidad para precisar que la actividad presupuestal se encuentra regida por los siguientes principios: a) de legalidad, b) de competencia, c) de justicia presupuestaria, d) de equilibrio financiero, e) de unidad, f) de exactitud, g) de anticipación, h) de anulación, i) de programación, j) de estructuración, y k) de no afectación.

De otro lado, el TC exhortó al Poder Legislativo para que, conforme a las capacidades económicas del país, se incrementen las partidas presupuestarias correspondientes al Poder Judicial con el propósito de consolidar el proceso de la administración de justicia.

También se exhortó al Poder Legislativo para que dicte una Ley por la cual se establezcan los mecanismos especiales de coordinación entre el Poder Legislativo y el Judicial, en lo relativo a la elaboración del presupuesto de este último, de acuerdo a lo previsto en el artículo 145° de la Constitución, en concordancia con el principio de equilibrio financiero previsto en el artículo 78° del mismo cuerpo legal.

Del mismo modo, se exhortó al Poder Judicial para que formule una política judicial de corto, mediano y largo plazo, donde se defina el conjunto de criterios conforme a los cuales se orientará la organización judicial para administrar justicia, señalando los fines generales y objetivos específicos, el inventario y evaluación de los medios y recursos para alcanzarlos; y la determinación de líneas de acción. Dicha política deberá ser el sustento técnico para la toma de decisiones del Poder Legislativo en cuanto a la aprobación de su presupuesto.

Temas Claves: Autonomía presupuestaria - presupuesto público - principios constitucionales presupuestarios - principio de conservación de la ley - principio de independencia - principio de separación de poderes - tipología de sentencias interpretativas.

EXP. N.º 004-2004-CC/TC

LIMA

PODER JUDICIAL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 31 días del mes de diciembre de 2004, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Alva Orlandini, Revoredo Marsano y Gonzales Ojeda

ASUNTO

Demanda de conflicto de competencia interpuesta por el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo.

ANTECEDENTES

Con fecha 20 de octubre de 2004, el Poder Judicial interpone demanda de conflicto de competencia contra el Poder Ejecutivo, aduciendo que éste ha invadido sus competencias en materia presupuestaria al presentar el "Proyecto de Ley Anual del Presupuesto del Sector Público para el año 2005" al Congreso de la República excluyendo el monto total que presentó el Poder Judicial conforme al artículo 145° de la Constitución.

Manifiesta que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, con fecha 15 de julio de 2004, aprobó el proyecto de presupuesto del Poder Judicial para el año fiscal 2005 con dos componentes: a) el presupuesto realizado según las especificaciones de la Directiva N.º 011-2004-EF/76.01, por 638,595,000.00 nuevos soles y b) una demanda adicional de recursos financieros necesarios para atender otros gastos institucionales, ascendentes a la suma de 354,407,826 nuevos soles; que, con fecha 26 de agosto de 2004, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial confirmó la aprobación del referido presupuesto, que ascendió a 993,002,826 nuevos soles; y que, el 27 de agosto de 2004, el Poder Judicial solicitó al Presidente del Consejo de Ministros que remita dicho presupuesto al Congreso de la República.

Asimismo refiere que, el 30 de agosto de 2004, el Poder Ejecutivo presentó ante el Congreso de la República el "Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005" (P/L N.º 11290/2004-PE), en el cual, atribuyéndose una competencia que no le corresponde, decidió no incluir el proyecto presentado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, reemplazándolo por un proyecto distinto, ascendente a 645,306,905.00 nuevos soles.

Por otro lado, argumenta que el artículo 145° de la Constitución Política vigente estipula que es competencia del Poder Judicial presentar su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y sustentarlo ante el Congreso de la República; que el ejercicio de esta competencia requiere

que el Poder Ejecutivo incluya en el proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público el proyecto de presupuesto que el Poder Judicial le remite; y que la cuestionable atribución de que el Poder Ejecutivo pueda variar el proyecto del Poder Judicial y presentar al Congreso uno sustituto, conduciría al absurdo de que el Poder Judicial tenga que sustentar ante el Congreso de la República un proyecto ajeno.

Añade que, por obra de la sustitución realizada por el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial se encuentra impedido de ejercer su competencia constitucional consistente en sustentar ante el Congreso de la República su proyecto de presupuesto que asciende a la suma de 993,002,826 nuevos soles. Del mismo modo, expresa que, a diferencia de lo establecido por los artículos 160.º, 162.º y 178.º de la Constitución, el Poder Judicial no se encuentra obligado a sustentar su proyecto de presupuesto ante el Poder Ejecutivo; y que la invasión de la competencia del Poder Judicial significa un agravio a la independencia del Poder Judicial por parte de otro Poder del Estado.

En atención a las consideraciones expuestas, el Poder Judicial solicita al Tribunal Constitucional lo siguiente: a) que reafirme que es competencia del Poder Judicial presentar su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo; b) que reafirme que es competencia del Poder Judicial sustentar ante el Congreso de la República el proyecto de presupuesto que presentó al Poder Ejecutivo; c) que determine que no es competencia del Poder Ejecutivo modificar el proyecto de presupuesto que le presenta el Poder Judicial; d) que se declare la nulidad de la parte correspondiente al presupuesto del Poder Judicial consignada en el "Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005" presentado por el Poder Ejecutivo ante el Congreso de la República; y e) que, como consecuencia de la nulidad y de la determinación de la competencia solicitadas, se ordene la inclusión en el "Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005", del proyecto de presupuesto del Poder Judicial que remitió éste al Poder Ejecutivo el día 27 de agosto de 2004.

Por su parte, el Poder Ejecutivo contesta la demanda expresando que no existe norma constitucional que consagre el principio de autonomía presupuestaria del Poder Judicial, ya que la propuesta del Poder Judicial para que el proyecto de su presupuesto sea incluido sin modificaciones por el Poder Ejecutivo en el proyecto de Presupuesto General del Sector Público que se envía al Congreso, no fue acogido en la Constitución de 1993. Sostiene que en ningún momento del debate en las sesiones plenarias del Congreso Constituyente Democrático se aceptó la propuesta presentada por el Poder Judicial de que su presupuesto sea enviado al Congreso sin modificaciones.

Afirma que en el proyecto de reforma constitucional del año 2002, el Poder Judicial insiste nuevamente con la propuesta de que su proyecto de presupuesto sea incorporado en sus propios términos en el proyecto de presupuesto del sector público; que la propuesta de la Comisión Especial

para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS) es bastante semejante a las propuestas presentadas por el Poder Judicial en 1993 y en el año 2002; que estas propuestas, todas similares, prueban que las mismas no fueron recogidas en la Constitución de 1993; y que la actual inexistencia de tal intangibilidad prueba que la Constitución de 1993 no obliga al Poder Ejecutivo a incluir, en sus propios términos, el proyecto de presupuesto del Poder Judicial en el Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público.

Afirma que el Poder Judicial hace una interpretación aislada del artículo 145.º de la Constitución, ya que no toma en cuenta los artículos 77.º, 78.º y 80.º de la misma; que estas normas establecen que corresponde al Presidente de la República enviar al Congreso el proyecto de Ley de Presupuesto, al Ministro de Economía y Finanzas sustentar el pliego de ingresos, que el Presupuesto asigna equitativamente los fondos públicos, y que su programación y ejecución se sujeta a criterios de eficiencia, de necesidades sociales básicas y de descentralización.

Argumenta, asimismo, que detenta la facultad exclusiva y excluyente en la programación y formulación del Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público; y que las razones de tal afirmación no sólo se amparan en fundamentos históricos, como por ejemplo que las Constituciones de 1823, 1828, 1834, 1920 y 1979 le confieren tal primacía en materia presupuestaria, sino porque el Proyecto de Ley de Presupuesto constituye el medio más adecuado que utiliza el Poder Ejecutivo para determinar cuál es la orientación y la dirección que desarrolla la política económica del país, tomando en cuenta sus necesidades, prioridades y el equilibrio presupuestario.

Del mismo modo, manifiesta que la exclusividad de que goza en la programación y formulación del presupuesto responde a fundamentos constitucionales de la administración financiera peruana, expresados en los siguientes principios reconocidos en la Constitución: administración común de recursos públicos y anualidad (artículo 77.º); anticipación (artículo 80.º); competencia (artículos 102º, inciso 4 y 108º, inciso 17); equilibrio presupuestal (artículo 78º tercer párrafo); especificación (artículo 79.º); especialidad temática (artículo 74.º tercer párrafo); justicia presupuestaria (artículo 77.º segundo párrafo) progresividad de exigencias onerosas (undécima disposición final y transitoria); unidad (artículos 77.º y 192.º); reserva de deuda pública especial (artículo 78.º); y garantía de pago de deuda externa regular (artículo 75.º y 78.º); y que, asimismo, dicha exclusividad se basa en normas legales vigentes. Por tanto, afirma, de la lectura integral y no aislada de los artículos citados se puede colegir que recae en el Poder Ejecutivo la responsabilidad constitucional de presentar el presupuesto al Congreso de la República, a efectos de que éste se encuentre equilibrado.

Por otro lado, alega que la demanda pretende cuestionar un proyecto de ley, situación no prevista por nuestro

sistema constitucional, ya que no existe norma alguna que consagre procesos constitucionales dirigidos a proyectos de leyes; y que en un conflicto de competencias no cabe cuestionar una norma o proyecto con rango de ley, ni mucho menos declarar la nulidad de una parte de esta norma, como pretende el demandante.

Por las consideraciones expuestas, el Poder Ejecutivo solicita que el Tribunal Constitucional declare: a) que el Poder Ejecutivo es competente para presentar ante el Congreso de la República el Proyecto de Ley de Presupuesto del Sector Público, empleando en su elaboración criterios de sostenibilidad y coherencia en el gasto público; b) que el Poder Judicial es competente para elaborar su proyecto de presupuesto y remitirlo al Poder Ejecutivo para su incorporación en la Ley Anual de Presupuesto; y c) que no existe conflicto alguno de competencias debido a que el Poder Ejecutivo ha respetado el marco constitucional y la legislación vigente que, sobre materia presupuestaria, se encuentra vigente.

FUNDAMENTOS

1. De manera previa al análisis de fondo sobre el conflicto de competencia que ahora toca resolver, este Colegiado considera conveniente fijar su posición acerca de cuatro temas relevantes en materia constitucional y que se derivan del caso. A saber, la tipología y los efectos de la jurisprudencia constitucional, la naturaleza de la Ley Anual de Presupuesto, los principios constitucionales en materia presupuestaria y las características del presupuesto.

I.- La tipología y los efectos de la jurisprudencia constitucional

2. Sobre este tema, la doctrina ha establecido una doble clasificación: la primera distingue entre sentencias de especie o de principio, y la segunda entre sentencias estimativas o desestimativas. Veámoslas brevemente:

Respecto a la primera clasificación se tiene:

a) Las sentencias de especie se constituyen por la aplicación simple de las normas constitucionales y demás preceptos del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto. En este caso, la labor del juez constitucional es meramente "declarativa", ya que se limita a aplicar la norma constitucional o los otros preceptos directamente conectados con ella.

b) Las sentencias de principio son las que forman la jurisprudencia propiamente dicha, porque interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, llenan las lagunas y forjan verdaderos precedentes vinculantes.

En cuanto a estas últimas, el Tribunal Constitucional peruano ha dictado diversas sentencias emitidas en los Exps. N.º 0008-2003-AI/TC y N.º 018-2003-AI/TC, que llamaremos "instructivas", y que se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un desarrollo jurisprudencial y doctrinario de los temas más importantes en discusión. Este tipo de sentencias se justifican porque tienen como finalidad orientar a los jueces con criterios que puedan utilizar en la interpretación constitucional

que realicen en los procesos a su cargo y, además, porque contribuye a que los ciudadanos ejerciten mejor sus derechos.

Con relación a la segunda clasificación, debemos expresar lo siguiente:

A. Las sentencias estimativas

3. Las **sentencias estimativas** son aquellas que declaran fundada una demanda de inconstitucionalidad. Su consecuencia jurídica específica la eliminación o expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico, mediante una declaración de invalidez constitucional. En dicha hipótesis, la inconstitucionalidad se produce por la colisión entre el texto de una ley o norma con rango de ley y una norma, principio o valor constitucional. Las sentencias estimativas pueden ser de simple anulación, interpretativa propiamente dicha o interpretativas-manipulativas (normativas).

3.1. Las sentencias de simple anulación

En este caso el órgano de control constitucional resuelve dejar sin efecto una parte o la integridad del contenido de un texto. La estimación es parcial cuando se refiere a la fracción de una ley o norma con rango de ley (un artículo, un párrafo, etc.); y, por ende, ratifica la validez constitucional de las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo impugnado. La estimación es total cuando se refiere a la plenitud de una ley o norma con rango de ley; por ende, dispone la desaparición íntegra del texto normativo impugnado del ordenamiento jurídico.

3.2. Las sentencias interpretativas propiamente dichas

En este caso el órgano de control constitucional, según sean las circunstancias que rodean el proceso constitucional, declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial, lo cual acarrea una aplicación indebida.

Dicha modalidad aparece cuando se ha asignado al texto objeto de examen una significación y contenido distinto al que la disposición tiene cabalmente. Así, el órgano de control constitucional puede concluir en que por una errónea interpretación se han creado "**normas nuevas**", distintas de las contenidas en la ley o norma con rango de ley objeto de examen. Por consiguiente, establece que en el futuro los operadores jurídicos estarán prohibidos de interpretar y aplicar aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución.

3.3. Las sentencias interpretativas-manipulativas (normativas)

En este caso el órgano de control constitucional detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley. La elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa y acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva.

La operación ablativa o de exéresis consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada "eliminando"

del proceso interpretativo alguna frase o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución. Para tal efecto, se declara la nulidad de las "expresiones impertinentes"; lo que genera un cambio del contenido preceptivo de la ley.

La operación reconstructiva o de reposición consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada "agregándosele" un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo.

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

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

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

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

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

La experiencia demuestra que residualmente la declaración de inconstitucionalidad puede terminar siendo más gravosa desde un punto de vista político, jurídico, económico o social, que su propia permanencia dentro del ordenamiento constitucional. Así, pues, los efectos de dicha declaración pueden producir, durante un "tiempo", un vacío legislativo dañoso para la vida coexistencial.

En ese sentido, no debe olvidarse que la jurisdicción constitucional desarrolla una función armonizadora de los conflictos sociales y políticos subyacentes en un proceso constitucional, por lo que dichas sentencias se constituyen en instrumentos procesales necesarios para el desarrollo de tal fin.

Este tipo de sentencias propician el despliegue de los efectos de las normas constitucionales que podrían ser

obstaculizados por los "huecos normativos" emanados de un simple fallo estimatorio.

Las normas inducidas y deducidas emanadas de una sentencia manipulativa-interpretativa (normativa) se encuentran implícitas dentro del ordenamiento constitucional, pero son objetivables mediante este procedimiento.

Existe una pluralidad de sentencias manipulativo-interpretativas; a saber:

3.3.1 Las sentencias reductoras: Son aquellas que señalan que una parte (frases, palabras, líneas, etc.) del texto cuestionado es contraria a la Constitución, y ha generado un vicio de inconstitucionalidad por su redacción excesiva y desmesurada.

En ese contexto, la sentencia ordena una restricción o acortamiento de la "extensión" del contenido normativo de la ley impugnada. Dicha reducción se produce en el ámbito de su aplicación a los casos particulares y concretos que se presentan en la vía administrativa o judicial.

Para tal efecto, se ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo de la ley cuestionada en relación a algunos de los supuestos contemplados genéricamente; o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas. Ello implica que la referida inaplicación abarca a determinadas situaciones, hechos, acontecimientos o conductas originalmente previstas en la ley; o se dirige hacia algunos derechos, beneficios, sanciones o deberes primordialmente previstos.

En consecuencia, la sentencia reductora restringe el ámbito de aplicación de la ley impugnada a algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto.

3.3.2. Las sentencias aditivas: Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

En ese contexto procede a "añadir" algo al texto incompleto, para transformarlo en plenamente constitucional. En puridad, se expiden para completar leyes cuya redacción rónica presenta un contenido normativo "menor" respecto al exigible constitucionalmente. En consecuencia, se trata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad no del texto de la norma o disposición general cuestionada, sino más bien de lo que los textos o normas no consignaron o debieron consignar.

En ese sentido, la sentencia indica que una parte de la ley impugnada es inconstitucional, en tanto no ha previsto o ha excluido algo. De allí que el órgano de control considere necesario "ampliar" o "extender" su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados, o ensanchando sus consecuencias jurídicas.

La finalidad en este tipo de sentencias consiste en controlar e integrar las omisiones legislativas inconstitucionales; es

decir, a través del acto de adición, evitar que una ley cree situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales.

Es usual que la omisión legislativa inconstitucional afecte el principio de igualdad; por lo que al extenderse los alcances de la norma a supuestos o consecuencias no previstos para determinados sujetos, en puridad lo que la sentencia está consiguiendo es homologar un mismo trato con los sujetos comprendidos inicialmente en la ley cuestionada.

El contenido de lo "adicionado" surge de la interpretación extensiva, de la interpretación sistemática o de la interpretación analógica.

3.3.3. Las sentencias sustitutivas: Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley.

Ahora bien, debe aclararse que la parte sustituyente no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico.

La actividad interpretativa se canaliza con el traslado de los supuestos o las consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el legislador, hasta la parte de la ley cuestionada –y en concreto afectada de inconstitucional–, con el objeto de proceder a su inmediata integración. Dicha acción se efectúa excepcionalmente para impedir la consumación de efectos políticos, económicos, sociales o culturales gravemente dañosos y derivados de la declaración de inconstitucionalidad parcial.

3.3.4. Las sentencias exhortativas: Son aquellas en donde el órgano de control constitucional declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que recomienda al Parlamento para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principios o valores constitucionales.

Como puede observarse, si en sede constitucional se considera *ipso facto* que una determinada disposición legal es contraria a la Constitución, en vez de declararse su invalidez constitucional, se confiere al legislador un plazo determinado o determinable para que la reforme, con el objeto de eliminar la parte violatoria del texto fundamental.

En este tipo de sentencias se invoca el concepto de *vacatio setentiae*, mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del fallo. Es decir, se modulan los efectos de la decisión en el tiempo. Dicha expresión es un equivalente jurisprudencial de la *vacatio legis* o suspensión temporal de la entrada en vigencia de una ley aprobada.

Debe señalarse que la exhortación puede concluir por alguna de las tres vías siguientes:

- Expedición de la ley sustitutiva y reformante de la norma declarada incompatible con la Constitución.

- Conclusión *in totum* de la etapa suspensiva; y, por ende, aplicación plenaria de los alcances de la sentencia. Dicha situación se cuando el legislador ha incumplido con dictar la ley sustitutiva dentro del plazo expresamente fijado en la sentencia.

- Expedición de una segunda sentencia. Dicha situación se produce por el no uso parlamentario del plazo razonable para aprobar la ley sustitutiva.

Asimismo, este Tribunal ha emitido en múltiples procesos constitucionales sentencias exhortativas que, a diferencia de las anteriormente descritas, no tiene efectos vinculantes.

Dichas sentencias son recomendaciones o sugerencias, *strictu sensu*, que, partiendo de su función armonizadora ante los conflictos, se plantean al legislador para que en el ejercicio de su discrecionalidad política en el marco de la constitución pueda corregir o mejorar aspectos de la normatividad jurídica. En tales sentencias opera el principio de persuasión y se utilizan cuando, al examinarse los alcances de un proceso constitucional, si bien no se detecta la existencia de un vicio de inconstitucionalidad, se encuentra una legislación defectuosa que de algún modo conspira contra la adecuada marcha del sistema constitucional.

Al respecto, deben mencionarse las sentencias emitidas en los Expedientes Acumulados N.ºs 001/003-2003-AI/TC, en donde se exhorta al Poder Ejecutivo para que, en salvaguarda del principio de seguridad jurídica que debe informar al Sistema Registral, reglamente el uso del formulario registral legalizado por notario, previsto en el segundo párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 27755; o la sentencia del Expediente N.º 022-2003-AI/TC, en donde se exhorta a la autoridad competente y a los Poderes del Estado involucrados a asumir las funciones que, conforme al artículo 102.º, inciso 7.º de la Constitución y a las normas de desarrollo, le corresponde en materia de delimitación territorial, especialmente en lo que respecta a la controversia suscitada por los límites territoriales de la Isla Lobos de tierras, que genera un conflicto entre los gobiernos regionales de Lambayeque y Piura.

3.3.5. Las sentencias estipulativas: Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad establece, en la parte considerativa de la sentencia, las variables conceptuales o terminológicas que utilizará para analizar y resolver una controversia constitucional. En ese contexto, se describirá y definirá en qué consisten determinados conceptos.

B. Las sentencias desestimativas

4. Las sentencias desestimativas son aquellas que declaran, según sea el caso, inadmisibles, improcedentes o infundadas las acciones de garantía, o resuelven

desfavorablemente las acciones de inconstitucionalidad. En este último caso, la denegatoria impide una nueva interposición fundada en idéntico precepto constitucional (petición parcial y específica referida a una o varias normas contenidas o en una ley); además, el rechazo de un supuesto vicio formal no obsta para que esta ley no pueda ser cuestionada ulteriormente por razones de fondo. Ahora bien, la praxis constitucional reconoce una pluralidad de formas y contenidos sustantivos de una sentencia desestimativa, a saber:

4.1 La desestimación por rechazo simple: En este caso el órgano de control de la constitucionalidad resuelve declarar infundada la demanda presentada contra una parte o la integridad de una ley o norma con rango de ley.

4.2. La desestimación por sentido interpretativo (interpretación *strictu sensu*). En este caso el órgano de control de la constitucionalidad establece una manera creativa de interpretar una ley parcial o totalmente impugnada. Es decir, son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la constitucionalidad de una ley cuestionada, en la medida que se la interpreta en el sentido que éste considera adecuado, armónico y coherente con el texto fundamental.

En ese entendido, se desestima la acción presentada contra una ley, o norma con rango de ley, previo rechazo de algún o algunos sentidos interpretativos considerados como infraccionantes del *textosupra*. Por ende, se establece la obligatoriedad de interpretar dicha norma de "acuerdo" con la Constitución; vale decir, de conformidad con la interpretación declarada como única, exclusiva y excluyentemente válida.

II. La naturaleza de la Ley Anual de Presupuesto

5. La Ley Anual de Presupuesto es el instrumento legal mediante el cual el sector público periódicamente programa sus actividades y proyectos en atención a sus metas y objetivos. En ese sentido, tal como lo establece el artículo 77º de la Constitución, la administración económica y financiera del Estado se rige por la Ley de Presupuesto que anualmente aprueba el Congreso de la República. En contraposición a las prácticas de las monarquías absolutistas en donde existía la política de perpetuidad de las contribuciones, pues se tenía garantizada la obtención de fondos sin tener que renovar las convocatorias a los entes de naturaleza parlamentaria de la época, la adopción estatista de las ideas liberales en el siglo XIX origina la imposición de un régimen de temporalidad de los fondos y la previa aprobación democrática del gasto.

6. Al respecto, José Roberto Dromí [Constitución, Gobierno y Control: En Presupuesto y cuenta de inversión, instrumentos de gobierno y control. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997, pág. 200] expresa que: "el presupuesto es una manifestación más del control jurídico-político del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo, como corolario del sometimiento de la actividad financiera del Estado al imperio de la ley, propio de todo Estado de Derecho, y como expresión de la Teoría de la separación de

poderes". Por su parte, Licciardo Cayetano [La función del presupuesto en el Estado Moderno. Argentina: Departamento de Ciencias Económicas, Jurídicas y Social de la Universidad de Salta, 1980, pág. 103] expone que: "El presupuesto es una institución fundamental para la forma republicana de gobierno, porque nace junto con el derecho del pueblo a saber lo que el gobierno hace".

7. En esa perspectiva, los fines de la actividad presupuestal pueden resumirse en los cuatro siguientes:

- a) Facilitar el conocimiento y control político-parlamentario del programa económico del Ejecutivo.
- b) Coadyuvar a la ejecución eficiente y a la fiscalización administrativo-financiera por parte de la Contraloría General de la República.
- c) Prever los posibles efectos económicos y sociales de los programas de ingresos y gastos fiscales durante un ejercicio presupuestal.
- d) Interpretar, a través de los programas de obras, servicios y cometidos, el sentido de la noción bien común.

8. Consideramos que el Presupuesto como institución básica del derecho público, debe entenderse a la luz de las cuatro perspectivas siguientes:

8.1. Perspectiva política

El presupuesto es un instrumento clave en el desenvolvimiento de las funciones de gobierno y control. En el ámbito gubernativo expresa la decisión legislativa relativa al financiamiento de la orientación de la política económica y la aprobación del programa detallado de la ejecución o realización de obras, servicios y cometidos (actividades) estatales. En suma, como bien advierte Domingo García Belaúnde Saldías [El Derecho Presupuestario en el Perú. Lima: Luis Alfredo Ediciones, 1998, pág. 115]: "El presupuesto es una herramienta de acción política".

En el ámbito contralor expresa una autorización legislativa limitativa del Ejecutivo que facilita la fiscalización del Legislativo y de la Contraloría General de la República, relativa a la ejecución de la política económica y, particularmente, de la habilitación de las competencias para la realización de los gastos e inversiones públicas.

Dicha acción contralora se presenta de manera dual: precautoriamente, mediante la autorización del gasto vía la aprobación de la Ley Anual de Presupuesto, y ulteriormente, mediante el examen de la Cuenta General de la República.

8.2. Perspectiva económica

El presupuesto es un instrumento insoslayable para la aplicación de la política económica. En efecto, como exponen Ricardo Cibelti y Enrique Sierra [El sector público en la planificación del desarrollo. México: Siglo XXI, 1976, pág. 232] su existencia prevé y guía la conducta de los agentes económicos.

8.3. Perspectiva administrativa

El presupuesto es concurrentemente, *ab initio*, un instrumento contable de previsión y, *ex post*, un texto confrontativo que establece un balance de resultados de la gestión gubernamental durante un determinado lapso.

8.4. Perspectiva jurídica

El presupuesto emana de un acto legislativo que otorga eficacia y valor jurídico a la política económica. El presupuesto surge de la acción parlamentaria en una ley con trámite diferenciado, debido a su naturaleza especial y a la importancia que tiene *per se*; además de tener una vigencia limitada y predeterminada con una función específica y constitucionalmente diferida. Dado su carácter jurídico, se presenta como la condición legal necesaria para que el Ejecutivo ejerza algunas de sus competencias.

En suma, el presupuesto se configura como una ley en su cabal sentido, ya que, a pesar de provenir de una iniciativa ajena al Parlamento, éste, después de la correspondiente discusión, puede modificar total o parcialmente el proyecto presentado por el Ejecutivo.

Restringiendo la temática presupuestal a lo político y jurídico, cabe señalar que la decisión parlamentaria es simultáneamente de previsión y autorización.

Será previsional cuando se enumeran los ingresos fiscales del Estado y se valoran comparativamente con los gastos fiscales a realizarse dentro del período presupuestal.

Será autoritativa cuando fija el alcance de las competencias del Ejecutivo en materia económico-administrativa de acuerdo a tres factores: El temporal (anualidad), el cualitativo (especificidad y finalidad de la materia presupuestal) y el cuantitativo (monto máximo a gastar).

III. Los principios constitucionales presupuestarios

9. La actividad presupuestal se rige por los once principios siguientes:

9.1. Principio de legalidad

Previsto en el artículo 78.º de la Constitución, que establece una reserva de ley respecto al instrumento normativo viabilizador de su vigencia; ello implica que sólo mediante un dispositivo de dicho rango se puede aprobar o autorizar la captación de los ingresos fiscales y efectuar los gastos de la misma naturaleza. Por consiguiente, sin la previa existencia de una Ley de Presupuesto, es jurídicamente imposible proceder a la ejecución presupuestal.

Este principio dispone, adicionalmente, que la elaboración y aprobación del presupuesto está condicionado a requisitos de forma y tiempo que no pueden ser inobservados.

9.2. Principio de competencia

Previsto en los artículos 78.º, 79.º, 80.º, 160.º y 162.º de la Constitución, y en la Tercera Disposición Final de la Ley

N.º 28301, que delimita la esfera de actuación y funciones de las instituciones del Estado en el inicio del proceso que culmina con la promulgación de la Ley de Presupuesto.

Juan Carlos Morón Urbina [Los fundamentos constitucionales de la administración financiera peruana. En Themis, N.º 39, PUCP, 1999, pág. 157] acota que dicho principio: "constituye la división formal de atribuciones excluyentes en aspectos presupuestales (...)".

9.3. Principio de justicia presupuestaria

Contemplado en los artículos 16.º y 77.º de la Constitución, que establece que la aprobación o autorización para la captación de ingresos y la ejecución de gastos supone un compromiso con la consagración de valores comunitarios y la construcción del bien común. De allí que los fines estatales previstos en el texto fundamental de la República se constituyan en la razón de ser y en el sentido de la actividad presupuestal.

9.4. Principio de equilibrio financiero

Previsto en el artículo 78.º 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.

9.5. Principio de unidad

Previsto en el artículo 77.º de la Constitución, que establece que el presupuesto debe incluir la totalidad de los recursos y gastos considerados para un ejercicio presupuestal dentro de un solo y único texto normativo.

Maurice Duverger [Hacienda Pública, Barcelona: Bosch, 1968, págs. 227-228] expone que dicho principio descansa en dos razones fundamentales: la financiera y la política. La primera consiste en percibir el presupuesto como una regla de orden y claridad que traduzca un genuino y auténtico estado de la situación financiera del país; y, por ende, que refleje la realidad de la obtención de los recursos públicos y su aplicación o gasto. De allí que se proscriba la multiplicación de los presupuestos y las cuentas singulares, ya que impediría tener una visión global más clara de los ingresos y gastos públicos. La razón política consiste en señalar que la unidad acrecienta la eficiencia y la eficacia para el control que sobre el parlamento ejerce la Contraloría General de la República.

9.6. Principio de exactitud

Previsto en el artículo 77.º de la Constitución, y 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.

9.7. Principio de anticipación

Previsto en los artículos 78.º y 80.º de la Constitución, que presupone la obligación de que la Ley de Presupuesto

sea aprobada con anterioridad a su ejecución, y que, para ello, el Estado programe financiera y administrativamente sus actividades y proyectos, en atención a determinadas y preestablecidas metas y proyectos.

9.8. Principio de anualidad

Previsto en el artículo 77.º de la Constitución, y por el cual la ejecución presupuestal debe realizarse dentro de un plazo preciso, determinado y extinguido de un año calendario; es decir, entre el 1 de enero y el 31 de diciembre. Domingo García Belaúnde Saldías [ob. cit., pág. 142] expresa que "La Ley de Presupuesto tiene como carácter distintivo de otras normas su vigencia determinada (...). Así, para el principio de anualidad, se entiende que el presupuesto prevé los recursos y los gastos de un año, a cuyo término la ley pierde su vigencia". Dicho plazo se justifica porque las situaciones financieras son variables en el tiempo.

9.9. Principio de programación

Previsto en el artículo 77.º 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.

9.10. Principio de estructuración

Previsto en el artículo 77.º de la Constitución, que establece que la configuración de la Ley del Presupuesto se sujeta a dos ámbitos: el gobierno central y las instancias descentralizadas que comprenden el universo de órganos y organismos dotados de autonomía (Banco Central de Reserva, Tribunal Constitucional, etc.).

9.11. Principio de no afectación

Previsto en el artículo 79.º de la Constitución, que señala como regla general que los recursos del Estado deben formar una única argamasa económica, tornando indistinguible el origen de su procedencia a fin de que sean utilizados para cubrir la totalidad de los gastos. La verificación práctica de dicho principio comporta el impedimento de que determinados ingresos fiscales sean empleados para cubrir gastos específicos.

Al respecto, Maurice Duverger [ob. cit., pág. 88] comenta que: "(...) la no afectación impide las relaciones jurídicas entre ingresos y gastos". Por excepción, dicho principio puede ser inaplicable cuando exista una solicitud del Poder Ejecutivo, a fin de que el Congreso apruebe un tributo con un fin predeterminado.

IV. Características del presupuesto

10. Finalmente, debe considerarse que entre las principales características que presenta la Ley General de Presupuesto, se cuentan las siguientes:

- a) Es un acto de previsión y ordenamiento, destinado a regular la función administrativa y financiera del Estado.
- b) Es un acto de autorización de ejecución del gasto público, concedida por el Congreso mediante ley expresa y especial.
- c) Tiene un plazo legal determinado y expiratorio para la autorización de ejecución del gasto público (un año).
- d) La existencia esencial de ejecución del gasto público, bajo responsabilidad funcional. Para tal efecto, existen medidas de control para el correcto uso de la autorización concedida.
- e) La programación y ejecución es concordante con los criterios de eficiencia de las necesidades sociales básicas y de descentralización.

V. Análisis del caso concreto

11. En relación al petitorio de la presente acción, los demandantes han solicitado en el presente conflicto de competencia lo siguiente:

- a) Que se reafirme que es competencia del Poder Judicial presentar su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo.
- b) Que se reafirme que es competencia del Poder Judicial sustentar ante el Congreso de la República el proyecto de presupuesto que presentó al Poder Ejecutivo.
- c) Que se determine que no es competencia del Poder Ejecutivo modificar el proyecto de presupuesto que le presenta el Poder Judicial.
- d) Que se declare la nulidad de la parte correspondiente al presupuesto del Poder Judicial contenida en el "Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005" presentado por el Poder Ejecutivo ante el Congreso de la República.
- e) Que, como consecuencia de la nulidad y de la determinación de la competencia solicitadas, se ordene la inclusión en el "Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005", del proyecto de presupuesto del Poder Judicial, que remitió este Poder del Estado al Poder Ejecutivo el día 27 de agosto de 2004.

12. Como lo señalamos en nuestra resolución del 10 de noviembre de 2004, recaída en la solicitud de medida cautelar presentada por el Poder Judicial en el presente proceso, la contienda de competencia planteada por el Poder Judicial ingresó al Tribunal Constitucional en la tarde del jueves 21 de octubre de 2004 y fue admitida a trámite el 25 del mismo mes y año, corriéndose traslado al Presidente del Consejo de Ministros, para su respectiva contestación, por el plazo legal de treinta días hábiles que vencía en fecha posterior a la de remisión de la autógrafo de la Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005 al Poder Ejecutivo, conforme al segundo párrafo del artículo 80.º de la Constitución, esto es, el 30 de noviembre de 2004. Por tanto, la demanda se presentó cuando el trámite para la aprobación de la referida Ley de Presupuesto había comenzado. Del mismo modo, la

contestación de la demanda se efectuó el 9 de diciembre de 2004, cuando dicho proyecto de ley ya había sido aprobado y su autógrafo había sido remitida al Presidente de la República, para su promulgación. El 21 de diciembre de 2004, mediante la Ley N.º 28427, se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2005.

13. Por tanto, respecto de los dos últimos puntos del petitorio –señalados en los literales d) y e) del Fundamento N.º 11, *supra*– ha operado la sustracción de la materia. Sin embargo, el hecho de que se haya aprobado la Ley de Presupuesto para el ejercicio fiscal 2005, bajo el supuesto de que el Poder Ejecutivo fijó un tope para el presupuesto del Poder Judicial, no impide que este Tribunal Constitucional conozca sobre el fondo del conflicto, porque la demanda del Poder Judicial cuestiona con carácter general la decisión del Poder Ejecutivo, durante los últimos años, de determinar el presupuesto del Poder Judicial que, en opinión del demandante, afecta la competencia que le reconoce el artículo 145.º de la Constitución para presentar su presupuesto al Poder Ejecutivo, sin que éste último lo modifique, y sustentarlo ante el Congreso de la República. En consecuencia, este Tribunal Constitucional sólo se pronunciará sobre los tres primeros puntos del petitorio.

VI. El artículo 145.º de la Constitución y la competencia en controversia

14. El artículo 145.º de la Constitución dispone que el Poder Judicial presenta su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y lo sustenta ante el Congreso.

15. El demandante alega que el ejercicio de esta competencia requiere que el Poder Ejecutivo incluya en el proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público el proyecto de presupuesto que el Poder Judicial le remite. Añadiendo que el hecho de que el Poder Ejecutivo pueda variar el proyecto del Poder Judicial y presentar al Congreso uno sustituto, conduciría al absurdo de que, en su oportunidad, el Poder Judicial sustente ante el Congreso de la República un proyecto ajeno.

16. Por su parte, el Poder Ejecutivo ha sostenido que no existe norma constitucional que consagre el principio de autonomía presupuestaria del Poder Judicial. En consecuencia, niega que el artículo 145.º de la Constitución consagre la competencia aducida por el Poder Judicial. Para fundamentar dicha tesis afirma que durante los últimos años el Poder Judicial ha tenido la aspiración de que su proyecto de presupuesto sea incluido sin modificaciones por el Poder Ejecutivo en el proyecto de Presupuesto General del Sector Público que se envía al Congreso. Añade que en ningún momento del debate en el Congreso Constituyente Democrático se aceptó la propuesta presentada por el Poder Judicial de que su presupuesto sea enviado al Congreso sin modificaciones, de manera que tal planteamiento no fue acogido en la Constitución de 1993.

17. Del mismo modo, sostienen que en el proyecto de reforma constitucional del año 2002 el Poder Judicial insistió nuevamente con la propuesta de que su proyecto

de presupuesto debía ser incorporado en sus propios términos en el proyecto de presupuesto del sector público, y que la misma propuesta fue presentada por la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS) en su proyecto de reforma constitucional relativo al Poder Judicial. Por ello, consideran que estos hechos prueban que: "la autonomía presupuestaria del Poder Judicial" no fue recogida en la Constitución de 1993.

18. El Tribunal Constitucional no comparte la argumentación del Poder Ejecutivo. Y es que, si bien el debate constituyente es una de las herramientas para la interpretación jurídica, pues permite conocer las diversas posiciones sobre un determinado tema y cuál fue la tesis que prevaleció, no es menos cierto que cuando una norma es aprobada, y la Constitución no escapa a esta regla, dicha norma adquiere autonomía respecto de sus creadores y, por tanto, conforme a ella, corresponde a los intérpretes determinar el alcance, contenido y perfil exacto de cada una de sus disposiciones.

19. Al respecto, este Colegiado ha sostenido que la: "(...) norma, es sabido, una vez promulgada y publicada, adquiere lo que se ha dado en llamar "vida propia". Se desliga de la intención de su creador y adquiere vigencia autónoma, ubicándose en el contexto legislativo coexistente, frente a los futuros intérpretes y a las situaciones del porvenir." (Exp. N.º 0002-2001-AI/TC, Fundamento N.º 2). En tal sentido, si bien reconocemos la pluralidad de intérpretes jurídicos con relación a la Constitución, también reafirmamos el lugar privilegiado que ocupa el Tribunal Constitucional para efectuar una interpretación de la Constitución con carácter jurisdiccional y, sobre todo, vinculante para los Poderes del Estado, órganos constitucionales, entidades públicas, privadas y para los ciudadanos.

20. De otro lado, el demandante manifiesta que, a diferencia de lo estipulado en los artículos 160.º, 162.º y 178.º de la Constitución, que disponen que el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y el Jurado Nacional de Elecciones sustentan su proyecto de presupuesto ante el Poder Ejecutivo, el artículo 145.º de la Constitución no impone tal condición al Poder Judicial. Sobre ello el Tribunal Constitucional considera que, en efecto, de las normas constitucionales citadas se advierte un trato distinto para el Poder Judicial.

21. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional advierte la incoherencia entre el artículo 80º de la Constitución y las disposiciones referidas en el Fundamento N.º 20, *supra*; y, además, la omisión en dicho artículo de consignar al Presidente del Tribunal Constitucional y al Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura, que presiden órganos constitucionales autónomos, y que por ello sustentan sus respectivos presupuestos ante el Congreso sólo por mandato legal. Consecuentemente, el fallo técnico constitucional debe también precisar que en el texto del artículo 80º de la Constitución se enumere a los funcionarios que tienen atribución para sustentar sus presupuestos ante el Congreso de la República.

22. Por las consideraciones expuestas, es posible, a partir del artículo 145.º de la Constitución, determinar si la Constitución consagra, o no, la competencia alegada a favor del Poder Judicial. Por tanto, ¿debe el Poder Ejecutivo respetar el presupuesto que le presenta el Poder Judicial, no modificarlo e incorporarlo al proyecto general del presupuesto del Estado y remitirlo al Congreso de la República para su discusión y aprobación final? Para responder ello es necesario efectuar un análisis sobre la participación que, según la Constitución, tienen los Poderes del Estado en el proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto.

VII. Los principios de separación y colaboración de poderes en la participación de los Poderes del Estado en el proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto

23. Conforme a los artículos 3.º y 43.º de la Constitución, la República del Perú se configura como un Estado Democrático y Social de Derecho, y su gobierno se organiza según el principio de separación de poderes. Al respecto, hemos expresado que: "La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura." (Exp. N.º 0023-2003/AI, Fundamento N.º 5).

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

25. En efecto, el procedimiento legislativo de aprobación de la Ley de Presupuesto está sujeto al siguiente trámite:

24.1. La remisión del proyecto de Ley de Presupuesto por el Presidente de la República al Congreso, dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año, y que debe estar efectivamente equilibrado, conforme lo dispone el artículo 78.º de la Constitución.

24.2. La elaboración del dictamen de la Comisión de Presupuesto del Congreso de la República que, previo

análisis en sesiones públicas, es presentado al Pleno para su debate en el plazo previsto en el artículo 81.º-c de su Reglamento.

24.3. La sustentación por el Ministro de Economía y Finanzas, ante el Pleno del Congreso, del pliego de ingresos y, por cada ministro, de los respectivos pliegos de egresos, así como por el Presidente de la Corte Suprema, el Fiscal de la Nación y el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, según el artículo 80 de la misma Carta; y por los otros titulares de pliegos en la forma prevista por otras disposiciones constitucionales y legales; en debate que se inicia el 15 de noviembre.

24.4. La remisión de la autógrafa de la Ley de Presupuesto al Poder Ejecutivo hasta el 30 de noviembre, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 80.º de la propia Constitución.

26. Como puede advertirse, amparado en la colaboración de poderes es que se desarrolla el proceso de elaboración y aprobación de la Ley de Presupuesto. Al respecto, comprobamos que, por un lado, la iniciativa legal corresponde al Poder Ejecutivo y al Ministro de Economía y Finanzas la sustentación ante el pleno del pliego de ingresos del presupuesto; y, por otro, que corresponde al Congreso de la República su aprobación.

27. Sin embargo, si bien el principio de colaboración de poderes está presente en el proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto, la Constitución otorga preeminencia al Congreso de la República en esta materia. En efecto, este Tribunal debe destacar que, conforme al artículo 45.º de la Constitución, el poder emana del pueblo y, conforme al principio representativo consagrado en el artículo 43.º de la misma norma, concordante con el artículo 77.º y a los incisos 1) y 4) del artículo 102.º de la Constitución, corresponde al Congreso de la República, aprobar el Presupuesto de la República, salvo el caso previsto en el segundo párrafo del artículo 80.º de la Constitución. En consecuencia, es el Poder Legislativo, en representación del pueblo, quien tiene la última decisión, pues le corresponde determinar cómo se distribuyen los montos y la asignación de las partidas que, en definitiva, son los recursos del pueblo.

28. Ahora bien, en lo que respecta al principio de separación de poderes, también presente en la elaboración de la Ley de Presupuesto, el artículo 94.º de la Constitución dispone que el Congreso de la República gobierna su economía y sanciona su presupuesto. Por tanto, además de la preeminencia que tiene el Congreso de la República en el proceso de elaboración de la Ley de Presupuestaria, por cuanto es el órgano que lo aprueba, la Constitución también le reconoce autonomía presupuestaria. Es decir, de los tres Poderes del Estado, en rigor, el único que goza de autonomía presupuestaria es el Congreso de la República, porque incluso el Poder Ejecutivo está sujeto a la decisión del Legislativo.

29. Con relación al Poder Ejecutivo, el artículo 78.º de la Constitución prescribe que el Presidente de la República detenta la iniciativa legislativa para los efectos de la aprobación de la Ley de Presupuesto. Por otro lado, en el

supuesto de que la autógrafa de la Ley de Presupuesto no sea remitida al Poder Ejecutivo hasta el 30 de noviembre, entra en vigencia el Proyecto de éste, que es promulgado por decreto legislativo, según lo dispone el segundo párrafo del artículo 80.º de la Constitución. Asimismo, según el citado artículo, el Ministro de Economía y Finanzas sustenta, ante el Pleno del Congreso, el pliego de ingresos.

30. Como puede observarse, de las normas citadas en el párrafo precedente, se concluye que el Poder Ejecutivo concentra importantes competencias relacionadas con la elaboración de la Ley de Presupuesto, que incluso pueden llegar al nivel del Congreso de la República, pues, por mandato del artículo 80.º de la Constitución, puede convertirse en legislador presupuestal. En tal sentido, estos dos Poderes del Estado son actores privilegiados para determinar el presupuesto del sector público, pero no son los únicos.

VIII. La participación del Poder Judicial en el proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto

31. El Poder Judicial, en el Estado peruano, administra justicia y cumple la función esencial de controlar el poder; es decir, fiscaliza al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, conforme al segundo párrafo del artículo 138.º de la Constitución. Para poder cumplir con esta función, encomendada por la Constitución, es que el inciso 2) del artículo 139.º de la Norma Suprema consagra el principio de independencia judicial frente a los Poderes del Estado, órganos constitucionales, entidades públicas y privadas, y ciudadanos en general. Al respecto, y en lo que toca al principio de separación de poderes y la función jurisdiccional, hemos establecido que dentro de: "(...) la función jurisdiccional merece una especial atención, toda vez que constituye la garantía última para la protección de la libertad de las personas frente a una actuación arbitraria del Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo." (Exp. N.º 0023-2003/AI, Fundamento N.º 7). En esta oportunidad, este Colegiado añade que la función jurisdiccional también constituye una garantía contra las actuaciones arbitrarias de los particulares.

32. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha sostenido que: "(...) a efectos de precisar los alcances y contenidos del mandato constitucional que nos define como una República Democrática, este Tribunal considera que la eliminación de toda práctica violenta y autoritaria no sólo debe limitarse a la vida política, sino también abarcar la convivencia social y todos los ámbitos de la vida de los ciudadanos; por ello, es de suma importancia enfatizar que en nuestro régimen constitucional sólo debe imperar el diálogo y los medios pacíficos para resolver los conflictos". (Exp. N.º 1027-2004-AA/TC, Fundamento N.º 13). Está fuera de duda que el Poder Judicial es el órgano estatal que tiene como principales funciones resolver los conflictos, ser el primer garante de los derechos fundamentales y ejercer el poder punitivo del Estado, canalizando las demandas sociales de justicia y evitando que éstas se ejerzan fuera del marco legal vigente.

33. En doctrina que este Colegiado hace suya, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que una de las características básicas de la sociedad democrática es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos (*mutatis mutandis*, Caso Piersack contra Bélgica, Sentencia de 1 de octubre de 1982, Fundamento N.º 30). En tal sentido, el Tribunal Constitucional remarca que otro de los elementos que, conforme al artículo 43.º de la Constitución, nos configuran como una República Democrática, es la independencia judicial, necesaria para inspirar la confianza de los ciudadanos en los tribunales.

34. El Tribunal Constitucional considera que, teniendo en cuenta el diseño de las relaciones de los Poderes del Estado desarrolladas por la Constitución a partir del principio de separación de poderes, para que el Poder Judicial pueda cumplir adecuadamente con sus funciones básicas y las obligaciones que se derivan del artículo 139.º de la Constitución –de tal forma que el Estado peruano pueda configurar un sistema de justicia que garantice la vigencia de los derechos humanos y un adecuado servicio al usuario del sistema, y de este modo generar la confianza necesaria de los ciudadanos en los Tribunales–, es indispensable que se mantenga la independencia del Poder Judicial frente a los otros Poderes del Estado.

35. Dichos mandatos constitucionales determinan que el Poder Judicial también participe en el proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto. Para estos efectos, la Constitución establece, en el artículo 145.º, que el Poder Judicial presente su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y lo sustente ante el Congreso de la República y, conforme al artículo 80.º de la misma norma, que sea el Presidente de la Corte Suprema quien sustente el pliego correspondiente al Poder Judicial.

36. En torno a ello, el Poder Ejecutivo alega que la incorporación del proyecto del Poder Judicial en el proyecto general de presupuesto sin que el Ejecutivo lo modifique, vulneraría el principio de unidad presupuestal reconocido por el artículo 77.º de la Constitución y violaría la exclusividad que le corresponde al Poder Ejecutivo, conforme al primer párrafo del artículo 78.º de la Constitución. El Tribunal Constitucional no comparte dicha tesis. Al respecto, se debe tener en cuenta que, a tenor del artículo 94.º de la Constitución, el Congreso de la República gobierna su economía y sanciona su presupuesto. Del mismo modo, el artículo 79.º de la norma suprema dispone que sus representantes no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto.

37. Como puede advertirse, estas últimas normas constitucionales permiten que el Congreso de la República pueda, eventualmente, aumentar su presupuesto, y no por ello podemos afirmar que se vulnera el principio de unidad presupuestal o la exclusividad del Ejecutivo en la elaboración y presentación del proyecto general de presupuesto, ya que el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República tendrán que financiar el eventual exceso en su presupuesto con sujeción a los límites que impone la propia Constitución. Lo mismo puede afirmarse con

relación al Poder Judicial, porque en última instancia lo que plantea la Constitución, respecto al tema presupuestario, es que los Poderes del Estado concierten una equitativa asignación de los recursos públicos a través de todo el proceso presupuestario, tanto en la etapa de formulación del proyecto general –que deberá presentar el Ejecutivo– como en el momento de discusión y posterior aprobación por parte del Congreso de la República.

38. Asimismo, el Poder Ejecutivo sostiene que detenta la facultad exclusiva y excluyente en la programación y formulación del Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público, argumentando que el Proyecto de Ley de Presupuesto constituye el medio más adecuado de que dispone el Poder Ejecutivo para determinar cuál es la orientación y la dirección que desarrolla la política económica del país, tomando en cuenta sus necesidades, prioridades y el equilibrio presupuestario. Esta afirmación en parte es cierta, pues, conforme al inciso 3) del artículo 118.º de la Constitución, corresponde al Presidente de la República dirigir la política general del gobierno.

39. Al respecto, debe precisarse que si bien la Constitución reconoce la exclusividad del Poder Ejecutivo en la iniciativa legal para presentar el proyecto de ley de presupuesto, es decir sólo él es el habilitado para iniciar el procedimiento legislativo que culminará con la aprobación del proyecto de ley, esto no quiere decir que no exista una previa coordinación y negociación, propia de un sistema democrático, a los efectos de determinar los montos y las asignaciones presupuestarias que corresponden a los diferentes organismos estatales.

40. De otro lado, el Tribunal Constitucional considera que la política general del gobierno y la formulación del presupuesto están limitadas por los parámetros que fija la propia Constitución, en los términos señalados en los Fundamentos N.ºs 9, *supra*, y 41 y 42, *infra*. En tal sentido, debe quedar establecido que el Poder Judicial, como Poder del Estado, no está sujeto a una determinada política general de un gobierno determinado, sino a las obligaciones que la Constitución le asigna directamente. Por ello, corresponde al Poder Judicial, en cuanto a sus funciones y con base en la independencia que le es consustancial, fijar autónomamente sus objetivos institucionales que, obviamente, tienen un componente presupuestario. La garantía de la independencia del Poder Judicial también se manifiesta a través del rol que debe cumplir en el proceso presupuestario puesto que, de no ser así, se corre el riesgo de su sometimiento al gobierno que le toque dirigir el Poder Ejecutivo.

41. Por lo expuesto, este Colegiado considera que cuando el artículo 145.º de la Constitución dispone que el Poder Judicial presenta su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y lo sustenta ante el Congreso, la Constitución está habilitando al Poder Judicial para que participe en el proceso presupuestario presentando su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo sin que éste último lo modifique, para su integración al proyecto general de presupuesto y posterior sustentación ante el

Congreso de la República, puesto que, dada su condición de Poder del Estado y atendiendo a las funciones que debe cumplir y al lugar que ocupa en la configuración de nuestro sistema democrático, le corresponde, al igual que el Poder Ejecutivo, sustentar directamente su presupuesto ante el Congreso de la República para su aprobación o modificación, dentro de los límites que la propia Constitución impone, ya que esta competencia es garantía de su independencia; de no ser así, tal garantía se convertiría en ilusoria.

IX. Límites que impone la Constitución a la actuación de los Poderes del Estado para la elaboración de la Ley de Presupuesto

42. Las normas constitucionales de las que hemos extraído los principios constitucionales presupuestarios, Fundamento N.º 9, *supra*, imponen límites a los Poderes del Estado para la formulación y elaboración del Proyecto de Presupuesto que presenta el Ejecutivo, haciendo uso de la facultad de iniciativa en esta materia, y al propio Congreso de la República, para su aprobación. En efecto, el artículo 77.º de la Constitución prescribe que el presupuesto es anual; que su estructura contiene dos secciones: gobierno central e instancias descentralizadas; que se asigna equitativamente los recursos públicos; y que su programación y ejecución responde a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización. Por su parte, el artículo 78.º de la Constitución dispone que el proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado; que no pueden cubrirse con empréstitos los gastos de carácter permanente; y que no puede aprobarse el presupuesto sin partida destinada al servicio de la deuda pública. A su turno, el artículo 79.º de la Constitución establece que los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto.

43. El Tribunal Constitucional considera que no sólo los Poderes Legislativo y Ejecutivo están vinculados por estas limitaciones, sino también el Poder Judicial, al momento de formular su proyecto de presupuesto. El cumplimiento de las normas constitucionales delimitan los parámetros y los principios constitucionales presupuestarios con los cuales se debe elaborar el proyecto y la Ley de Presupuesto también vinculan al Poder Judicial, el cual, con base en el principio de colaboración de poderes, deberá formular su proyecto en coordinación con el Poder Ejecutivo, a fin de determinar los montos fijados a partir de los límites y principios impuestos por la Constitución, y garantizando la competencia que le reconoce el artículo 145.º de la Constitución.

44. Para tal fin, es responsabilidad inexcusable del Poder Judicial plantear una propuesta de asignación de recursos económicos acorde con la realidad de la caja fiscal y con las posibilidades reales de una ejecución eficiente y eficaz. Asimismo, es indispensable que dicho Poder del Estado cuente con una política judicial que sirva de marco para la toma de decisiones por parte del Legislativo, en lo que se refiere a la asignación de recursos presupuestales.

Es necesario advertir que, a pesar de habersele asignado al Poder Judicial, en el pasado, importantes recursos para la reforma del sistema de administración de justicia, a la fecha dicho proceso es percibido objetivamente por la ciudadanía como notoriamente deficiente.

45. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional considera que para el adecuado ejercicio de la competencia que el artículo 145.º de la Constitución le reconoce al Poder Judicial, es necesaria una ley mediante la cual se establezcan los mecanismos especiales de coordinación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, en lo relativo a la elaboración del presupuesto de este último con respecto a lo previsto en el artículo 145.º de la Constitución, concordante con el principio de equilibrio financiero previsto en el artículo 78.º del mismo cuerpo legal.

46. Del mismo modo, el Poder Judicial deberá formular una Política Judicial de corto, mediano y largo plazo, en donde se defina el conjunto de criterios conforme a los cuales se orientará la organización judicial para administrar justicia. Para tal efecto, se deberá identificar los fines generales y objetivos específicos; el inventario y evaluación de los medios y recursos para alcanzarlos; y la determinación de líneas de acción. Dicha política deberá ser el sustento técnico para la toma de decisiones del Poder Legislativo en cuanto a la aprobación de su presupuesto. Sobre esta base, el Poder Legislativo, atendiendo a la capacidad económica del país, podrá incrementar las partidas presupuestarias correspondientes a favor del Poder Judicial, a efectos de consolidar el proceso de reforma de la administración de justicia en el que se encuentra abocado.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar que, conforme a lo señalado en el Fundamento N.º 13, *supra*, ha operado la sustracción de la materia respecto a la pretensión del demandante de que se declare la nulidad de la parte correspondiente al presupuesto del Poder Judicial contenida en el "Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005" presentado por el Poder Ejecutivo ante el Congreso de la República, y que se ordene la inclusión, del proyecto de presupuesto del Poder Judicial que remitió este Poder del Estado al Poder Ejecutivo el día 27 de agosto de 2004 en el "Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005".

2. Declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo de la competencia que confiere en artículo 145.º de la Constitución al Poder Judicial. En consecuencia, intérpretese que es competencia del Poder Judicial presentar su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo, sin que éste último lo modifique, para su posterior sustentación ante el Congreso de la República, conforme a los Fundamentos N.ºs 40 a 45 de la presente sentencia.

3. **EXHORTAR** al Poder Judicial para que formule una Política Judicial de corto, mediano y largo plazo, en donde se defina el conjunto de criterios conforme a los cuales se orientará la organización judicial para administrar justicia. Para tal efecto, se deberá identificar los fines generales y objetivos específicos; el inventario y evaluación de los medios y recursos para alcanzarlos; y la determinación de líneas de acción. Dicha política deberá ser el sustento técnico para la toma de decisiones del Poder Legislativo en relación a la aprobación de su presupuesto.

4. **EXHORTAR** al Poder Legislativo para que dicte una ley mediante la cual se establezcan los mecanismos especiales de coordinación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, en cuanto a la elaboración del presupuesto de este último con respecto a lo previsto en el artículo 145.º de la Constitución, concordante con el principio de equilibrio financiero previsto en el artículo 78.º del mismo cuerpo legal.

5. **EXHORTAR** al Poder Legislativo para que, conforme a las capacidades económicas del país, se incrementen las partidas presupuestarias correspondientes a favor del Poder Judicial, a efectos de consolidar el proceso de reforma de la administración de justicia en el que se encuentra abocado.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

EXP. N.º 004-2004-CC/TC
LIMA

PODER JUDICIAL

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
JAVIER ALVA ORLANDINI

Comparto el fallo y los fundamentos que lo justifican, sin embargo, creo necesario dejar constancia de las siguientes consideraciones adicionales.

1. El sistema de separación de funciones está reconocido en la Constitución Histórica. En efecto, las Bases de la Constitución Peruana, de 17 de diciembre de 1822, dispusieron (10): "El principio más necesario para el establecimiento y conservación de la libertad, es la división de las tres principales funciones del poder nacional, llamadas comúnmente tres poderes, que deben deslindarse, haciéndolas independientes unas de otras en cuanto sea dable".

2. Ese mismo principio de separación de funciones fue respetado, con variantes, en la Constitución de 1823, que creó cinco poderes (electoral, legislativo, ejecutivo, judicial y municipal). Dos de ellos, empero, se referían al ejercicio del derecho al sufragio (poder electoral) y a la

estructura y atribuciones de las municipalidades (poder municipal).

3. Las constituciones de 1826 y 1933 consideraron cuatro poderes (electoral, legislativo, ejecutivo y judicial). Las otras nueve cartas políticas, incluso la actual, estructuraron al Estado en tres poderes. Es menester, sin embargo, destacar que las constituciones de 1979 y 1993, además de tales poderes, dan categoría de órganos constitucionales autónomos al Ministerio Público, al Consejo Nacional de la Magistratura, al Sistema Electoral (sic) y al Tribunal Constitucional (antes Tribunal de Garantías Constitucionales).

4. La diferencia esencial entre los regímenes autocráticos y los democráticos estriba en que los primeros concentran el poder, mientras que los segundos lo distribuyen. Formalmente aquellos emanan de la fuerza o del fraude y estos de la voluntad popular. No es el caso examinar cuánto tiempo el Perú ha estado regido por gobiernos autocráticos (militares o civiles). Es suficiente señalar que, por excepción, el pueblo ha tenido la oportunidad de elegir a sus gobernantes.

5. En cuanto al Presupuesto de la República, Basadre ("Historia de la República del Perú", Séptima Edición, Editorial Universitaria, Lima-1983, pag. 15) sostiene: "Cuando el Perú inició su vida republicana, estaba ya en plena vigencia el principio por el que el Congreso determina los ingresos y los egresos públicos. Las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834 y 1839 señalaron el régimen de la aprobación legislativa de los Presupuestos presentados por el Poder Ejecutivo, y las que establecieron el Consejo de Estado dieron facultad a este organismo para el examen del proyecto respectivo antes de que fuera remitido al Congreso. Sin embargo, veinte años de vida republicana se sucedieron y cinco Cartas políticas fueron promulgadas sin que se cumpliesen estos preceptos. Dos tentativas para preparar Presupuestos, la una en el gobierno de La Mar (Morales Ugalde) y la otra en el primer gobierno de Gamarra (Pando) no tuvieron repercusión legislativa. Sólo el 21 de octubre de 1845, día anterior al señalado para la clausura del Congreso, el ministro de Hacienda Manuel del Río presentó a las Cámaras el primer Presupuesto del Perú, correspondiente al bienio 1846-1847. El Parlamento se clausuró el día siguiente, sin aprobarlo. El gobierno lo puso en vigencia, no obstante que reconoció tenía defectos e inexactitudes y pidió a los prefectos que hicieran las confrontaciones de partidas necesarias para depurarlo (4 de febrero de 1846)".

6. Correspondía al Ministro de Hacienda presentar a la Cámara de Diputados (o al Consejo de Estado), tres meses antes de abrirse la sesión anual del Congreso, la cuenta de la inversión de las sumas decretadas para los gastos del año anterior y, asimismo, el *Presupuesto General de todos los gastos y entradas del año siguiente*. La aprobación de los ingresos y gastos públicos fue, además, en la teoría constitucional, atribución exclusiva del Congreso (según comentara Jorge Basadre), como lo acreditan los siguientes preceptos:

Artículo 60º, incisos 10 y 11, de la Constitución de 1823,
 Artículo 43º, inciso 2 (referido a los Tribunales), de la
 Constitución de 1826;
 Artículo 48º, inciso 8, de la Constitución de 1828;
 Artículo 51º, inciso 8, de la Constitución de 1834;
 Artículo 55º, inciso 6, de la Constitución de 1839;
 Artículo 55º, inciso 4, de la Constitución de 1856;
 Artículo 59º, inciso 5, de la Constitución de 1860;
 Artículo 59º, inciso 6, de la Constitución de 1867;
 Artículo 83º, inciso 5, de la Constitución de 1920;
 Artículo 123, inciso 5, de la Constitución de 1933.

Sin embargo, el Congreso fue, en muchos tramos de nuestra historia republicana, suplantado por regímenes usurpadores que aprobaron los presupuestos mediante simples decretos leyes.

7. Más cercanamente, en la Constitución de 1979 (Capítulo IV del Título IV), los artículos 197º a 200º trataron del Presupuesto y la Cuenta General. El primero de estos dispositivos señaló que el Presidente de la República remitía al Congreso, dentro de los treinta días siguientes a la instalación de la Primera Legislatura Ordinaria Anual, el proyecto del Presupuesto del Sector Público para el año siguiente, y que no podía presentarse proyecto cuyos egresos no estuvieran efectivamente equilibrados con los ingresos. El proyecto, luego de ser dictaminado por una comisión mixta integrada por ocho senadores y ocho diputados, debía ser debatido y aprobado antes del quince de diciembre. Caso contrario, entraba en vigencia el proyecto del Poder Ejecutivo, promulgado por decreto legislativo.

8. De las referidas normas de la Constitución de 1979 se infiere, pues, que correspondía al Congreso la aprobación del proyecto contenido en el dictamen de la comisión mixta de senadores y diputados. Solo si no se producía tal aprobación, entraba en vigencia el proyecto del Poder Ejecutivo.

9. La administración económica y financiera del Gobierno Central, conforme al artículo 138º de la Constitución de 1979, se regía por el presupuesto que anualmente aprobaba el Congreso; y las instituciones y personas de derecho público, así como los gobiernos locales y regionales, por los respectivos presupuestos que ellos aprobaban. Esa norma constitucional, además, disponía que por ley se determinaba "la preparación, aprobación, consolidación, publicación, ejecución y rendición de cuentas de los Presupuestos del Sector Público, así como la responsabilidad de quienes intervienen en su administración." Existía, entonces, reserva de ley para esas etapas de los presupuestos del Sector Público.

10. La Corte Suprema de Justicia, según el artículo 238º de la Constitución de 1979, tenía la atribución de formular el proyecto de presupuesto del Poder Judicial, que debía ser remitido al Poder Ejecutivo para su inclusión en el proyecto de Presupuesto General del

Sector Público. El presupuesto del Poder Judicial no era menor del *dos por ciento del presupuesto de gastos corrientes para el Gobierno Central*. La Corte Suprema de Justicia, conforme al artículo 239º de la misma Carta, por intermedio de uno de sus miembros, tenía derecho de concurrir a las Cámaras Legislativas para tomar parte, sin voto, en el debate de su presupuesto.

11. Las Cámaras Legislativas, antes, y el Congreso unicameral, actualmente, tienen el privilegio de aprobar sus presupuestos. Los proyectos respectivos son remitidos al Poder Ejecutivo para que este lo incluya en el proyecto de Presupuesto General de la República.

12. La Constitución de 1993 está llena de vacíos y contradicciones. Su apresurada aprobación fue inspirada por el afán de mantener el ejercicio del poder al margen de toda consideración de ética política. Además de los ministros, el artículo 80º de dicha Carta solo permite participar en el debate del Presupuesto, ante el Pleno del Congreso, al Presidente de la Corte Suprema, al Fiscal de la Nación y al Presidente del Jurado Nacional de Elecciones. Sin embargo, el artículo 162º faculta también al Defensor del Pueblo a concurrir a tal debate. Y la aludida Carta omite que ejerzan el mismo derecho los presidentes del Tribunal Constitucional y del Consejo Nacional de la Magistratura. Si bien el artículo 145º de la Constitución actual dispone que "El Poder Judicial presenta su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y lo sustenta ante el Congreso", no puede inferirse de ello que necesariamente, cualquiera que fuera el monto de ese presupuesto, deba ser incluido *per se* en el proyecto de Presupuesto General de la República, el que debe estar efectivamente equilibrado conforme lo determina el artículo 78º de dicha Carta.

13. El proyecto de Presupuesto General de la República, enviado por el Presidente de la República, es debatido, primero, en la Comisión de Presupuesto del Congreso, y, posteriormente, el pleno del Congreso debate y aprueba (con modificaciones o sin ellas) el proyecto contenido en el dictamen en mayoría (o unánime) de la referida comisión. El pleno puede, además, hacer las modificaciones que estime necesarias.

14. La práctica parlamentaria, antes y ahora, posibilita que los ministros y los representantes de los órganos constitucionales participen, asimismo, en los debates de la Comisión de Presupuesto del Congreso.

15. La diversa redacción de los artículos 145º, 160º, 162º y 178º de la Constitución no debe ser el único fundamento de la demanda incoada. Hay un clamor nacional a efectos de que el Poder Judicial cumpla cabalmente su atribución de impartir justicia. Los magistrados no solo tienen derecho de percibir adecuadas remuneraciones, sino, adicionalmente, deben contar con el personal auxiliar y con los instrumentos técnicos necesarios.

16. La justicia en el Perú está en crisis desde hace muchos años. Es probable que se deba a diversos factores y no solo al económico. Debe recordarse que en el período 1992-2000 se publicitó una costosa "reforma judicial",

dirigida por un marino, que no solo no dio resultados positivos, sino que degradó la conducta de muchos jueces, especialmente provisionales, y separó del Poder Judicial y del Ministerio Público a quienes no fueron obsecuentes. Es preciso destacar que, para el control del aparato judicial, el régimen autocrático de entonces mutiló las atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura, razón por la cual, en gesto cívico que la nación no puede ni debe olvidar, sus integrantes debieron renunciar.

17. En la coyuntura actual, en que la sobrecarga procesal proviene de la transferencia de cientos de procesos del Poder privativo militar al Poder Judicial, del incremento de los procesos por corrupción de funcionarios, y del cada vez mayor número de procesos por tráfico ilícito de drogas (todos complejos), hay una necesidad perentoria de créditos suplementarios, habilitaciones y transferencia de partidas.

18. Es necesario que haya un plan de reorganización del Poder Judicial y del Ministerio Público, para que, con el suficiente número de magistrados, afronten el problema de la justicia en el Perú.

Estas son las consideraciones adicionales a los fundamentos de la sentencia que emite el pleno del Tribunal Constitucional, en la trascendente demanda de conflicto de competencias del Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo.

SS.

JAVIER ALVA ORLANDINI

EXP. N.º 004-2004-CC/TC
LIMA

PODER JUDICIAL

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA REVOREDO MARSANO

1. Con las consideraciones y respeto que mis colegas merecen, no suscribo los FUNDAMENTOS de la parte I, párrafos del 2 al 4 (páginas 4 a 10 inclusive), por pensar, en primer lugar, que no se trata realmente de "fundamentos" propiamente dichos, sino de una reseña didáctica y doctrinaria sobre las clases de sentencias que pueden darse en general.

En segundo lugar, porque estimo que las clasificaciones doctrinarias explicadas en esas siete páginas no resultan útiles o pertinentes para el caso concreto a resolver, salvo el tipo de sentencia estimativa exhortativa, que es la que pronunciamos en esta oportunidad.

Por último, porque aun constituyendo doctrina jurídica, considero peligroso que el Tribunal Constitucional, frente a un caso concreto, se refiera innecesariamente y a modo de enseñanza a todos los tipos de sentencias constitucionales, definiendo sus objetivos y características: estas definiciones, aun siendo ajenas al caso concreto, dejan sentada una posición **vinculante** del Tribunal Constitucional, por lo que estimo que debemos actuar -

los magistrados- con especialísimo cuidado y pertinencia en los fundamentos vertidos en cada caso.

2. Me preocupa en particular el caso reseñado en el numeral 3.3.4 de la sentencia, que se refiere al tipo de "sentencias exhortativas".

Mis honorables colegas señalan que la exhortación contenida en el fallo de esas resoluciones pueden concluir -entre otras consecuencias- con la expedición de una "segunda sentencia". Es decir, que cuando el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso a elaborar y a aprobar una futura ley que el Tribunal estima necesaria, y el Congreso no la aprueba en un plazo razonable, entonces -estiman mis colegas- el Tribunal Constitucional puede expedir una "segunda" sentencia.

El asunto se agrava si se toma conciencia que la gran mayoría de las sentencias exhortativas se refieren no a leyes dictadas por el Congreso, sino a OMISIONES del Congreso en legislar determinados asuntos. Las omisiones legislativas del Congreso, en principio, no deben ser llenadas o superadas por el Tribunal Constitucional y menos de un modo conminativo, con plazo presunto y vía una "segunda sentencia", no sabemos propulsada por qué norma constitucional.

No considero dentro de las atribuciones del Tribunal Constitucional propulsar (¿de oficio?) una segunda sentencia, menos aun cuando puede presumirse que en esta segunda sentencia el Tribunal Constitucional "legislaría" lo que no legisló el Congreso. No es competencia nuestra obligar al Poder Legislativo a dictar determinadas leyes, ni sustituirlo en la labor legislativa si no lo hace.

Es de presumirse, además, según lo expresado en esos párrafos, que la calificación del plazo concedido al Congreso como razonable o irrazonable, dependería del propio Tribunal Constitucional.

Este tipo de consecuencias en las sentencias exhortativas de un Tribunal Constitucional, en Derecho Comparado, no es aceptado por la gran mayoría de órganos controladores de la constitucionalidad de las leyes, por estimarse que constituye una usurpación de las funciones del Poder Legislativo. Yo concuerdo con esa posición.

3. En cuanto al Principio de Unidad del Presupuesto, mis honorables colegas lo definen en base a la opinión de Maurice Duverger. Expresan que por ese principio "se proscriben la multiplicación de presupuestos y las cuentas singulares, ya que impediría tener una visión global más clara de los ingresos y gastos públicos..." . Sin embargo, aceptan, al declarar fundada la demanda, que el Poder Judicial presente su propio presupuesto ante el Congreso; es decir, aceptarían, en este caso, la **pluralidad** o multiplicación de presupuestos.

No encuentro, en el texto de la mayoría, la fundamentación del porqué - al permitir al Poder Judicial sustentar su propio pliego ante el Congreso- no se vulneraría el Principio de Unidad Presupuestal. Hace falta una explicación.

Tal vez la explicación del aparente contrasentido esté en el "momento" en que tiene vigencia el Principio de Unidad del Presupuesto : el Poder Judicial y otros órganos constitucionales pueden sustentar sus propios pliegos presupuestarios –sin modificaciones impuestas por terceros- ante el Congreso, y en esta etapa sí estaría permitida la pluralidad de "presupuestos" parciales sin vulnerar el Principio de Unidad del Presupuesto ... pero cuando el Congreso debe aprobar el "Presupuesto General de la República", será aprobado **un solo y único Presupuesto**, en el que se habrán armonizado todos los ingresos y gastos provenientes de los diversos sectores y fuentes.

Estimo que el espíritu del Artículo 145° de la Constitución debe interpretarse como una sabia y previa vía de apertura al diálogo –negociación si se quiere- entre el Poder Judicial y el Ejecutivo, para que entre ellos analicen, coordinen y armonicen las necesidades de ese importantísimo Poder del Estado, como lo es el Judicial.

Para impedir que el Poder Ejecutivo imponga siempre "su" proyecto de Presupuesto, y en la hipótesis que la "negociación" no satisfaga al Poder Judicial, la Constitución abre a éste las puertas del Congreso para explicar, ante el árbitro supremo del Presupuesto, las razones de su insistencia.

4. Por otra parte, opino necesario esclarecer que el término "autonomía presupuestaria" no se refiere –como parece opinar el demandado- a una autoasignación de recursos por algún organismo determinado, sino más bien, en autodeterminar el destino de los recursos ya asignados por la ley del Presupuesto.

5. Lo que importa señalar en esta resolución del Tribunal Constitucional es principal y sintéticamente :

Que el Poder Judicial **tiene un rol importantísimo en todo Estado Social y Democrático de Derecho**, como lo es el Perú. No es ni debe ser –como parecen creer muchos ciudadanos- la "Cenicienta" de los poderes públicos, sino más bien la base principal de la justicia, de las garantías ciudadanas contra todo tipo de abuso, provenga de autoridades o de particulares y, además, requisito indispensable para vivir en igualdad, con la paz que acarrea tener eficazmente garantizados todos nuestros derechos.

Es harto conocido por la ciudadanía que el Poder Judicial de nuestro país dista mucho de cumplir su excelsa tarea, y que la población reclama a gritos una reforma eficaz, no sólo de recursos –hay que decirlo- sino también del comportamiento de muchos de sus integrantes.

Estas funciones preponderantes sólo podrán cumplirse a cabalidad con la idoneidad técnica y moral de sus miembros, con los recursos necesarios y con el respeto absoluto a sus resoluciones.

Para facilitarle contar con tales recursos, el Artículo 145 de la Constitución permite la injerencia del Poder Judicial en la elaboración del proyecto de todo el presupuesto, en

coordinación con el Poder Ejecutivo. Esto no significa, sin embargo, que la opinión del titular del Poder Judicial vincule u obligue al Congreso o a los demás órganos constitucionales.

He mencionado que un Poder Judicial eficaz requiere, además, absoluto respeto a sus resoluciones : éstas deben ejecutarse sin denostaciones y sin demoras, especialmente cuando es el Estado el obligado directamente a cumplirlas.

Hace enorme daño a la democracia y al estado de derecho, así como a la autoridad y al prestigio del Poder Judicial, que sus sentencias definitivas sean ignoradas por el Ejecutivo. Ello ocurre, principalmente, cuando tales sentencias implican un pago importante a cargo del Estado. Muchas veces, los montos que deben cancelar diversos sectores de la Administración Pública no son incluidos, año tras año, en los Presupuestos Generales de la República, con lo cual no sólo el Congreso –que aprueba el Presupuesto- sino el propio Presidente de la República- responsable constitucionalmente de la ejecución de las sentencias judiciales- vulneran flagrantemente la Constitución y lo que es más grave, impunemente.

Esto debe cambiar. Ojalá esta sentencia del Tribunal Constitucional incida en un beneficioso cambio.

**SRA.
REVOREDO MARSANO**

**EXP. N.º 004-2004-CC/TC
LIMA**

PODER JUDICIAL

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
GONZALES OJEDA**

Pese a encontrarme conforme con el FALLO o parte dispositiva de la sentencia, con el debido respeto por mis colegas, quisiera ahondar en algunas consideraciones que no se han hecho notar en la fundamentación de la Sentencia.

La trascendencia histórica y política del caso

1. En primer término, tengo la plena convicción de que éste es un caso sumamente importante por la materia concernida relativa a la estructura del sistema político peruano y la histórica situación de uno de los poderes del Estado. En esta medida, considero que se trata de un proceso fundamental para la República en donde el control constitucional demandado debe permitir una profunda reflexión respecto a la función de la judicatura y determinar precisiones trascendentales basadas en argumentaciones que permitan una interpretación constitucional proyectada en el proceso histórico y político en el que surgen estos conflictos, y, por esta vía, establecer una solución constitucional definitiva a un secular problema de nuestro sistema político. En esa medida, el presente caso requiere, antes de su análisis concreto, una necesaria revisión de nuestro proceso histórico y político; de igual modo, el caso motiva a reflexionar que

la Constitución es siempre un texto normativo de la mayor importancia que debe ser comprendido de cara al proceso mismo, como norma fundamental, pero al mismo tiempo, como un documento histórico abierto permanentemente a una lectura acorde con las aspiraciones de cada tiempo.

2. Mirando nuestro proceso histórico, se observa que innumerables veces y, en otras instancias políticas, incluso antes de la existencia de este Tribunal, se ha discutido la necesidad de establecer en el Perú un Poder Judicial con las prerrogativas de un verdadero Poder del Estado. Por ello, el problema planteado aquí tiene relación directa con el proceso de construcción del Estado Democrático y Social de Derecho en nuestro país. El Estado Social y Democrático de Derecho no es una construcción que viene ya definida en la Constitución, puesto que sus contenidos se perfilan y desarrollan constantemente. En este proceso, el papel del Tribunal resulta relevante. El Tribunal Constitucional, en su corta existencia, ha venido desarrollando y dando contenido a las cláusulas fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho. De algún modo puede decirse que la Constitución nominal de 1993 se está adecuando a los tiempos de la transición democrática y está, en muchos aspectos, definiendo sus contenidos fundamentales, a partir de la intervención del Tribunal en este proceso político. Esto denota que tan importante como la necesidad de reformar la Constitución expresada por el Tribunal en la Sentencia N° 014-2002-AI/TC, debemos considerar al proceso de "mutación de la Constitución", llevado a cabo a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como un método válido para actualizar y considerar la vigencia actual de la Constitución. La "mutación constitucional" significa, en este contexto, la posibilidad que presenta la labor interpretativa del Tribunal Constitucional para llenar de contenidos democráticos a la Constitución y darle sentido actual así como vigencia real.

El TC y su participación en el proceso de deliberación sobre la construcción de un Poder Judicial autónomo.

3. Mis colegas han rechazado de plano, en el fundamento 18° de la Sentencia, el entrar a analizar el proceso de formación de la voluntad constituyente que llevó a la redacción del texto del artículo 145° de la Constitución, que es materia de interpretación en el presente caso. La concepción de una teoría de la interpretación jurídica desvinculada por completo del legislador histórico parecía, en efecto, aconsejar una lectura al margen de los debates constituyentes. Pero hay que advertir que no es lo mismo la interpretación de la Ley y la interpretación de la Constitución por parte del Tribunal. En la interpretación de la ley la primacía de la Constitución permite un marco de referencia incuestionable al intérprete, mientras que en la interpretación de la Constitución, por la naturaleza misma de las disposiciones impregnadas de indeterminaciones y aperturas, el intérprete necesita de mayores referencias para su trabajo. La interpretación de la Constitución es, en este sentido, una tarea de enorme responsabilidad respecto de la asignación de contenidos a textos muchas veces imprecisos, vagos

y a veces aparentemente contradictorios, debido, entre otras razones, a que el debate constituyente se configura como un proceso de acuerdos mínimos entre la diversidad y pluralidad de concepciones y opciones políticas que conforman la voluntad constituyente. De este modo, muchos temas suscitan debates en los que ese acuerdo mínimo no es posible, produciéndose lo que Ferreres Comella ha llamado la remisión de la decisión constituyente a un momento político "post-constitucional", donde adquiere relevancia la actuación del Tribunal Constitucional como intérprete máximo de la Constitución. Es por ello que el poder de asignación de derechos y potestades en el Estado Social y Democrático de Derecho, termina trasladándose al momento de su aplicación, es decir que el proceso de cierre del debate constituyente, en aspectos muchas veces cruciales para la sociedad, termina trasladándose a los jueces y, de manera especial, al Juez constitucional.

4. Eso parece ocurrir en el presente caso, y, a partir de aquí, la importancia que adquiere la intervención del Tribunal Constitucional en el "cierre" de un debate que es histórico sobre las potestades del Poder Judicial en el escenario del Estado Democrático y su construcción en nuestro país, parece inevitable. En consecuencia, el reconocimiento de que estamos ante una discusión abierta, que no ha concluido con la aprobación y promulgación de la Constitución de 1993, sólo es posible tras la revisión del debate constituyente. La argumentación histórica sirve aquí no para reivindicar a un legislador histórico que ni puede "hablar", y tampoco le alcanza legitimidad para hacerlo, sino para poner en evidencia la polaridad en las opciones presentes en el debate y, a partir de ahí, establecer cuál de las opciones resulta, en el tiempo presente, más compatible con la Constitución en su conjunto.

El debate constituyente sobre el artículo 145° de la Constitución.

5. Revisando los documentos del proceso constituyente de 1993, puede evidenciarse las distintas opciones políticas en torno a las prerrogativas presupuestarias del Poder Judicial. Así, de un lado lo que podríamos denominar la opción *judicialista*, que cuenta con varias posiciones a su interior, desde el proyecto defendido inicialmente para dotarle de una asignación del 3% (artículo 10 en el proyecto debatido en la Comisión de Constitución), hasta la opción que apuesta abiertamente por dejar en manos del Poder Judicial, sin ningún tipo de interferencias, la potestad de elaborar y enviar su presupuesto para su incorporación por el Ejecutivo en el proyecto de Ley. Luego está la posición que reformula esta primera opción ya aprobada en la Comisión de Constitución, y al momento de discutir el tema del presupuesto del Ministerio Público, se concluye aprobando un texto más ambiguo aún, pero que, de hecho, refleja la postura de sujeción del Poder Judicial a los designios de la administración central.

6. Pero el debate de estas opciones quedaron inconclusas por los intereses de la mayoría del Congreso de 1993, tal como bien nos recuerda Domingo García Belaunde, la

"obsesión por la brevedad" de los constituyentes de 1993 hizo que el proyecto inicial, que tenía más artículos que la Constitución de 1979, terminara luego de algunos "cortes de tijera...sin orden ni concierto" en un texto con 100 artículos menos que su antecesora. Pero los recortes no fueron sólo a textos completos de artículos, también se hicieron modificaciones importantes a último momento. Así, en lo que atañe al presente caso, el texto final "recortado" se ubica ahora en el artículo 145° y con un texto diferente al aprobado por el Pleno. En el debate constituyente no hay sustento de esta última opción, por lo que debe suponerse que se hizo a último momento.

División de funciones, Estado de Derecho y autonomía del Poder Judicial

7. La teoría de la división de Poderes, como es bien sabido, es tributaria del pensamiento ilustrado y recogida en el famoso capítulo VI del libro XI del "*Esprit des lois*" de Montesquieu. Incorporada luego en el memorable artículo 16° de la Declaración Francesa de agosto de 1789, constituye, a decir de Loewenstein, "el fundamento del constitucionalismo moderno". Como se recuerda, el artículo 16° de la Declaración francesa estableció que "Toda sociedad, en la que la garantía de los derechos no está asegurada y la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución". A partir de aquí, la doctrina constitucional moderna ha establecido una ineludible vinculación entre la teoría de la división de poderes, el control del poder y la garantía de los derechos de las personas.

8. En el Perú, el Congreso de la República, el 19 de diciembre de 1822, aprobó las "Bases de la Constitución Política de la República Peruana". Bases que instituyeron los principios constitucionales del sistema político jurídico del Estado Peruano, y que son los preceptos fundantes del Estado, así como la validez y unidad del orden jurídico y político del país. En dichas Bases Constitucionales, en el artículo 10, se diseñó la forma política que debería adoptar el Perú como República. El poder nacional se tenía que repartir en tres órganos fundamentales, quienes tienen que asumir las tres funciones principales, supremas del Estado: las funciones ejecutivas, las funciones legislativas y las funciones judiciales, forma política que el Estado debe observar, pues trata de la única garantía de la libertad y estas funciones tienen que ser independientes unas de otras en cuanto sea posible.

9. Como se puede observar, al inicio de la República, el constituyente histórico tenía muy claro cómo debía diseñar la arquitectura del Estado Moderno y cómo determinar el reparto del poder político, como se hace hasta la fecha, sobre la base de tres órganos quienes tienen que realizar las funciones supremas del Estado. Dicho poder, otorgado por la nación, y el pueblo, se estructura en tres órganos: ejecutivo, legislativo y judicial, los que tienen igual jerarquía política, pero que asumen funciones que deben ser independientes; esta decisión de la voluntad social expresada por los constituyentes, como ya se tiene señalado, y de conformidad con la doctrina del Estado Moderno, es la garantía del establecimiento

y conservación de la libertad así como la existencia de la misma Constitución.

10. La doctrina constitucional moderna ha adecuado la teoría de la división de poderes a una fórmula de *separación de funciones*, en el entendimiento de que el Poder es único, porque única es también su fuente de legitimación. Por ello, cuando la Constitución proclama en el artículo 45° de que el "Poder emana del pueblo", está legitimando una única fuente de emanación del poder, que luego es ejercido, siguiendo el dogma del constitucionalismo moderno, por tres ramas o Poderes: El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

11. En el Estado de Derecho, la división de funciones constituye una garantía a favor de la libertad, en cuanto estuvo presente, además, desde su formulación original, la convicción de que la concentración del poder en un solo órgano constituye una amenaza permanente para los derechos y para la propia estabilidad del sistema democrático.

12. La consagración del principio democrático, recogido en la Constitución en sus artículos 3° y 43°, supone, de otro lado, una apuesta por la preservación de un poder institucionalizado cooperativo, donde ninguno de los tres puede imponerse sobre otro, sino que los tres poderes coordinan y ejercitan sus competencias y prerrogativas en un marco de respeto y autolimitaciones mutuas que permitan un gobierno efectivo en la consecución de los fines de la democracia constitucional. De este modo, el principio de la división de poderes o funciones, no puede significar la consagración de jerarquías en la atribución o "alineamiento" de unos poderes respecto de otros. La existencia de distinciones o necesarias coordinaciones entre poderes, para el establecimiento o ejecución de las acciones del Estado, no supone, en modo alguno, que unos poderes actúen avasallando a otros y quitando esencia a la definición misma de lo que debemos entender por Poder. Como bien señala López Guerra, "división, es un término que va más allá de los de 'distinción' y 'coordinación': Implica la inexistencia de una jerarquía de mando mediante la cual todas las instancias estatales acabarían, en último término, dependiendo de un órgano superior, fuente del poder (el Soberano, la Asamblea, el dictador o el Partido único). División de poderes significa pluralidad de instancias estatales autónomas, sólo así el poder frenará al poder".

13. Las autonomías de cada poder del Estado cumplen, en este sentido, la función de garantía frente al avasallamiento o intento de sometimiento o intromisión de un poder del Estado sobre otro. Existen, por ello, competencias y potestades, una reservadas de modo exclusivo a alguno de los poderes del Estado, otras compartidas y que coadyuvan a la cooperación en la acción pública.

14. El principio de autonomía del Poder Judicial es, por tanto, una garantía institucional inescindible del principio constitucional de independencia, recogido en el artículo 139 inciso 2° de la Constitución Política. Esto es así, toda vez que sin autonomía funcional orgánica, el

Poder Judicial no podría cumplir el cometido institucional que es exclusivo de este poder del Estado: la función jurisdiccional. Quizás la independencia es lo que mejor caracteriza al órgano judicial, pues, si bien mantiene frente a los otros poderes su autonomía, íntegra, en su interior, a un conjunto de funcionarios independientes encargados de impartir justicia, que no dependen del legislativo ni del ejecutivo, y, aquí lo más trascendente, tampoco de una Corte o Tribunal que dentro de éste funciona. Se trata, entonces, del presupuesto o condición indispensable de la imparcialidad que, como afirma Zaffaroni, es el carácter esencial de la jurisdicción. Más aún, es precisamente el signo distintivo de la independencia lo que le otorga al judicial la legitimidad democrática en el Estado Moderno, pues hay que recordar que una institución democrática no lo es necesariamente por el origen popular o electoral, sino cuando ésta es funcional para el sistema democrático y consustancial al funcionamiento del Estado de Derecho.

Poder Judicial y derechos fundamentales

15. Pero además del principio de la división de poderes, que ha sido analizado en los argumentos precedentes, conviene también tener presente el rol que juega hoy en día el hecho de que el Poder Judicial, como poder del Estado, sea a la vez el garante de los derechos fundamentales que reconoce la Constitución Política del Estado.

16. Los derechos fundamentales, que en su esencia y origen constituyen garantías frente al Estado, requieren de un ente, una fuerza, un poder que los haga valer como realidades exigibles jurídicamente. Como bien nos hace ver Alexy, "tan irrenunciable es la separación de poderes para la institucionalización de los derechos humanos como insuficiente". En efecto, sin un mecanismo que permita limitar efectivamente el poder del Estado como garantía para los derechos, la teoría de la división de poderes puede quedar vaciada fácilmente como estrategia para la defensa de la libertad; pero hay que tener en cuenta, además, que actualmente no se habla sólo de derechos fundamentales como garantías frente al Estado, sino también frente a terceros (la llamada eficacia horizontal de los derechos). En esta dimensión, el Poder Judicial encuentra su plena legitimidad y adquiere soberanía como garante de los derechos constitucionales, tanto frente al Estado como también frente a los particulares.

17. A partir de esta constatación fáctica, de los derechos fundamentales, se ha dicho que son, en cierto sentido, garantías institucionales "contra mayoritarias" e, incluso, "profundamente antidemocráticos, porque desconfían del proceso democrático. Con el sometimiento incluso del Legislativo privan de poder de decisión a la mayoría parlamentariamente legitimada. Lo vemos una y otra vez: la oposición pierde primero en el procedimiento democrático y vence después en el aréopago de Karlsruhe". Así, la relación entre democracia representativa y derechos fundamentales hace suponer una permanente tensión entre la mayoría parlamentaria y la actividad jurisdiccional, sobre todo, de parte de los Tribunales Constitucionales. En este contexto es que el

principio de autonomía cobra especial relevancia, porque supone una garantía institucional a favor no de un Juez en particular, sino del Poder Judicial como órgano del Estado.

Estado de Derecho y Estado Social de Derecho. Dos contextos, dos concepciones sobre el rol de la Judicatura en la Democracia constitucional.

18. En el escrito de contestación de la demanda, en el presente caso, se ha dado una serie de argumentos históricos para demostrar que "desde siempre" las prerrogativas exclusivas en la elaboración del Presupuesto han sido del Poder Ejecutivo. Esta afirmación, que tiene como respaldo una realidad histórica incuestionable, debe, no obstante, ser matizada con lo que supone la presencia del Estado Social y Democrático de Derecho como superación del Estado Legislativo. En el Estado Legislativo, la jurisdicción, en efecto, no es más que "administración de justicia", pero en el Estado Constitucional, el Poder Jurisdiccional ha adquirido especial relevancia y protagonismo; en consecuencia, lo que "siempre fue así" no tiene por qué mantenerse en el tiempo en forma indefinida.

19. La constitucionalización de los derechos humanos y, sobre todo, su eficacia directa, a través de la fuerza de la jurisdicción como garante de los mismos, ha producido un cambio no sólo en la concepción de los derechos, sino también en la propia estructura de la organización política del Estado. Como ha escrito Zagrebelsky, el paso del Estado de la ley, o conocido clásicamente como Estado de Derecho, al Estado Constitucional, o Estado Social como nomina nuestra propia Constitución, nos debe inducir a pensar en un verdadero "cambio genético" en la estructura y relaciones tanto entre poderes como también entre el Poder Público y los particulares: los ciudadanos.

20. En este sentido y, en lo que aquí interesa, el magistrado de la Corte Constitucional muestra cómo en el Estado de Derecho hay una especie de subordinación a la ley y, en consecuencia, al Poder Legislativo, tanto de parte de la administración como también de la jurisdicción. Por ello manifiesta que el Estado liberal de derecho era un *Estado legislativo* que se "reafirmaba a sí mismo a través del principio de legalidad". Respecto del Poder Judicial, esto significó, entre otras cosas, una concepción de la jurisdicción vinculada al legislador en el momento de la aplicación del derecho. De esta época es expresión figurativa la célebre frase de Montesquieu, en el sentido de que el Juez es un ser inanimado que pronuncia las palabras de la ley. Un juez sin sentimientos y sin pasiones cuyo objetivo fundamental es garantizar la legalidad en el entendimiento, además, que este era el mejor servicio que puede hacerse a la seguridad jurídica, la igualdad o la uniformidad de la jurisprudencia como valores que se proclamaban centrales en el modelo político.

21. La organización judicial, que es compatible con un modelo tal del Estado, está sometida a la administración central. Como nos recuerda Perfecto Andrés Ibáñez, "la institución judicial de este modelo, en los países de

la Europa continental, encarna fielmente la herencia napoleónica, bajo la forma de una administración de justicia integrada en el Ejecutivo”.

22. Durante toda la vigencia del Estado legislativo de derecho, no puede hablarse, por ello, con propiedad, de un Poder Judicial, sino, como con frecuencia ha sido dicho, de una simple administración de justicia sujeta a la administración central y, de este modo, también de un juez, no sólo “boca de la ley” sino funcionario marginal de la administración de un Estado centralizado y poco proclive a “compartir el poder”.

23. Frente a este modelo de organización política y, también, como consecuencia de la crisis que se produjo en toda Europa, respecto de la función de la ley y su falta de contenidos éticos que hicieron que el Estado nazi, también de modo formal, pueda ser autoproclamado un “Estado de derecho” para someter con igual fuerza “jurídica” a los jueces; se produce la materialización ética del ordenamiento jurídico a través de los nuevos textos constitucionales, pero también por otro lado, se abre paso una interesante reflexión sobre el rol de la judicatura en la defensa de ciertos bienes y valores constitucionales.

24. Se produce así un acontecimiento extraordinario. Por el camino de garantizar determinados bienes, que venían tutelados por las Constituciones, se termina por someter al propio legislador a la Constitución. Así, “si el *Estado legislativo de derecho* había supuesto la sumisión de la administración y del Juez al Derecho, y en particular a la ley, el *Estado constitucional de derecho* supone que también el legislador viene sometido a Derecho, en este caso a la Constitución”.

25. En esta línea, se ha venido a hablar de una magistratura no sólo como poder real, sino incluso como el poder más importante en el Estado Democrático actual, llegando a sostener que, a diferencia de lo que pasaba con el Estado legislativo y la preeminencia que en esta época se otorgaba al poder legislativo, actualmente puede afirmarse que el Estado Constitucional es, en verdad, un *Estado Jurisdiccional*, puesto que no sólo la ley se encuentra actualmente sometida a controles jurisdiccionales, a través del juicio de constitucionalidad, sino que todos los actos de la administración pueden venir impugnados para su definición y control por parte de los Jueces¹.

26. A esto debe agregarse, sobre todo para el caso de los países de América Latina, el desgaste de la democracia representativa y la alta incidencia de delitos de corrupción que suponen una necesaria actuación de la jurisdicción en el control del poder político. En el caso europeo, esto ha llevado a hablar del fenómeno de judicialización de la política: “Todo, y todo el mundo debe ahora ser justiciable: La ley por el consejo constitucional; la política económica del gobierno, por el Tribunal de Luxemburgo; el funcionamiento de las instituciones penales y disciplinarias, por el Tribunal de Estrasburgo; los Ministros por el Tribunal de justicia de la República; los hombres políticos, por la justicia penal ordinaria”.

27. En consecuencia, el Poder Judicial no puede ser el que se ha estructurado y diseñado para un tiempo en que se creía, sin ninguna duda, en que la soberanía del Parlamento no podía ser sujeta a control o que las actuaciones de la administración no podían ser sometidas a la Jurisdicción. El Estado Constitucional, a través de los derechos fundamentales, limita al legislador; y la administración, a través del Proceso Contencioso, está sometido a la jurisdicción. Por tanto, el Poder Judicial requiere de garantías que permitan que su actuación fundamental para la democracia no se vea amenazada.

La necesaria vinculación de la autonomía presupuestaria, independencia judicial y derecho fundamental de Tutela.

28. Además de lo que llevo expuesto, creo que hay un argumento también consustancial al Estado Social de Derecho referido a lo que supone el derecho a la justicia. El servicio público de justicia, es al propio tiempo un derecho fundamental y una obligación de parte del Estado, orientado a establecer mecanismos de tutela de los derechos a través de órganos y procedimientos que permitan que los conflictos, que se originan en la sociedad, encuentren un cauce de solución civilizada, efectiva y oportuna. Una de las consecuencias de la transformación del Estado de Derecho en Estado Social y Democrático de Derecho, ha sido precisamente la atención prioritaria del servicio público de justicia como un derecho fundamental en el Estado Democrático. En esta perspectiva, el movimiento de acceso a la justicia, como una reivindicación social, ha sido recogido en los textos constitucionales de la mayoría de los países democráticos del mundo contemporáneo. La constitucionalización de los derechos fundamentales a la justicia, recogidos básicamente en el artículo 139° de la Constitución, dan cuenta de este fenómeno en nuestro contexto.

29. Por acceso a la justicia, se ha comprendido no sólo a los mecanismos de superación de barreras geográficas, económicas, culturales, de género y de cualquier otro tipo, estableciendo la actividad judicial orientada a la solución de un conflicto de manera universal e igualitaria, sino también las actividades coadyuvantes con esta actividad, como la comprensión real de los derechos, la asesoría legal gratuita previa al proceso, la asistencia letrada durante el mismo y, en general, la tutela procesal efectiva, que comprende el uso de las reglas preestablecidas, el derecho de contradicción, la defensa, la instancia plural, la ejecución de los fallos, entre otros aspectos.

30. En efecto, en cuanto actividad propiamente judicial, se ha destacado la interrelación entre las posibilidades o facilidades de acceso, la necesidad de lograr una sentencia ajustada a derecho siguiendo un proceso justo y, finalmente, la ineludible actividad para poder hacer efectivo las pretensiones logradas en el proceso, esto es, la ejecución de resarcimientos o indemnizaciones. Unido a esto, se reclama también un mecanismo de aseguramiento por los errores o defectos del sistema de justicia.¹

31. El órgano encargado de ofrecer este servicio público esencial, de parte del Estado, es el Poder Judicial. Este es, además, un servicio en forma de monopolio estatal que requiere de ciertas características muy especiales. En primer lugar, ha de ser prestado por un órgano imparcial, independiente de cualquier inferencia política, pero, además, el servicio ha de ser eficiente, efectivo y suficiente a la demanda siempre creciente de nuestra sociedad con sed de justicia.

32. Esto significa, en resumidas cuentas, que el Poder Judicial tiene no sólo asignada una competencia, sino también deberá asumir la responsabilidad frente a la ciudadanía por el efectivo servicio de justicia que los ciudadanos reclaman como derecho fundamental. Para que esto no sea sólo una formulación teórica, el Estado deberá delegar también, en este Poder del Estado, las suficientes competencias y, sobre todo, los fondos necesarios para que dichas competencias puedan ser ejercidas con responsabilidad y eficacia. Si ello no ocurre, el Poder Judicial no sólo no podrá ejercer sus potestades como titular de un poder, sino que tampoco podrá trasladarse la responsabilidad por las deficiencias del servicio.

33. En ello debe meritarse, con especial cuidado, el papel que cumple el Estado en la asignación de las prioridades. Gobernar es decidir, y ello implica la elección de diversas opciones. Lo que está en los enfoques de opciones, de quien toma las decisiones en el Estado, es cómo se definen estas prioridades, para lo cual es preciso señalar que cuenta con las atribuciones que les otorga la Constitución y la ley. Sin embargo, debe quedar claro que la atribución de decidir debe estar relacionada con las responsabilidades estatales, no pudiéndose, por la vía de la "elección de la decisión de prioridades", asumirse la indiferencia como respuesta en un tema tan importante como lo judicial, pues ello implica vaciar de contenido a muchos derechos vinculados con la tutela judicial efectiva. Es obvio que sin una adecuada asignación de recursos económicos para hacerlos efectivos, el derecho será solo nominal y no real, por lo que es imperativo que quien tiene a su cargo la importante función de la "elección de recursos escasos" priorice el dinero de los contribuyentes, considerando y no negando las condiciones de mejorar la prestación de un servicio que posibilite la real vigencia de los derechos fundamentales en juego, y que se haga dentro de un enfoque que esta vez si consagre, con sentido real, la autonomía institucional.

34. En ese sentido, el Estado requiere asegurar el adecuado funcionamiento del Poder Judicial como organización autónoma que desarrolle, a su interior, una

de las garantías institucionales más trascendentes en el Estado de Derecho: la independencia, para lo cual se requiere considerar la estructuración del servicio fuera de condiciones de dependencia del poder, pero también consagrándose un servicio de calidad al usuario que permita rescatar su dignidad humana.

35. De este modo, surge la necesidad de establecer una ligazón entre el servicio de justicia, su naturaleza como un servicio imparcial y la necesidad de la autonomía de la organización llamada a prestarla, en condiciones que satisfagan las expectativas de los ciudadanos. En esa medida, la autonomía presupuestaria se presenta como el elemento fundamental para que se den las condiciones para que el servicio pueda prestarse con solvencia y, de esta forma, se cumpla con una de las finalidades del Estado contribuyéndose a la paz social, favoreciendo la construcción de un Poder Judicial moderno y adaptado a nuestros tiempos, fuertemente tecnificado y con presencia en todo el país.

La interpretación constitucional como "cierre" del debate constituyente

36. He querido desarrollar estos argumentos que son, según creo, junto a los que mis colegas han desarrollado en la sentencia, los que permitan definir una opción interpretativa que quedó, como digo en mi fundamento de voto, "abierta" en el debate constituyente. Estas razones permitan ahora, sin género de duda, definir el debate a favor del Poder Judicial.

37. El Poder Judicial, en el proceso de elaboración de su presupuesto, no puede estar sometido a interferencia alguna de parte del Poder Ejecutivo, menos a que éste sustituya su proyecto por otro no elaborado por los órganos de gobierno interno del Poder Judicial. El artículo 145º, para ser compatible con los derechos reconocidos por la Constitución y con la tutela de los mismos, que la propia carta fundamental reserva de modo exclusivo al Poder Judicial, no puede sino ser interpretado como una facultad que debe ser ejercida por este Poder del Estado sin que el Ejecutivo pueda modificarlo a la hora de elaborar el proyecto de Ley de Presupuesto. Una lectura distinta supondría una seria amenaza para la autonomía institucional del Poder Judicial y, a la larga, para la independencia de los jueces.

Con estas consideraciones, como ya he dejado adelantado, concuerdo con el Fallo de la Sentencia.

SS.

GONZALES OJEDA

Exp. N° 0041-2004-AI/TC [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por la Defensoría del Pueblo. Se declara la inconstitucionalidad de las ordenanzas municipales sobre arbitrios].

Fecha de Resolución: 11 de noviembre de 2004

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 10 de marzo de 2005

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta por la Defensoría del Pueblo en contra de una serie de ordenanzas emitidas por las Municipalidades Distritales de Surco y Miraflores; en consecuencia, decretó su inconstitucionalidad por no haber cumplido con las formalidades preestablecidas en el ordenamiento jurídico, vulnerando de esta forma el principio de legalidad tributaria al no haberse ratificado y publicado antes del 30 de abril de cada ejercicio tributario, conforme lo establece el artículo 69º-A de la Ley de Tributación Municipal.

En esa línea, el Tribunal precisó que la ratificación es un elemento esencial de validez de las Ordenanzas distritales y "su finalidad no puede ser declarativa, sino más bien constitutiva (...) sólo con ella se convalida la vigencia de Ordenanza Distrital como norma exigible a particulares. Puede afirmarse que la Ordenanza Distrital ya existe antes de la ratificación, pero, no obstante, aún no es válida ni eficaz, por no estar conforme con todas las reglas para su producción jurídica" (F.J. 15).

De este modo, sostuvo que, "para evaluar si en la producción de normas de carácter tributario, las municipalidades han respetado el principio de legalidad, importará verificar si en el marco del referido parámetro de constitucionalidad se ha respetado el instrumento idóneo para la creación de tributos municipales (Ordenanza); así como el procedimiento para la producción del mismo, esto es, que se hayan cumplido todos los requisitos exigidos para su validez y eficacia" (F.J. 16).

Asimismo, en esta sentencia el Tribunal Constitucional estableció algunos criterios interpretativos y parámetros para la determinación de los costos de los servicios de serenazgo, limpieza pública, parques y jardines y la forma como se distribuyen entre los contribuyentes, por lo que, dada su trascendencia, resultan extensibles al resto de las municipalidades del país.

Destacó que si se tiene en cuenta que el contribuyente o usuario no tiene la libertad para discernir si toma o no el servicio –pues además de tratarse de un tributo (naturaleza impositiva), en el caso de servicios de limpieza pública, seguridad ciudadana, así como parques y jardines, se encuentra frente a *servicios esenciales*, de los cuales de ninguna manera puede prescindir–, entonces las municipalidades deben justificar de manera detallada el hecho sobre la base del cual sustentan el cobro, y que para ello no bastará el anexo del informe técnico para alegar que se ha cumplido con el requisito de la justificación cuando el mismo no se encuentra detallado.

De otro lado, el Tribunal exhortó a la Contraloría General de la República para que, dentro de las funciones que la Constitución le confiere, programe auditorías a los municipios del país, con el propósito de evaluar la forma como se han determinado los costos por los mencionados servicios, de modo tal que se establezcan las responsabilidades civiles, administrativas o penales a que hubiere lugar.

El Tribunal manifestó también que si bien las municipalidades tienen facultades constitucionales en materia tributaria local, eso no quiere decir que puedan ejercer potestad tributaria de manera arbitraria, sino que dicha facultad estará legitimada siempre que se encuentre dentro del marco legal al que la Constitución se refiere.

Asimismo, el TC estableció que la sentencia surtirá efectos al día siguiente de su publicación y, por consiguiente, no habilita la devolución o compensación de pagos efectuados a consecuencia de las Ordenanzas declaradas inconstitucionales quedando a salvo aquellas solicitudes por pagos indebidos o en exceso originados en motivos distintos a la declaratoria de inconstitucionalidad.

Temas Claves: Límites a la potestad tributaria - ordenanzas municipales - parámetros de costos de arbitrios - principios constitucionales tributarios - principio de legalidad tributaria - principio de no confiscatoriedad - ratificación de arbitrios.

EXP. N.º 0041-2004-AI/TC

LIMA

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de noviembre de 2004, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra las Ordenanzas N.ºs 171-MSS y 172-MSS expedidas por la Municipalidad de Santiago de Surco, que aprueban el régimen legal tributario y los importes de arbitrios municipales correspondientes al ejercicio fiscal 2004; las Ordenanzas N.ºs 003-96-O-MSS, 006-97-O-MSS, 002-98-O-MSS y 01-0-MSS; el artículo 4º de la Ordenanza N.º 024-MSS (2000), el artículo 4º de la Ordenanza N.º 55-MSS (2001), el artículo 6º de la Ordenanza N.º 92-MSS (2002), los artículos 7º y 8º y la Segunda Disposición Final de la Ordenanza N.º 128-MSS (2003), así como el artículo 5º de la Ordenanza N.º 130-MSS (2003), por contener vicios de inconstitucionalidad.

ANTECEDENTES

Argumentos de la Defensoría del Pueblo

Con fecha 16 de julio del 2004, la Defensoría del Pueblo interpone demanda de inconstitucionalidad contra diversas Ordenanzas expedidas por la Municipalidad de Santiago de Surco, alegando que las mismas vulneran los principios tributarios de legalidad (no ratificación por ordenanza provincial y aplicación retroactiva de la ley), no confiscatoriedad y capacidad contributiva; y asimismo, porque utilizan criterios prohibidos para la determinación del importe a pagar por concepto de arbitrios.

a) *Sobre la inconstitucionalidad de las Ordenanzas N.ºs 171-MSS y 172-MSS*

Respecto a las Ordenanzas N.ºs 171-MSS y 172-MSS, correspondientes al ejercicio fiscal 2004, indica que se ha vulnerado el principio de legalidad tributaria por no haberse cumplido con las formalidades preestablecidas

en el ordenamiento jurídico para su vigencia, es decir, por no haber sido ratificadas y publicadas antes del 30 de abril de cada ejercicio tributario, conforme lo establece el artículo 69-A de la Ley de Tributación Municipal, Decreto Legislativo N.º 776.

Refiere que la Ordenanza N.º 171-MSS –y como consecuencia la Ordenanza N.º 172-MSS– señala expresamente, en su segunda disposición transitoria y final, que la misma entrará en vigencia al día siguiente de su publicación, lo cual contradice directamente el principio de legalidad tributaria ya que desconoce lo dispuesto por el artículo 40º de la Ley Orgánica de Municipalidades. Este hecho trae como consecuencia que, en la práctica, sus normas se apliquen de manera retroactiva –antes de su ratificación–, vulnerando lo previsto en el artículo 103º de la Constitución.

Afirma que los tribunales administrativos como el Indecopi y el Tribunal Fiscal han coincidido en señalar que las ordenanzas en materia tributaria rigen a partir –y hacia delante– de la ratificación por parte de la Municipalidad Provincial, tal como lo dispone el artículo 40º de la Ley Orgánica de Municipalidades. Sin embargo, lo que no han coincidido es en la posición respecto al “momento originario” en que se hace exigible al contribuyente el pago por concepto de arbitrios municipales, lo que deberá ser materia de pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

También manifiesta que las Ordenanzas vulneran lo dispuesto en el artículo 69-B de la Ley de Tributación Municipal, al disponer que el municipio local calcule los importes de los arbitrios utilizando las fórmulas previstas en la Ordenanza N.º 172 –MSS, y no los criterios utilizados hasta el 1 de enero del ejercicio anterior (2003), reajustados únicamente en base al Índice de Precios al Consumidor.

Añade que las referidas ordenanzas transgreden el principio de no confiscatoriedad de los tributos y de capacidad contributiva, en la medida que la verificación de la efectiva prestación del servicio (como hecho imponible del tributo) no se asume como un supuesto previo e indispensable a la determinación del monto a pagar y a la exigencia misma del pago, siendo que en la práctica estos pagos se exigen de manera anticipada.

Finalmente, sostiene que otra forma como se viene afectando el principio de no confiscatoriedad de los

tributos es mediante el uso de criterios vedados para la determinación de arbitrios, como son la utilización del valor del predio. En ese sentido, concuerda con los lineamientos desarrollados por la Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi, la cual admite como criterios válidos el tamaño, uso y ubicación del predio, indicando que tales criterios constituyen parámetros referenciales y razonables para determinar los importes a pagar por los vecinos, en el caso de arbitrios por servicios de Limpieza Pública, Mantenimiento de Parques, Jardines y Serenazgo.

b) *Sobre la inconstitucionalidad de las Ordenanzas N.ºs 003-96-0-MSS, 006-97-0-MSS, 002-98-0-MSS, 01-99-0-MSS, 24-MSS y parcial de las Ordenanzas 24-MSS, 55-MSS, 92-MSS, 128-MSS, 130-MSS, correspondientes a los ejercicios fiscales 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 y 2003.*

Respecto de estas ordenanzas, lo que pretende la entidad demandante es que se declare la invalidez de los efectos jurídicos subsistentes derivados de la vigencia de las cuestionadas ordenanzas durante los ejercicios fiscales antes señalados, debido a que presentan vicios de inconstitucionalidad desde su origen; en otras palabras, pretende que se determine la prohibición de la eficacia *ultractiva* de estos dispositivos.

Refiere que, en estos casos, la declaratoria de inconstitucionalidad sobre la norma derogada debe tener efectos *ex nunc* (hacia adelante), pues de lo contrario podría producirse una quiebra de la seguridad jurídica; y porque, conforme se ha señalado en la STC N.º 2592-2002-AA/TC, el Tribunal Fiscal se encuentra habilitado para evaluar la validez de ordenanzas municipales que regulan materia tributaria. Añade que lo que se busca es permitir que el contribuyente deje de pagar los importes devengados e impagos al día siguiente de publicada la sentencia, además de extinguir los procedimientos de ejecución coactiva en trámite.

Advierte que existe una limitación a esta posición, debido a la imposibilidad de realizar una evaluación sobre la validez de dispositivos legales municipales con una antigüedad mayor a cuatro (4) años, plazo máximo que establece el artículo 43º del Código Tributario para la compensación o devolución de tributos.

Al igual que las Ordenanzas N.ºs 171-MSS y 172-MSS, sostiene que, en estos casos, tampoco se cumplió con el procedimiento de ratificación previsto en la ley, e igualmente se utilizaron criterios prohibidos para la determinación del monto de arbitrios, como son el valor del predio y la UIT, agregando que esta última no guarda ninguna conexión lógica con los servicios que prestan las municipalidades.

Argumentos de la Municipalidad de Surco

La Municipalidad Distrital de Surco, a través de su representante, contesta la demanda y la contradice en todos sus extremos. Respecto al requisito de ratificación de las Ordenanzas Distritales por parte de las Provinciales, señala lo siguiente:

Ø Que no es suficiente que el requisito de la ratificación se encuentre establecido en una Ley Orgánica, sino que el mismo debe contemplarse de la propia Constitución; sólo así podría afirmarse que la no ratificación vulnera el principio de legalidad.

Ø Que no existe ningún artículo o norma mediante la cual se señale que la ordenanza en materia de arbitrios publicada en el diario oficial *El Peruano* no entra en vigencia al día siguiente de su publicación, sino a partir del día siguiente de la publicación de su ratificación por la Municipalidad Provincial.

Ø Que, en la medida en que la Municipalidad Distrital cumpla los requisitos establecidos en el artículo 69-A y 69-B de la Ley de Tributación Municipal, con relación a los arbitrios, no hay ningún tipo de sustento o interpretación que pueda justificar la razón por la cual, en tanto la Municipalidad Provincial no ratifique la Ordenanza, la Distrital tenga que seguir brindando un servicio que es efectivo, pero por el cual no podría sino cobrar cuando recién la Municipalidad Provincial ratifique la ordenanza correspondiente.

Ø Que en la definición constitucional del principio de legalidad en materia tributaria, la Constitución vigente sólo ha previsto, de acuerdo a lo señalado por los artículos 74º, 195º, inciso 4), 196º, inciso 3) y 200º, inciso 4), que el principio de legalidad para los gobiernos locales consiste en utilizar como instrumento normativo la Ordenanza Municipal, pero en ningún artículo de la Constitución se ha establecido que la Ordenanza en materia tributaria emitida por una Municipalidad Distrital, para que cumpla con el principio de legalidad, debe ser ratificada por la Provincial.

Ø Que el artículo 51º de la Constitución señala que la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado; por consiguiente, la ratificación sólo confirma una norma que de acuerdo a la Constitución ya nació válida.

Ø Que respecto al requisito de pre publicación a que se refiere el literal c) del artículo 60º de la Ley de Tributación Municipal, señala que sólo es exigible para la creación de nuevas tasas, y no para aquellas que ya venían siendo cobradas.

Ø Que el acto de ratificación tan sólo tiene una naturaleza declarativa, es decir, representa la convalidación de un acto ya nacido y responde a las relaciones de coordinación entre las municipalidades. Esta afirmación, argumenta, parte de la razonabilidad de lo dispuesto en el propio artículo 69-A de la Ley de Tributación Municipal, que señala que "concluido el ejercicio fiscal y, a más tardar el 30 de abril del año siguiente, todas las municipalidades publicarán sus ordenanzas aprobando el monto de las tasas por arbitrios (...)" En ese sentido, alega que para fijar las tasas por arbitrios municipales es necesario establecer el costo de servicio, lo cual sólo podría conocerse con el número de predios afectos al 31 de diciembre del ejercicio anterior.

Por tal motivo, advierte que es un imposible jurídico que la Ordenanza se encuentre publicada y ratificada

el 1 de enero de cada ejercicio, y que, por ello, es lógico que la aprobación y publicación se haya previsto hasta el 30 de abril de cada ejercicio. Asimismo, aduce que la ratificación, tal y como se está concibiendo, implica establecer relaciones de jerarquía entre la Municipalidad Provincial y Distrital, criterio que no puede ser admitido bajo ninguna interpretación constitucional.

Ø Y, finalmente, que al tratarse de tributos de periodicidad trimestral, basta con que todos los aspectos se presenten el primer día del trimestre al que corresponde la obligación tributaria, para que se considere que ha nacido la misma. El hecho de que se esté obligado a pagar dicho tributo sin que se haya culminado el trimestre, no significa que el tributo sea confiscatorio.

Respecto al uso de criterios vedados para la determinación de arbitrios, señala que:

Ø Debe diferenciarse los criterios para la determinación de arbitrios de aquellos utilizados para su distribución. En el primer caso, se debe considerar el costo efectivo que demanda la prestación de los servicios de acuerdo a su tipo, ya que los criterios para la distribución se fijan en base a criterios objetivos, tomando en cuenta el número de contribuyentes de la localidad y el número de predios.

Ø La capacidad contributiva sí debe ser tomada en cuenta. Ello es posible en la medida en que la capacidad contributiva, en el caso de las tasas, deja de ser la justificación del tributo y más bien representa un factor objetivo para graduar la asunción del costo del servicio por parte de los contribuyentes. De ahí que el valor del predio, indicador de la capacidad contributiva, resulte ser un criterio válido.

Ø La estructura peculiar de la tasa determina que, en atención a su calidad de tributo vinculado, el principio de provocación del costo sea preponderante, y que, en función a su naturaleza contributiva, sea el principio de capacidad contributiva el elemento complementario.

Sobre la posibilidad de cuestionar ordenanzas derogadas, pero cuyos efectos subsisten en el tiempo, señala que no puede hablarse de aplicación ultractiva de las ordenanzas, pues en la actualidad únicamente son aplicadas respecto de los hechos generadores ocurridos durante los ejercicios en que se encontraban vigentes.

FUNDAMENTOS

§ Delimitación del petitorio

1. La Defensoría del Pueblo, mediante la presente acción de inconstitucionalidad contra diversas Ordenanzas de la Municipalidad de Santiago de Surco que establecieron el pago de arbitrios por concepto de Serenazgo, Limpieza Pública, Parques y Jardines, para los periodos fiscales 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004, solicita a este Colegiado la revisión constitucional de las mismas, básicamente por lo siguientes argumentos:

I. Respecto a la impugnación de ordenanzas ya derogadas, demanda el pronunciamiento del Tribunal Constitucional,

debido a que los efectos de las mismas aún perviven en el tiempo.

II. La Municipalidad de Santiago de Surco, en la emisión de las Ordenanzas Municipales impugnadas, no ha respetado el mecanismo formal de ratificación para su validez, establecido en la Ley Orgánica de Municipalidades.

III. La Municipalidad de Santiago de Surco ha cobrado arbitrios utilizando criterios no admisibles para su cuantificación.

§ Marco del análisis constitucional

2. Partiendo de los tres temas que delimitan el petitorio, este Tribunal desarrollará el correspondiente análisis de constitucionalidad sobre la base de una interpretación desde la Constitución y las normas integrantes del parámetro o bloque de constitucionalidad. En ese sentido, a fin de verificar si en este caso se han violado los principios de legalidad y no confiscatoriedad alegados, se pronunciará respecto a lo siguiente:

Ø La facultad del Tribunal para la revisión de normas derogadas.

Ø El fundamento constitucional de la ratificación de las ordenanzas distritales por parte de la Municipalidad Provincial, el parámetro de constitucionalidad y el principio de legalidad; en cuyo caso se esclarecerá lo siguiente:

- *Si la ratificación es un elemento esencial de validez de la ordenanza.*

- *Si la ratificación de las ordenanzas distritales por las provinciales es un requisito constitutivo o declarativo de la vigencia de la norma.*

- *Tomando en cuenta el marco legal aplicable a las ordenanzas impugnadas, ¿desde qué momento debieron generarse los efectos jurídicos de las ordenanzas ratificadas, es decir, desde cuándo fueron exigibles a los contribuyentes?*

Ø Los criterios a tomarse en cuenta para la distribución del costo del servicio; en cuyo análisis se evaluará la pertinencia del uso del principio de capacidad contributiva en este tipo de tributos.

Ø La evaluación del principio de no confiscatoriedad en la cuantificación de arbitrios

§ Marco constitucional de los tributos municipales: el caso de los arbitrios por concepto de Serenazgo, Limpieza Pública, Parques y Jardines

3. El artículo 74° de la Constitución establece que los gobiernos regionales y los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. Asimismo, señala que el Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.

4. El artículo 74° reconoce facultad tributaria a los gobiernos locales para la creación de tasas y contribuciones, siempre que: a) sea dentro de su jurisdicción; y, b) con los límites que establece la ley.

Ello quiere decir que las Municipalidades no pueden ejercer su potestad tributaria de manera arbitraria, sino que dicho reconocimiento constitucional estará legitimado siempre que se encuentre dentro del marco legal que la Constitución consagra. Será, entonces, mediante la ley de la materia como se regule el instrumento idóneo para ejercer la potestad tributaria, así como el procedimiento para su validez y vigencia.

De este modo, la Ley Orgánica de Municipalidades y la Ley de Tributación Municipal, en lo que sea pertinente, constituyen el *parámetro de constitucionalidad* para el correcto ejercicio de la potestad tributaria municipal.

5. Como quiera que se cuestionan Ordenanzas cuya vigencia ha sido por los periodos 1996 al 2004, analizaremos el caso en función a los artículos vigentes y aplicables a dichas normas. Tanto el artículo 94° de la hoy derogada Ley N.° 23853, Orgánica de Municipalidades (publicada el 9 de junio de 1984), como el artículo 40° de la actual Ley N.° 27972, Orgánica de Municipalidades (publicada el 27 de mayo de 2003), han contemplado el requisito de ratificación por parte del Concejo Provincial para la *vigencia* de las Ordenanzas Distritales.

6. Por su parte, el Decreto Legislativo N.° 776, Ley de Tributación Municipal (LTM), establecía que:

Ø El hecho generador de la obligación tributaria es la prestación efectiva por la municipalidad de un servicio público individualizado en el contribuyente (LTM, arts. 66.° y 68.°).

Ø La prestación del servicio público debe encontrarse reservado a los municipios, de acuerdo con la Ley Orgánica de Municipalidades (LTM, art. 68.°).

Ø Su cálculo debe hacerse durante el primer trimestre del ejercicio fiscal, en función del costo efectivo del servicio a prestar, y sólo puede incrementarse en ese ejercicio hasta el porcentaje de variación del Índice de Precios al Consumidor (LTM, art. 69.°).

Ø Las ordenanzas que aprueban los arbitrios deben ser publicadas al concluir el ejercicio fiscal o, a más tardar, al 30 de abril del año siguiente, explicándose los costos efectivos que demanda el servicio según el número de contribuyentes de la localidad beneficiada, así como los criterios que justifiquen incrementos, de ser el caso (LTM, art. 69°).

Por su parte, la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario -aplicable a todas las consecuencias jurídicas originadas por los tributos-, establece que su rendimiento sólo puede ser destinado a cubrir el costo de los servicios cuya prestación genera la obligación. Por su parte, la Norma X señala que las leyes tributarias rigen desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

De manera que, a fin de no vulnerar los principios constitucionales para la creación de tributos, este es el marco constitucional que debió respetarse en la producción de Ordenanzas por arbitrios municipales.

§ Juicio de validez de normas derogadas

7. En el Expediente N.° 0004-2004-AI/TC (Caso ITF), el Tribunal Constitucional estableció el criterio vinculante respecto a la revisión de los efectos de normas derogadas, señalando que: "(...) no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aun en ese caso, existen dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria".

8. Ello tomando en cuenta que la derogación termina con la vigencia de la ley, pero no logra eliminarla del ordenamiento jurídico; afecta su aplicabilidad futura, mas no su existencia y, por tanto, tampoco su aplicabilidad para las situaciones pasadas creadas a su amparo, que no hayan quedado agotadas. Por tanto, como se ha señalado, la derogación de una ley o norma con rango de ley no es impedimento para que este Tribunal pueda juzgar su validez constitucional. Como lo ha expresado su par italiano: "(...) el control de la Corte Constitucional puede y debe ser realizado, inexorablemente, todas las veces que de eficacia y de aplicación de la ley pueda hablarse, independientemente de su derogación sobrevenida, siempre y cuando su eficacia y aplicación se mantengan" [Sentenza N.° 4/1959].

9. De este modo, estando a que el presente proceso de inconstitucionalidad se cuestiona Ordenanzas con tiempo de vigencia de un ejercicio fiscal, pero cuyos efectos perviven en el tiempo, es evidente que el Tribunal Constitucional puede pronunciarse y ser susceptible de alcanzar, con su fallo, los efectos de tales normas; toda vez que, con base en las mismas, se han emitido en muchos casos órdenes de pago, determinaciones y multas, las cuales han derivado en procedimientos de cobranzas coactivas que aún continúan en trámite.

§ El fundamento de la ratificación de Ordenanzas Distritales por parte de una Municipalidad Provincial, el parámetro de constitucionalidad y el principio de legalidad

10. En el Exp. N.° 007-2001-AI/TC, el Tribunal confirmó la constitucionalidad del procedimiento de ratificación de Ordenanzas Distritales por parte de una Municipalidad Provincial, señalando que no resulta contrario ni a la garantía institucional de la autonomía municipal ni tampoco al principio de legalidad en materia tributaria.

Este Colegiado sustentó tal interpretación en el hecho de que, en un Estado descentralizado como el peruano, los distintos niveles de gobierno deben apuntar hacia similares objetivos, de modo que el diseño de una política

tributaria integral puede perfectamente suponer - sin que con ello se afecte el carácter descentralizado que puedan tener algunos niveles-, la adopción de mecanismos formales, todos ellos compatibles entre sí, lo que implica que un mecanismo formal como la ratificación de ordenanzas distritales por los municipios provinciales coadyuva a los objetivos de una política tributaria integral y uniforme acorde con el principio de igualdad que consagra el artículo 74° de la Constitución.

11. Y es que la ratificación guarda sustento con la necesidad armonizar y racionalizar el sistema tributario a nivel de municipalidades y evitar, así, las diferencias irracionales entre las distintas jurisdicciones municipales. Ello, por supuesto, no resta autonomía para la creación de tributos, pero sí ayuda a resguardar que exista un estándar mínimo en los criterios para la determinación de servicios municipales, y a evitar la arbitrariedad en la cuantificación de los mismos.

Por ejemplo, podría darse el caso que dos distintas municipalidades, para brindar un determinado servicio, utilicen maquinarias e insumos valuados de manera similar y programen prestar el servicio con la misma frecuencia; sin embargo, una de ellas termine determinando un monto mayor a distribuir que la otra. De no existir el filtro de la ratificación, este tipo de situaciones sería imperceptible.

12. En consecuencia, no queda duda que la ratificación es un mecanismo de control sobre la producción de normas, consustancial a la garantía de la autonomía municipal. Por lo tanto, de ninguna manera el Tribunal Constitucional puede admitir el alegato de la defensa de la Municipalidad de Surco, de que la falta de fundamento de la ratificación se sustenta en que se ha derogado la participación de las municipalidades provinciales como segunda instancia en el procedimiento contencioso tributario. Pareciera que, en su errado entender, la simplificación administrativa en las instancias de reclamación -que perfectamente queda justificada a favor de los contribuyentes-, tiene el mismo fundamento que una exigencia en el procedimiento de producción normativa, necesario para garantizar un sistema tributario de mayor equidad.

Menos aún cabe admitir que el requisito de la ratificación establece una relación de jerarquía entre municipalidades; todo lo contrario, éste se enmarca dentro de las relaciones de coordinación entre gobiernos locales, propio de un Estado descentralizado.

13. La defensa de la Municipalidad de Surco, al señalar que la ratificación es válida sólo si estuviere contemplada en el texto de la Constitución, omite una lectura completa del artículo 74° de nuestra Constitución, mediante el cual se establece el ejercicio de la potestad tributaria municipal con los "límites que establece la ley". Esta disposición, determina la *ampliación del parámetro de control constitucional* al ejercicio de la potestad tributaria municipal, de modo que el marco de referencia para constatar la validez/invalidez de sus ordenanzas no se limita únicamente a la lectura literal de la Constitución,

sino que integra las normas con contenido material que deriven de ella; esto es, la Ley de Tributación Municipal y la Ley Orgánica de Municipalidades, en los preceptos referidos a atribuciones y competencias de las municipalidades en el ejercicio de su potestad tributaria.

Ello en concordancia con el artículo 22° de la LOTC, el cual dispone que: "Para apreciar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de las normas mencionadas en el artículo 20°, el Tribunal considera, además de los preceptos constitucionales las leyes que dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado".

14. Al respecto, el Tribunal Constitucional precisó en el Exp. N.° 007-2002-AI/TC, que: " (...) en determinadas ocasiones, ese parámetro puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (v.g. la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de "*normas sobre la producción jurídica*", en un doble sentido; por un lado, como "*normas sobre la forma de la producción jurídica*", esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como "*normas sobre el contenido de la normación*", es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido (Fund.Jur. N.° 5).

Tal capacidad (de fuentes formalmente no constitucionales para integrar el parámetro), es lo que en el derecho constitucional comparado se ha abordado bajo la denominación de "bloque de constitucionalidad" (así, en España) o de "normas interpuestas" (caso de Italia).

15. Pues bien, estando a lo antes dicho, *¿puede afirmarse que el requisito de la ratificación es un elemento esencial de validez de las Ordenanzas distritales?* La respuesta, obviamente, es afirmativa, y se sustenta en lo señalado en los fundamentos precedentes; por consiguiente, su finalidad no puede ser declarativa, sino más bien constitutiva, sólo con ella se convalida la vigencia de Ordenanza Distrital como norma exigible a particulares. Puede afirmarse que la Ordenanza Distrital ya existe antes de la ratificación, pero, no obstante, aún no es válida ni eficaz, por no estar conforme con todas las reglas para su producción jurídica.

16. De este modo, para evaluar si en la producción de normas de carácter tributario, las municipalidades han respetado el principio de legalidad, importará verificar si en el marco del referido parámetro de constitucionalidad se ha respetado el instrumento idóneo para la creación de tributos municipales (Ordenanza); así como el procedimiento para la producción del mismo, esto es, que se hayan cumplido todos los requisitos exigidos para su validez y eficacia.

Publicidad y entrada en vigor de las ordenanzas distritales en materia tributaria

17. Es claro entonces que, si una Municipalidad Distrital al emitir sus ordenanzas por arbitrios no ha cumplido con

el requisito de la ratificación, no se encuentra habilitada para exigir dicho cobro a los usuarios en base a tal norma. Sin embargo, queda pendiente concordar el momento de la ratificación (validez) con la publicidad de la norma (eficacia).

18. En la sentencia recaída en el Exp. N.º 0021-2003-AI/TC, este Colegiado señaló que, tal como se desprende de una interpretación sistemática del artículo 51º, *in fine*, y del artículo 109º de la Constitución, la publicación determina la eficacia, vigencia y obligatoriedad de la norma, pero no determina su constitución, pues ésta tiene lugar con la sanción del órgano que ejerce potestades legislativas, criterio que es aplicado *mutatis mutandi* también a las ordenanzas municipales.

Por lo tanto, los cuestionamientos que puedan surgir en torno a la publicación de una norma no deben resolverse en clave "validez o invalidez", sino de "eficacia o ineficacia". Una ley que no ha sido publicada, sencillamente es ineficaz, pues no ha cobrado vigencia. Y sobre aquello que no ha cobrado vigencia, no es posible ejercer un juicio de validez en un proceso de inconstitucionalidad, pues no será posible expulsar del ordenamiento jurídico aquello que nunca perteneció a él.

Consecuentemente, las Ordenanzas Municipales quedan constituidas tras su aprobación y sanción por parte del Concejo Municipal, pero carecen de eficacia y obligatoriedad mientras no sean publicadas.

19. Lo expuesto se sustenta en el artículo 51º de la Constitución, que establece que la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado. En consecuencia, el procedimiento para la producción de Ordenanzas Distritales en materia tributaria, requiere de la ratificación por parte del Concejo Provincial y que dicho Acuerdo sea publicado. Sólo así podrán cobrarse arbitrios válidos, pues se habrá respetado el principio de legalidad para la creación de normas.

20. Ahora bien, debe precisarse cómo ha de interpretarse lo antes señalado según lo dispuesto en el artículo 69º de la Ley de Tributación Municipal y la Ley Orgánica de Municipalidades, respecto al momento en que deben darse por cumplidos estos requisitos, y desde cuándo debieron ser exigibles para los contribuyentes.

21. El artículo 69º de la Ley de Tributación Municipal, establece que el cálculo de tasa por arbitrios se efectúa dentro del primer trimestre de cada ejercicio fiscal. Por su parte, el artículo 69-A señala que, concluido el ejercicio fiscal, y a más tardar el 30 de abril del año siguiente, todas las municipalidades deberán publicar sus ordenanzas aprobando el monto de arbitrios, explicando los costos de determinación y los criterios que justifiquen los incrementos. El artículo 69-B indica que, en caso no se cumpla lo dispuesto en el artículo 69-A dentro del plazo establecido, sólo se podrán determinar el importe de arbitrios tomando como base el monto de las tasas cobradas por arbitrios al 1 de enero del año fiscal anterior, reajustándolos con la aplicación de la variación del Índice de Precios al Consumidor -IPC-.

La derogada Ley Orgánica de Municipalidades, en su artículo 94º, y el artículo 40º de la Ley Orgánica vigente, Ley N.º 27972, establecen el requisito de la ratificación para la vigencia de las ordenanzas distritales.

22. Al respecto, la Municipalidad Distrital de Surco afirma que si bien la Ley Orgánica de Municipalidades establece el requisito de ratificación, en ningún caso ha señalado un plazo para la misma. Por consiguiente, el mecanismo de ratificación no ha sido definido ni en la Ley Orgánica de Municipalidades ni en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Exp. N.º 007-2001-AI).

Sostiene que la exigencia de la publicación hasta el 30 de abril, conforme al artículo 69-A de la Ley de Tributación Municipal, está referida únicamente la Ordenanza Distrital, mas no al Acuerdo del Concejo de ratificación, con lo cual, queda claro que lo dispuesto por el legislador es que tal ratificación sólo opera como convalidación o confirmación de la ordenanza distrital, pudiendo efectuarse en cualquier momento.

23. En efecto, el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 007-2001-AI/TC, únicamente se pronunció sobre la confirmación de constitucionalidad del requisito de ratificación, constituyendo desde ese momento jurisprudencia vinculante en el ordenamiento jurídico peruano. Corresponde, en esta oportunidad, determinar cómo debe operar ese mecanismo en función a sus finalidades intrínsecas de acuerdo al parámetro de constitucionalidad.

24. En ese sentido, reiteramos que el mecanismo de ratificación es un requisito esencial de validez y la publicación del Acuerdo de Concejo, requisito esencial para su vigencia; y, por tanto, constituyen requisitos constitutivos y no meramente declarativos, como lo sostiene la Municipalidad de Surco. Cabe entonces preguntarse, qué sentido de razonabilidad tendría que un requisito necesario para la validez y vigencia de una norma, pueda establecerse indefinidamente; y qué sentido tendría que, en el caso de ordenanzas que crean arbitrios cuya vigencia es de un ejercicio fiscal, se pueda cumplir con un requisito esencial de validez, casi al finalizar dicho ejercicio o, lo que es peor, al año siguiente, ó 5 años más tarde, como en el caso de la Ordenanza N.º 003-96-O-MSS.

25. Evidentemente, aceptar una tesis como la que sostiene el demandado, tornaría irrazonable la exigencia de la ratificación, desnaturalizando su sustento constitucional, el cual, conforme se ha señalado en los fundamentos 11 y 12, cumple la función de armonizar y racionalizar el sistema tributario municipal para una mejor garantía del servicio a los contribuyentes.

Es por ello que el artículo 69-A de la Ley de Tributación Municipal no puede interpretarse en forma aislada e incongruente respecto al parámetro de constitucionalidad; y, en ese sentido, si bien se señala que la "Ordenanza" que aprueba arbitrios deberá publicarse hasta el 30 de abril, debe entenderse que está referido a dicha ordenanza en tanto válida y vigente, es decir, debidamente ratificada y publicada a esa fecha.

Lo contrario sería admitir la aplicación retroactiva de la norma, lo cual vulneraría la seguridad jurídica en materia tributaria, entendida como *certeza, confiabilidad, congruencia de normas e interdicción de la arbitrariedad en la aplicación de una norma*, lo que comporta que se integre en su contenido el respeto a los principios de legalidad (producción normativa), igualdad y no confiscatoriedad, traducidos en el respeto a los derechos fundamentales de los contribuyentes.

26. En consecuencia, se infiere de lo desarrollado en los fundamentos precedentes y de las disposiciones bajo comentario, lo siguiente: a) las ordenanzas aprobadas, ratificadas y publicadas hasta al 30 de abril de cada ejercicio fiscal, tendrán efectos jurídicos para todo el año; b) serán exigibles ante los contribuyentes al día siguiente de la publicación de la ordenanza ratificada, cuando esto haya ocurrido hasta el 30 de abril; c) no es posible otorgarles efectos retroactivos y, por ende, los costos por servicios en el periodo anterior a la vigencia de la nueva ordenanza válida, serán exigibles, en base al monto de arbitrios cobrados al 01 de enero del año fiscal anterior -creado mediante ordenanza válida o las que precedan, de ser el caso-, reajustadas con la variación del IPC; d) en caso que no se haya cumplido con ratificar y publicar las ordenanzas en el plazo previsto, corresponde la aplicación del artículo 69-B de la Ley de Tributación Municipal.

27. Respecto al requisito de la pre publicación de la ordenanzas según lo dispone el inciso c) del artículo 60° del Decreto Legislativo N.° 776¹, a juicio, de este Tribunal, constituye un elemento no esencial de validez; siendo básicamente de difusión de la norma, por lo que no debe incidir en la vigencia de la ordenanza misma; tan es así que su exigencia ha sido suprimida por el Decreto Legislativo n.°952.

§ La determinación del costo del servicio y los parámetros generales de distribución: casos arbitrios de Serenazgo, Limpieza Pública, Parques y Jardines.

La Defensoría del Pueblo invoca en su demanda la necesidad de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto a los criterios objetivos que puedan considerarse razonables para la determinación de arbitrios. A estos efectos, sustenta su demanda en los lineamientos de la Comisión de Acceso al Mercado sobre arbitrios municipales, aprobados por Resolución N.° 008-2003-CAM-INDECOPI, cuya finalidad es evitar que el cobro de arbitrios constituya una barrera burocrática de ingreso al mercado, encontrando conformidad con la aceptación del uso, tamaño y ubicación del predio como parámetros referenciales válidos, mas no con el criterio valor del predio.

28. Primeramente, debe distinguirse entre los dos momentos de la cuantificación de tasas por concepto de arbitrios, cuales son, la determinación global del costo del servicio y la distribución del mismo entre la totalidad de los contribuyentes de una determinada jurisdicción. Entendemos que, cuando la Defensoría del Pueblo expresa su preocupación e invoca al Tribunal para que

establezca criterios de uniformidad, se refiere al segundo momento, ya que la determinación de costos por un servicio prestado sólo puede ser establecido a ciencia cierta por quien presta el servicio.

29. Claro está que el hecho de que sean las municipalidades a quienes les corresponda esta facultad, no las autoriza a considerar de manera indiscriminada e irrazonable cualquier criterio para justificar sus costos, pues los mismos -directos e indirectos-, deberán ser idóneos y guardar relación objetiva con el servicio que se preste.

30. No pareciera, pues, que justificar el costo o mantenimiento del servicio en mayor medida por costos indirectos, como por ejemplo remuneraciones, o incluso tomar en cuenta dietas de regidores -como en algunos casos se ha hecho- logre este objetivo; resulta más razonable la justificación basada en el valor y mantenimiento de la maquinaria e insumos empleados, así como la frecuencia en la prestación del servicio.

Tampoco podría admitirse como costos válidos aquellos que integran el rubro "otros gastos indirectos", sin que ellos sean disgregados para dar cuenta al contribuyente de cuáles son esos gastos indirectos que han elevado el costo del servicio a recibir. Por estas consideraciones, reviste especial importancia la ratificación provincial y su intervención para proponer directrices técnicas orientadoras en aras de una mejor estructuración de costos.

31. Tómese en cuenta que el contribuyente o usuario no tiene la libertad para discernir si toma o no el servicio, pues además de tratarse de un tributo (naturaleza impositiva), en el caso de servicios de limpieza pública, seguridad ciudadana, así como parques y jardines, se encuentra frente a *servicios esenciales*, de los cuales de ninguna manera puede prescindir. Por tal motivo, las municipalidades deben justificar de manera detallada el hecho en base al cual sustentan el cobro; para ello no bastará el anexo del informe técnico para alegar que se ha cumplido con el requisito de la justificación cuando el mismo no se encuentra detallado.

Revisión de los criterios antes establecidos por el Tribunal Constitucional

32. Ahora bien, en el Expediente N.° 0918-2002-AA/TC (Caso Estudio Navarro Abogados S.C.R. Ltda.), el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse sobre los criterios de *distribución* en los casos de arbitrios por servicio de serenazgo, limpieza pública, de disposición final de residuos sólidos y de parques y jardines, señalando que: "(...) en todos los casos, el Municipio justifica la utilización de los criterios de determinación de los tributos sobre la base de la capacidad contributiva de los contribuyente (valor o uso de los predios), entendiendo que ellos permiten una distribución justa (o equitativa) y adecuada del costo total del servicio; sin embargo, al igual que en el caso del arbitrio de serenazgo, dicha justificación y relación no resulta congruente con la naturaleza del tributo". (Fund.Jur. N.° 12).

En dicha oportunidad, el Tribunal estableció que, en el caso de arbitrios –por su naturaleza-, el hecho generador de la obligación tributaria es la prestación efectiva o mantenimiento del servicio, cuyo cálculo debe hacerse en función de su costo, por lo que no resulta criterio válido el valor del predio para el pago del Impuesto Predial, su ubicación o uso; ello porque no existe una relación válida entre el servicio público recibido y el valor, ubicación o uso del inmueble.

El Tribunal Constitucional considera conveniente la revisión del criterio antes expuesto, a fin de ajustarlo a la problemática de este tipo de tributos y lograr un mayor grado de justicia y equidad en su exigencia.

33. Técnicamente no puede evaluarse las tasas de la misma manera que los impuestos, porque difícilmente se verá en los primeros el hecho generador. En el caso de las tasas, la base imponible se traducirá en la distribución global de costos entre todos los contribuyentes de una determinada jurisdicción. Es más conveniente, entonces, analizarlas en función a la intensidad del uso del servicio.

34. Por ello, concordamos con la posición doctrinal que expresa que: "(...) quizás sea más razonable en estos casos prescindir de la utilización del elemento cuantitativo base imponible, que es un concepto de necesaria aplicación individualizada, para la medición de riquezas individuales. La naturaleza de estos tributos demanda la utilización en cada caso, de los elementos de cuantificación más adecuados para medir el uso del servicio que realiza cada cual. Criterios que pueden serlo de fijación y distribución de cuotas fijas, moduladas en función del grado de utilización del servicio que realice cada sujeto pasivo (...)" [Lago Montero, José María. *Tasas Locales: Cuantía*. Marcial Pons. Madrid. 2004. Pág. 123].

35. Si bien la cuantificación del costo efectivo del servicio presenta una mayor complejidad cuando se habla de costo concreto por "prestación efectivamente singularizada", esta fórmula admite una mayor flexibilidad al haberse incorporado su determinación en función a un "goce potencial", determinándose aquello que previsiblemente deberá pagar cada individuo, asumiendo que el servicio es ofrecido o puesto a su disposición aunque no lo use.

En la cuantificación de las tasas se parte de dos principios: el *principio de cobertura* y el *principio de equivalencia*. El primero se refiere al límite cuantitativo del costo global del servicio para su distribución, mientras que el segundo, al coste individualizado real o potencial de cada servicio, de modo que no podrán exigirse tasas por servicios que no sean *susceptibles* de ser individualizados y que no procuren algún beneficio a las personas llamadas a su pago.

36. Frente a lo antes señalado, en un tema técnicamente tan complejo como es la fijación de criterios para la cuantificación de arbitrios municipales, se han evaluado dos posibles alternativas, cuales son: 1) no descartar ninguna variable como válida sino, más bien, cuidar que los costos fijados y su distribución no sean excesivos e irrazonables; o, 2) señalar parámetros generales que, a juicio del Tribunal, permitan determinar lo que

razonablemente debe pagar cada contribuyente por el servicio prestado.

Descartamos la primera alternativa, debido a los riesgos de arbitrariedad que puede generar; sin embargo, debe tomarse en cuenta que, a partir del periodo 2005, las modificaciones a la Ley de Tributación Municipal ya han previsto algunos criterios válidos, sin descartar otros que pudieran surgir. La segunda alternativa resulta ser la más óptima, pues a nuestro juicio, la fijación de parámetros de uniformidad y equidad coadyuvan a que sea menos probable que la cuantía de una tasa resulte irrazonable o excesiva.

Con ello, el Tribunal no pretende cerrar la posibilidad al hecho de que, si existen nuevos criterios a futuro, estos sean tomados en cuenta; sino que lo que se busca es establecer una línea de interpretación que permita conocer cuándo un criterio es válido.

37. Ahora bien, la evaluación de estos aspectos no significa que el Tribunal Constitucional termine por regular conceptos correspondientes al Legislativo o al ejercicio de la potestad tributaria de las municipalidades; sino que, dentro de nuestra labor de Intérprete de la Constitución y protector de los derechos fundamentales de la persona, consideramos necesario pronunciarnos de manera orientadora por aquello que no estuvo definido claramente en la Ley de Tributación Municipal y que ha generado una creciente problemática nacional en los contribuyentes. De ahí el interés público y la trascendencia de un pronunciamiento oportuno de este Colegiado.

Nuestro análisis, por consiguiente, parte de la premisa de que las municipalidades, al igual que el Poder Legislativo y el Ejecutivo, cuando ejercen potestad tributaria, se encuentran obligados a observar los principios constitucionales de la tributación que nuestra Constitución establece en su artículo 74°.

¿Que criterios están proscritos y cuáles se admiten como parámetros generales para la distribución de costos por arbitrios?

38. En primer lugar, es necesario entender que los criterios de cuantificación deben tomar en cuenta la especial naturaleza de cada servicio o actividad que se realice; por tal motivo, no se aplican de la misma manera en todos los tipos de arbitrios.

En consecuencia, será la distinta naturaleza de cada servicio la que determine la opción cuantificadora más adecuada, para lograr acercarnos a un equilibrio en la distribución de costos por uso efectivo o potencial del servicio; en este caso, el criterio de razonabilidad y la conexión lógica entre el servicio prestado y la intensidad de su uso, resultan elementos de especial relevancia.

a) La ubicación, el uso y tamaño del predio como criterios

39. Cabe hacer una precisión respecto a la afirmación vertida en el Expediente N.º 0918-2002-AA/TC, que señala que el valor del predio, su tamaño, ubicación o uso, no resultan criterios válidos de cuantificación.

Tales criterios no son válidos en la medida que no se constate una vinculación directa o indirecta entre el servicio público prestado y la intensidad de su goce; *contrario sensu*, de verificarse esta conexión en cada caso y evaluando su pertinencia, los mismos serán susceptibles de ser admitidos.

40. En ese sentido, la admisión o negación de un criterio como válido no puede definirse de manera uniforme, sino que dependerá de que, en el caso de un arbitrio específico, los criterios utilizados guarden una *conexión razonable* con la naturaleza del servicio brindado.

La razonabilidad como criterio determinante de la validez del cobro

41. La aplicación de criterios de razonabilidad evita que la decisión de distribuir el costo del servicio sea discrecional por falta de reglas claras, y estará sujeto a parámetros objetivos que sustentan dicha decisión; en el caso de distribución de costos por servicios municipales, esta objetividad se verifica cuando exista una *conexión lógica* entre la naturaleza del servicio y el grado de intensidad en su uso, de modo tal que, gracias al criterio empleado, se obtengan con mayor fidelidad el monto que corresponde pagar en cada caso.

Conforme lo hemos venido señalando, un criterio será válido y por tanto aplicable, si se tiene en cuenta su conexión lógica con la naturaleza del servicio. No obstante ello, procederemos a analizar de manera general los tres criterios referidos en el Proceso de Inconstitucionalidad:

En el caso de limpieza pública

42. Generalmente involucra el pago por servicios de recolección y transporte de residuos, barrido y lavado de calles, avenidas, relleno sanitario, etc. Dependerá de la mayor intensidad del servicio en cada contribuyente, a fin de generar una mayor obligación de pago en estos casos.

Para el Tribunal resulta razonable que quien contamina más –por generación de basura y desperdicios–, debe pagar un arbitrio mayor. Por ello, un criterio *ad hoc* en este caso lo constituye el *uso del predio*; por ejemplo, no puede negarse que los establecimientos comerciales generan mayor cantidad de basura que una casa-habitación. De igual modo, el número de personas que en promedio habitan un predio también determinará que en un caso u otro sea previsible una mayor generación de basura.

No creemos, sin embargo, que esta finalidad se consiga del mismo modo, al utilizar el criterio *tamaño del predio*, pues no necesariamente un predio de mayor tamaño genera mayores residuos. Bajo este razonamiento compartimos lo resuelto por el TSJ de Canarias (Tenerife) de fecha 7 de abril de 1999, en el que se proscribió el uso del parámetro metros cuadrados de superficie, en la tasa por recogida de basura, para todos los supuestos distintos de vivienda comprendidos en la norma, atendiendo al hecho de que, un despacho profesional, una cafetería, un supermercado, etc., de la misma superficie, no generan el mismo volumen de residuos.

Sin embargo, sí creemos que podría ser utilizado de mediar una *relación proporcional entre el tamaño del predio y el uso del mismo*. Por ejemplo, en estos casos, siendo dos predios de la misma actividad comercial pero de distinto tamaño, será objetivo presuponer que el predio de mayor tamaño genera más desperdicios. De otro lado, consideramos que el criterio *tamaño del predio* sí determina que se reciba un mayor servicio por barrido y lavado de calles.

En este tipo de arbitrios, consideramos importante citar como ejemplo el caso del Municipio de Torrelles de Llobregat (Barcelona), en el cual se optó por usar como base imponible de la tasa, la cantidad y tipo de residuos generados por cada sujeto pasivo de forma individual, con lo cual se creó una tasa de basura por generación puerta a puerta, acercándose de este modo a un mayor grado de equidad en el cobro. (Puig Ventosa, Ignasi. Las tasas de basura de pago por generación. El caso de Torrelles de Llobregat En: Crónica Tributaria. IEF. Núm 111-2004).

En el caso de parques y jardines

43. El servicio brindado suele orientarse a la implantación, recuperación, mantenimiento y mejoramiento de parques y jardines de uso público. Si bien los beneficios ambientales y preservación de áreas verdes benefician a todos por igual, quienes viven con mayor cercanía a parques y jardines, indudablemente reciben un beneficio mayor; de ahí que la *ubicación del predio*, resulta, en este caso, el criterio de distribución principal, pues el *uso y tamaño del predio* resultan tangenciales para medir, por sí mismos, el beneficio en este caso,

En el caso de arbitrios de serenazgo

44. El servicio de serenazgo cumple el objetivo de brindar seguridad ciudadana, por lo general, mediante servicios de vigilancia pública y atención de emergencias. Como servicio esencial, la seguridad es una necesidad que aqueja por igual a todo ciudadano, por lo que el *tamaño del predio* resulta un criterio no relacionado directamente con la prestación de este servicio; sin embargo, es razonable admitir que el uso de este servicio se intensifica en zonas de mayor peligrosidad, para cuya medición es importante el criterio de *ubicación del predio*; asimismo, puede admitirse el criterio *uso del predio*, ya que, por ejemplo, la delincuencia y peleas callejeras suelen producirse con mayor intensidad en lugares de uso comercial y discotecas.

Finalmente, debe tomarse en cuenta que estos tres criterios ya han sido positivizados por el legislador en la última modificación legislativa a la Ley de Tributación Municipal, mediante Decreto Legislativo N.º 952, cuyo tenor es: " **Artículo 69º (...)** Para la distribución entre los contribuyentes de una municipalidad, del costo de las tasas por servicios públicos o arbitrios, se deberá utilizar de manera vinculada y dependiendo del servicio público involucrado, entre otros criterios que resulten válidos para la distribución: el uso, tamaño y ubicación del predio del contribuyente (...).".

b) La incidencia de la capacidad contributiva en la determinación de la cuantía de las tasas

45. En la doctrina se ha afirmado comúnmente que este es un criterio aplicable a impuestos, pero que encuentra dificultad en el caso de las tasas, pues en estas últimas lo que importa es la retribución del costo que demanda el servicio y su mantenimiento, en cuyo caso es poco relevante la capacidad contributiva del usuario del servicio.

46. La diferencia esencial es que, en el caso de los impuestos, el hecho imponible pone de relieve, en cada sujeto, su concreta capacidad contributiva; cosa distinta ocurre con las tasas (arbitrios), donde prevalece el carácter contraprestativo por el uso de un servicio, adecuándose más bien a los principios de cobertura y beneficio o equivalencia del costo.

47. Tal afirmación en teoría no resulta errada, pues si se trata de retribuir el costo de un servicio, poco importaría –en principio– si el usuario puede pagar la totalidad o parte del mismo. A nuestro juicio, aceptar esta afirmación en todos sus extremos nos alejaría de la realidad, porque nadie puede negar que en un mismo ámbito jurisdiccional no sólo convergen zonas de mayor y menor peligrosidad, zonas comerciales y zonas urbanas, sino también zonas pudientes frente a zonas de mayor pobreza; en cuyo caso, el servicio prestado por el municipio podría encontrar un diferente cariz.

Si bien de lo que se trata es de costear un servicio, nada obsta para que las Municipalidades tomen en cuenta reglas de justicia en la imposición; y es que nadie puede ser llamado al pago de tributos si por lo menos no cuenta con una capacidad mínima para satisfacerlos. La capacidad contributiva como uno de los principios constitucionales básicos para el ejercicio de la potestad tributaria del Estado, guarda estrecha relación con el principio de igualdad.

En ese sentido, cabe preguntarse cuándo y hasta qué punto este principio puede ser considerado al momento de distribuir los costos por arbitrios municipales.

48. Hemos señalado que la capacidad contributiva no es lo determinante sino lo alternativo en el caso de los arbitrios municipales, debiéndose apreciar en conjunto con otros criterios. Por ello, *una primera prohibición al momento de cuantificar tasas es que el criterio de capacidad contributiva sea utilizado como único criterio o el de mayor prevalencia, pues es justamente en estos casos donde la tasa se convierte en un impuesto encubierto*. Las prohibiciones al uso del valor del predio como criterio de cuantificación, cuando este resulta determinante para aumentar el pago de arbitrios, se justifica porque el mayor valor de un inmueble o los incrementos del mismo durante un año, de ninguna manera pueden determinar, por sí mismos, el aumento de los montos. Ello, deberá ser evaluado para efectos del pago del impuesto predial.

Sólo por citar un ejemplo, no se encuentra relación razonable entre el mayor costo de un predio y el servicio

de serenazgo, puesto que en, principio, la seguridad ciudadana es de interés público y representa un servicio esencial para todos los usuarios en igual medida; sin embargo, resulta claro que hay viviendas situadas en zonas de mayor peligrosidad, en cuyo caso el pago por una mayor intensidad en el uso del servicio se establece no por el costo de la vivienda, sino por la mayores posibilidades de riesgo y emergencia.

49. A nuestra consideración, la capacidad contributiva como criterio de distribución se justifican únicamente si la misma estuviera directa o indirectamente relacionada con el nivel de beneficio real o potencial recibido por el contribuyente; y en ese sentido, servirá como criterio adicional junto con otros criterios referidos en esta Sentencia. Debe advertirse las dificultades que esta regla presenta en el caso de servicios esenciales, que por ser necesarios e imprescindibles, difícilmente permitirán determinar la capacidad contributiva de los usuarios, mayor aún en el caso de personas físicas.

50. Otro aspecto de debe tomarse en cuenta es evitar que, bajo el pretexto de atender a la capacidad contributiva, se termine exigiendo una contribución mayor que la equivalente al coste del servicio prestado. Consideramos que el principio de capacidad contributiva se adecúa más si es utilizado para bajar la cuota respecto del estándar, mas no para aumentarla.

Hay una cuota contributiva ideal, la cual no puede ser rebasada de manera desproporcionada, bajo ningún pretexto. De tal manera que, a menos que la propia municipalidad asuma tal exceso, el mismo no puede ser admitido.

Los servicios de serenazgo, limpieza pública y parques y jardines son esenciales y de ineludible recepción; es lógico, entonces, que sea más factible y justificado atender al principio de capacidad contributiva, no siempre como criterio de determinación positiva, sino más bien estableciéndose exoneraciones u otros beneficios de pago, como lo son las tarifas sociales, para aquellos contribuyentes con menores recursos.

c) La Unidad Impositiva Tributaria (UIT) como criterio cuantificador

51. Los demandantes alegan que se trata de un criterio proscrito, puesto que no se encuentra una conexión lógica entre ella y alguno de los servicios municipales prestados. Por su parte, la defensa de la Municipalidad de Surco indica que su empleo se justifica puesto que dicho importe es utilizado en nuestra legislación como parámetro para fijar montos a cobrar por multas, tasas, exoneraciones, entre otros.

52. Al respecto, la Norma XV del Código Tributario, define la UIT como: el "(...) *valor referencial que puede ser utilizado en las normas tributarias para determinar las bases imponibles, deducciones, límites de afectación y demás aspectos que considere conveniente el legislador (...)*"

La finalidad de la UIT normalmente es lograr la actualización de montos, que pueden estar expuestos a riesgo de quedar desfasados, como por ejemplo a causa de inflación.

53. Las tasas por servicios municipales, conforme lo hemos señalado (*Fund. Jur. 29 y 30, supra*) son tributos en los cuales resulta difícil entender la base imponible como un concepto pensado para la medición individualizada de riqueza exteriorizada por la realización del hecho imponible, como si se tratara de impuestos. En estos casos, resulta mejor, para efectos de equidad, hablar de criterio de reparto en base a una cuota global.

A fin de fijar esos criterios de reparto es necesario que exista una conexión lógica entre el servicio prestado y la intensidad del uso, lo que determinará que la distribución de costos sea razonable.

A juicio del Tribunal, si se trata de actualizar montos, la Ley de Tributación Municipal ha previsto los reajustes de acuerdo al Índice de Precios al Consumidor, lo cual resulta más propicio que el uso de la UIT.

54. En el caso de las ordenanzas impugnadas, mediante el uso de la UIT no se logra evidenciar una distribución razonable en las tasas por arbitrios, pues en estos casos, al ser usado conjuntamente con el valor del predio, distorsiona el verdadero consumo de los usuarios. Así, se observa que en la mayoría de los casos, la Municipalidad de Surco ha determinado el pago en función a rangos establecidos por el valor del predio según el autovalúo, al cual, se le ha aplicado un porcentaje de la UIT vigente al año del servicio.

Evidentemente, dicha fórmula no es viable para medir el uso del servicio, pues lo único que determina la cuantía del pago en estos casos es el valor del predio, y este de ninguna manera puede ser un criterio preponderante para distribuir costos.

55. Por estas razones, consideramos que en ninguno de los casos que vienen siendo analizados en la presente Sentencia se ha justificado el uso de la UIT como criterio capaz de medir directa o indirectamente la intensidad en el uso del servicio, ya que únicamente, expresa un cálculo en función al valor del predio.

§ Alcances del principio de no confiscatoriedad en el caso de arbitrios municipales

La Defensoría del Pueblo señala que las Ordenanzas cuestionadas son confiscatorias porque su exigencia en el pago no se sustenta en la verificación del hecho imponible, ni en criterios admisibles para la determinación del costo efectivo que demanda el servicio municipal. Asimismo, señalan que tales normas han instituido un modelo confiscatorio de recaudación del tributo municipal, al exigir el pago anticipado de arbitrios, sin la comprobada prestación efectiva del servicio municipal por todo el trimestre.

56. El principio de no confiscatoriedad informa y limita el ejercicio de la potestad tributaria estatal, garantizando

que la ley tributaria no pueda afectar irrazonable y desproporcionadamente la esfera patrimonial de las personas.

Debe tomarse en cuenta, además, que la confiscatoriedad puede evaluarse no sólo desde el punto de vista cuantitativo, sino también *cualitativo*, cuando se produzca una sustracción ilegítima de la propiedad por vulneración de otros principios tributarios, sin que en estos casos interese el monto de lo sustraído, pudiendo ser incluso perfectamente soportable por el contribuyente. (Hernández Berenguel, Luis. El Poder Tributario y la nueva Constitución. En: Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario. N.º 24. Junio. 1993).

57. Al respecto, el Tribunal Constitucional sostuvo en el Exp. N.º 2727-2002-AA/TC, que el principio de confiscatoriedad tiene la estructura propia de lo que se denomina un 'concepto jurídico indeterminado'. Es decir, su contenido constitucionalmente protegido no puede ser precisado en términos generales y abstractos, sino que debe ser analizado y observado en cada caso, teniendo en consideración la clase de tributo y las circunstancias concretas de quienes estén obligados a sufragarlo. No obstante, teniendo en cuenta las funciones que cumple en nuestro Estado democrático de derecho, es posible afirmar, con carácter general, que se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad.

58. Por ello, conforme se declaró en el Exp. N.º 0004-2004-AI/TC (acumulados), es preciso distinguir la eventual inconstitucionalidad de un tributo en atención a su incidencia concreta en las circunstancias particulares en las que se encuentre cada uno de los obligados a sufragarlo, y la inconstitucionalidad en la que pueda incurrir la ley que lo regula, la cual sólo podría ser determinada, en sentido abstracto, analizando los elementos constitutivos del tributo, y particularmente la materia imponible y la alícuota, cuyos contenidos o dimensiones podrían ser muestras evidentes de un exceso de poder tributario.

59. Cabe preguntarse, entonces, *¿cuándo se constata, en el caso de arbitrios municipales, que un cobro es confiscatorio?*

60. Las ordenanzas impugnadas, en todos los casos, fueron ratificadas fuera del plazo establecido en la Ley Orgánica de Municipalidades; y siendo este un requisito sustancial para su validez, se concluye que no se ha respetado el principio de legalidad. Por lo tanto, dichas normas resultan confiscatorias desde un punto de vista cualitativo.

61. La evaluación de la confiscatoriedad cuantitativa tiene una mayor dificultad por cuanto debe determinarse, primero, si el costo global del servicio es el que verdaderamente corresponde al gasto incurrido por el Municipio; y, luego, si la distribución de dichos costos

entre la totalidad de contribuyentes, ha sido tal, que cada contribuyente termine pagando lo que verdaderamente le corresponde por el beneficio, en función a la intensidad del uso del servicio.

Es en este último caso donde radica la mayor dificultad para determinar lo que verdaderamente corresponde pagar y cuál sería el exceso, sobre todo cuando se habla en términos de beneficio potencial. Por ello, es más coherente que, en caso de conflicto, la carga de la prueba respecto a la efectiva prestación del servicio, le corresponda a la administración municipal.

62. Definitivamente, uno de los elementos que contribuyen a verificar la confiscatoriedad cuantitativa, en el primer caso, es la falta del informe económico-financiero que sustente el coste; y, en el segundo, el uso de criterios válidos para la distribución de arbitrios. De este modo, si la distribución del coste se ha basado en criterios que no guardan relación lógica con la naturaleza del servicio, cabe una fuerte presunción de que la carga asumida por el contribuyente no es la real, pudiendo ser mayor al costo ideal, o incluso extremadamente mayor, debiéndose analizar las circunstancias particulares de cada caso.

63. Esperamos que, en lo subsiguiente, el Tribunal Fiscal no evite efectuar este análisis bajo la excusa de estar supeditado "únicamente a la ley"; incluso, de admitirse ello, no debe eludirse el análisis de una ordenanza municipal de conformidad con la Ley de Tributación Municipal y la Ley Orgánica de Municipalidades. De esta manera, tomando en cuenta que estas normas establecen los requisitos de fondo y forma para las Ordenanzas en materia tributaria, lo adecuado para el contribuyente frente a presuntos cobros arbitrarios es que dicha situación sea resuelta lo antes posible, y es evidente que un Tribunal especializado en materia tributaria se encuentra plenamente facultado para realizar esta labor de manera efectiva.

§ Análisis de las Ordenanzas cuestionadas

A lo largo de la presente sentencia hemos detallado la interpretación que debe observarse en la producción de normas tributarias municipales, específicamente en el caso de arbitrios, así como el contenido que debe observarse en las mismas. Corresponde, ahora, emitir, pronunciamiento circunscrito a los parámetros establecidos, sobre la constitucionalidad de las Ordenanzas impugnadas en este proceso de inconstitucionalidad.

64. Primeramente, respecto al requisito de ratificación, conforme se ha verificado y la misma defensa de la Municipalidad de Surco lo ha admitido en la contestación de su demanda (pág. 38), todas las Ordenanzas impugnadas fueron ratificadas; sin embargo, la publicación del acuerdo de ratificación de las mismas, conforme se observa en el cuadro adjunto, se llevó a cabo en un plazo que excede cualquier criterio de razonabilidad, puesto que, en algunos casos como en el de los arbitrios de 1996, la norma válida (ratificada y publicada) recién cobró vigencia en el año 2001. De este modo se tiene que

la del año 1998 recién pudo surtir efectos en el año 1999, la del 2000 en el año 2001, y las del 2002, 2003 y 2004, a mitad o más, del año en que debieron regir.

Las únicas excepciones son: a) la Ordenanza N.º 03-96-MSS, pues en ese caso la Ley de Tributación Municipal no contemplaba plazo máximo de publicación y ratificación; y, b) la Ordenanza N.º 055-MSS, ratificada antes del 30 de abril, por lo cual era susceptible de generar efectos para todo el año, a partir de la fecha de su publicación.

Es claro que, en ningún caso la Municipalidad de Surco estaba habilitada para efectuar el cobro de arbitrios antes de la publicación del Acuerdo de Ratificación pues, conforme se ha desarrollado en los fundamentos 24 a 26, dicho acuerdo debió ser publicado a más tardar el 30 de abril de cada ejercicio. Sin embargo, ninguna ordenanza cumplió con tal requisito y peor aún, conforme lo asevera en su escrito de fecha 22 de noviembre del 2004, dicha Municipalidad consideró estar habilitada para cobrar arbitrios desde el primer trimestre del ejercicio fiscal. Consecuentemente, lo cobrado bajo dicho criterio de manera retroactiva es ilegal, por contrariar lo dispuesto en el parámetro de constitucionalidad.

Ordenanza	Fecha de publicación	Fecha de publicación del acuerdo de ratificación
003-96-O-MSS	04.08.1996	Acuerdo de Concejo N.º 228 Publicado el 07.08.2001
006-97-O-MSS	22.05.1997	
002-98-O-MSS	18.02.1998	Acuerdo de Concejo N.º 028 Publicado el 06.02.1999
001-99-O-MSS	18.01.1999	Acuerdo de Concejo N.º 213 Publicado el 20.11.1999
024-MSS	26.01.2000	Acuerdo de Concejo N.º 154 Publicado el 19.06.2001
055-MSS	14.01.2001	Acuerdo de Concejo N.º 067 Publicado el 21.03.2001
092-MSS	18.01.2002	Acuerdo de Concejo N.º 176 Publicado el 07.08.2002
128-MSS	22.01.2003	Acuerdo de Concejo N.º 067 Publicado el 07.06.2003
130-MSS	24.01.2003	Acuerdo de Concejo N.º 182 Publicado el 11.10.2003
171-MSS	25.01.2004	Acuerdo de Concejo N.º 241 Publicado el 25.08.2004
172-MSS	28.01.2004	
ANEXO 172-MSS	21.07.2004	

Ordenanza N.º 003-96-O-MSS (04.08.1996), Ordenanza N.º 006-97-O-MSS (22.05.1997), Ordenanza N.º 002-98-O-MSS (18.06.1998), Ordenanza N.º 01-99-O-MSS (18.01.1999)

65. En todas estas Ordenanzas se ha utilizado el criterio valor de predio preponderantemente o en conjunto con la UIT, por lo que resultan inválidas y, por tanto,

inconstitucionales, pues conforme a lo expuesto en los fundamentos 47 al 51, *supra*, la UIT no resulta criterio válido porque expresa la distribución de costos únicamente en función al valor del predio.

El artículo 4° de la Ordenanza N.° 024-MSS (26.01.2000), artículo 4° de la Ordenanza N.° 55-MSS (14.01.2001), artículo 6° de la Ordenanza N.° 92-MSS (18.01.2002) y artículo 5° de la Ordenanza N.° 130-MSS (24.01.2003)

66. Los artículos impugnados establecen la vigencia de dichas Ordenanzas a partir del día siguiente de su publicación. Tales disposiciones son inconstitucionales por cuanto, conforme se ha desarrollado en esta sentencia, la vigencia de la ordenanza distrital que grava arbitrios, está supeditada para su validez, a la ratificación y publicación del respectivo Acuerdo de Concejo Provincial. En este caso, se han vulnerado los principios de legalidad, de no confiscatoriedad cualitativa y no aplicación retroactiva de normas.

67. La Defensoría alega, respecto a las Ordenanzas cuestionadas, que han instituido un modelo confiscatorio de recaudación, al exigir un pago anticipado de arbitrios sin la comprobada prestación efectiva del servicio municipal para todo el trimestre. En otras palabras, la Defensoría, cuestiona el hecho de que el aspecto temporal de la hipótesis de incidencia, conforme se establece en las Ordenanzas, no coincide con la realización del hecho imponible.

El aspecto temporal de la hipótesis de incidencia establece cuándo se dará por realizado el hecho imponible; así, en el caso de las tasas por arbitrios, se determinará en qué fecha se tendrá por cumplida la puesta a disposición o uso del servicio, a efectos del cobro. Entendemos que la naturaleza propia de este tipo de tributos y la obligación del municipio de brindar un servicio público esencial de manera continua, hacen viable que se establezca este tipo de ficciones en la Ordenanza, tomando en cuenta que, para brindar estos servicios, la Municipalidad ya habría incurrido en gastos para costearlos y el usuario podrá hacer uso de ellos potencialmente en cualquier momento. Estas consideraciones otorgan razonabilidad a lo dispuesto en las Ordenanzas.

Lo importante en estos casos es que la exigencia del cobro se asiente en una Ordenanza válida y vigente.

Los artículos 7° y 8° y la Segunda Disposición Final de la Ordenanza N.° 128-MSS (22.01.2003)

68. La Segunda Disposición Transitoria y Final aludida, debe ser declarada inconstitucional, por establecer que la vigencia de la Ordenanza es a partir del día siguiente de su publicación, desconociendo el requisito de la ratificación para su validez y vigencia.

El artículo 8° establece como criterios de distribución en todos los tipos de arbitrios, el valor del predio (autovalúo), uso o actividad del predio y el valor de la UIT; es por consiguiente, inconstitucional, pues conforme a lo señalado en los fundamentos 47 a 51, *supra*, la UIT no resulta criterio válido cuando se utiliza para expresar

distribución de costos en función al valor del predio, en cuyo caso, lo que determina la inconstitucionalidad es el uso preponderante del autovalúo reflejado en porcentaje de la UIT.

El artículo 7° establece que la obligación del pago de las cuotas trimestrales vence el último día hábil de los meses de febrero, mayo, agosto y noviembre. Según la Defensoría, esta es una exigencia ilegítima, por no tomar en cuenta la verificación efectiva del servicio prestado como supuesto necesario para determinar el monto a pagar. Al respecto, en el fundamento 63, *supra*, hemos señalado que, tomando en cuenta la naturaleza de este tipo de tributos, tales disposiciones serán razonables, siempre y cuando se trate de normas válidas y vigentes.

Ordenanzas N.° 171-MSS (25.01.2004) y 172-MSS (28.01.2004)

69. Se observa, además, que en el artículo 3° de la Ordenanza N.° 172-MSS, la distribución de costos está basada en el autovalúo como criterio preponderante, lo cual no puede ser admisible, conforme lo hemos señalado en el fundamento 44, *supra*.

§ Efectos en el tiempo de la declaración de inconstitucionalidad

70. El artículo 204° de la Constitución establece que la norma declarada inconstitucional queda sin efecto al día siguiente de la publicación de la sentencia que así la declara. Por su parte, el artículo 74° de la Constitución prescribe que no surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de los principios tributarios, disposición que, junto a lo previsto por los artículos 36° y 40° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), permite a este Colegiado, de manera excepcional, modular los efectos de su sentencia en el tiempo, en el caso de normas tributarias.

Así, en materia tributaria, conforme se establece en el segundo párrafo del art. 36° de la LOTIC, "(...) el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo" y resolver "(...) lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia".

Esta atribución permite al Tribunal Constitucional decidir, en materia tributaria, si los efectos de sus sentencia deben ser a futuro (*ex nunc*) o con carácter retroactivo (*ex tunc*), en cuya deliberación, evaluaciones en torno al coste económico, jurídico y político de su decisión adquieren especial relevancia.

71. La trascendencia del presente caso, dada la creciente expectativa de los contribuyentes y gobiernos respecto a la cuantificación de los arbitrios municipales, hace necesario que este Tribunal Constitucional delimite los posibles efectos de su decisión y que se obtenga de ella lo más valioso para la sociedad.

72. El presente es un caso que, circunscrito en los vicios y anomalías a la producción normativa de la Municipalidad de Surco, reproduce una problemática que a nivel nacional

aqueja a la mayoría de gobiernos locales y usuarios de los servicios prestados por ellas. Se ha observado a lo largo de los últimos años una notoria falta de tecnicismo para la determinación y distribución de costos por servicios municipales, además de la inobservancia de requisitos de validez de sus ordenanzas; frente a ello, no puede desconocerse tampoco la falta de previsión legislativa para establecer procedimientos de ratificación en tiempo eficaz y acordes a la realidad, así como la falta de reglas claras sobre criterios de distribución de arbitrios.

Afortunadamente, el Decreto Legislativo N.º 952, publicado el 3 de febrero del 2004, que modifica algunos artículos de la Ley de Tributación Municipal, ya ha venido corrigiendo esta situación.

73. En este escenario, un primer aspecto a considerar es que la declaración de inconstitucionalidad de las Ordenanzas impugnadas con efecto retroactivo (*ex tunc*), involucraría la devolución o compensación de la totalidad de lo recaudado de acuerdo a lo establecido en el Código Tributario, por tratarse de pagos indebidos. Esta posibilidad –dada la antigüedad de algunas normas impugnadas y la vigencia de sus efectos, situación que se agrava, considerando que es una problemática que se reproduce a nivel nacional -, crearía un caos financiero y administrativo municipal en perjuicio de los propios contribuyentes, a quienes finalmente se busca garantizar.

Las cuantiosas devoluciones que habilitaría un fallo con efectos retroactivos, harían inviable la propia continuidad y mantenimiento de los servicios que hoy en día deben suministrar los municipios, y con ello, la propia gestión municipal. Este, a nuestro juicio, el argumento que impide a este Tribunal hacer uso de su facultad excepcional de declarar la inconstitucionalidad con efecto retroactivo.

74. Y es que, en la valoración, de las consideraciones expuestas, el principio de *unidad de la constitución* y *el de concordancia práctica*, nos obliga a buscar un justo equilibrio entre la capacidad de los municipios para seguir gestionando servicios y el respeto a los principios constitucionales para la creación de tributos.

75. Este tipo de evaluación, en casos de sentencias que anulan tributos, es una consideración que diversos Tribunales y Cortes Constitucionales han tomando en cuenta en varias ocasiones. De ahí que se afirme que: "(...) cuando se dicten sentencias anulatorias de tributos que han estado cobrándose por mucho tiempo, los efectos retroactivos de aquéllas pueden producir serias dislocaciones en las finanzas públicas, pues el Estado o la entidad pública correspondiente se verían obligadas a devolver grandes sumas de dinero ilegítimamente recaudadas. A fin de evitar estos problemas, se utilizan las sentencias anulatorias, pero dimensionando sus efectos hacia futuro (...)" (Hernández Valle, Rubén. "La tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales". En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 14. Núm 41. Pág. 240).

Sería irrazonable que, a consecuencia de la decisión de un Tribunal Constitucional, la solución brindada resulte

más perjudicial que el hecho de que la norma reputada inconstitucional permanezca en el sistema jurídico.

76. Otro aspecto adicional, evaluado por este Tribunal, es que aun cuando se hable de cobros indebidos por vicio de nulidad en la producción de normas, ningún ciudadano podría desconocer que lo recaudado fue utilizado para financiar servicios finalmente brindados. La discusión sobre el monto que corresponde a lo debidamente pagado y el que resultó excesivo es algo que únicamente puede ser determinado en cada caso particular; pero ello no es consistente con una política de devolución *in toto*, cuando en la práctica se generaron costos de administración.

77. La decisión de no otorgar retroactividad a los efectos de esta sentencia no impide que, con justa razón, se determine dejar sin efecto cualquier cobranza en trámite, así como impedir el inicio de cualquier procedimiento cuya finalidad sea la de ejecutar el cobro de deudas originadas en las normas declaradas inconstitucionales. Con ello, se impide la aplicación de normas inconstitucionales a hechos pasados que no hayan quedado agotados.

78. Finalmente, para el Tribunal Constitucional otro aspecto que merece ventilarse es el concerniente a la elaboración de la estructura de costos por servicios. No sólo en el caso materia de este proceso, sino en varios procesos de amparo contra diferentes Municipalidades, se ha observado que las ordenanzas no consignan informes técnicos o, de considerarlos, no especifican cómo se llega a establecer los montos que ahí se alegan. Asimismo, suele apelarse a consignar costos indirectos, sin que el contribuyente tenga una explicación de cuáles son. Ello, evidentemente, resta certeza al contribuyente respecto a si lo pagado por arbitrios corresponde efectivamente al costo del servicio.

Por estas razones, es importante invocar la intervención oportuna de la Contraloría General de la República a fin de que en sus auditorías a los gobiernos locales, conceda mayor atención a la inspección sobre la forma cómo las Municipalidades vienen determinado los costos de sus servicios, y de este modo, establecer certeramente las responsabilidades civiles, administrativas y penales a que hubiera lugar.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la acción de inconstitucionalidad; en consecuencia, inconstitucionales las siguientes Ordenanzas:

Ø Ordenanzas N.º 171-MSS y 172-MSS (2004).

Ø Ordenanza N.º 003-96-O-MSS (1996).

Ø Ordenanza N.º 006-97-O-MSS (1997).

Ø Ordenanza N.º 002-98-O-MSS (1998).

Ø Ordenanza N.º 001-99-MSS (1999).

Ø El artículo 4º de la Ordenanza N.º 024-MSS (2000).

Ø El artículo 4° de la Ordenanza N.° 55-MSS (2001).

Ø El artículo 6° de la Ordenanza N.° 92-MSS (2002).

Ø Los artículos 7° y 8° y la Segunda Disposición Final de la Ordenanza N.° 128-MSS (2003).

Ø El artículo 5° de la Ordenanza N.° 130-MSS (2003).

2. Declarar que la presente sentencia surte efectos a partir del día siguiente de su publicación y, por consiguiente, no habilita la devolución o compensación de pagos efectuados a consecuencia de las Ordenanzas declaradas inconstitucionales, quedando a salvo aquellas solicitudes por pagos indebidos o en exceso originados en motivos distintos a la declaratoria de inconstitucionalidad.

3. Declarar que los términos de esta Sentencia no habilitan la continuación de procedimientos de cobranza coactiva en trámite, ni el inicio de estos o cualquier otro tipo de cobranza relacionada con las Ordenanzas declaradas inconstitucionales.

4. Se invoca la intervención de la Contraloría General de la República para que, dentro de las funciones que la Constitución le confiere y conforme a lo señalado en el fundamento 78 *supra*, programe auditorías a la Municipalidad Distrital de Surco y demás municipios, a fin de evaluar la forma cómo se han determinado los costos por servicios de arbitrios de Serenazgo, Limpieza Pública, Parques y Jardines; y se establezcan, de ser el caso, las responsabilidades civiles, administrativas y penales a que hubiera lugar.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

Exp. N° 0042-2004-AI/TC [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos. Se reafirma la constitucionalidad del impuesto a los espectáculos públicos no deportivos].

Fecha de Resolución: 13 de abril de 2005

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 12 de agosto de 2005

Resumen: El Tribunal Constitucional mediante sentencia recaída en el Expediente N° 0042-2004-AI/TC, publicada el 12 de agosto de 2005, declaró infundada la demanda interpuesta por más de 5000 ciudadanos contra el artículo 54° de la Ley de Tributación Municipal. Asimismo, precisó que los espectáculos taurinos no están exonerados del pago del impuesto a los espectáculos públicos no deportivos; y que por ello, deben pagar, de acuerdo con el artículo 57° de la Ley de Tributación, la tasa del 15%.

Además, sostuvo que el Instituto Nacional de Cultura (INC) no tiene facultad ni competencia para, vía interpretativa, calificar como "culturales" actividades que no están comprendidas expresamente en el artículo 54° de la Ley de Tributación Municipal, agregando que, en el caso concreto, el INC se atribuyó a sí mismo facultades que no tiene; y que, por lo tanto, la calificación que realiza como "culturales" de los espectáculos taurinos carece absolutamente de efectos para la exoneración del pago del impuesto mencionado.

Las calificaciones que realiza el INC por mandato de la Ley son de naturaleza declarativa, pero no tienen efectos constitutivos para la exoneración del pago del impuesto a los espectáculos públicos no deportivos. Es decir, que los espectáculos previstos, expresa y taxativamente, en dicha ley, están exonerados del pago de los impuestos a los espectáculos públicos no deportivos, no por decisión y calificación del INC, sino en virtud a que dicha Ley así lo prevé expresamente. De ahí que el INC no pueda extender la calificación de cultural –por analogía o por vía interpretativa– a otros espectáculos que no sean los que están previstos en lista cerrada *númerus clausus*, en el artículo 54° de la Ley de Tributación Municipal.

Asimismo, en esta sentencia, el Tribunal se pronunció sobre la relación que existe entre Estado social y democrático de Derecho, la Constitución Cultural y los derechos culturales, estableciendo que, en una sociedad poliétnica y multicultural como la nuestra, el Estado asume el deber de respetar y promover las manifestaciones culturales siempre que ellas no contravengan los principios constitucionales, los valores superiores y los derechos fundamentales de todos los peruanos reconocidos en la Constitución.

Finalmente, precisó que es deber del Estado "no promover", mediante la exoneración de impuestos, aquellos actos o actividades que, pudiendo ser manifestaciones culturales o encubiertos como "cultural" –como las actividades o fiestas que inciten al consumo de drogas, fomenten la violencia, realicen actos antinaturales contra los animales, causen un grave daño al medio ambiente, lleven a cabo la caza furtiva de especies en peligro de extinción– vulneren derechos fundamentales como el derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

Temas Claves: Constitución cultural - derecho a la cultura - derecho a la identidad étnica y cultural - derechos culturales - espectáculo cultural - impuesto a los espectáculos públicos no deportivos - impuesto a los espectáculos taurinos - principios constitucionales tributarios - principio de legalidad tributaria - principio de reserva de ley tributaria.

**SENTENCIA
DEL PLENO JURISDICCIONAL
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo

Resolución del 13 de abril de 2005

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos, contra el artículo 54° del Decreto Legislativo N.º 776, Ley de Tributación Municipal, modificada por el Decreto Legislativo N.º 952, en cuanto establece que el impuesto a los espectáculos públicos no deportivos grava el monto que se abona por concepto de ingreso a espectáculos públicos no deportivos en locales y parques cerrados con excepción de los espectáculos en vivo de teatro, zarzuelas, conciertos de música clásica, ópera, opereta, ballet, circo y folclore nacional, calificados como culturales por el Instituto Nacional de Cultura.

Magistrados presentes:

**ALVA ORLANDINI
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

Sumario

I. ASUNTO

II. DATOS GENERALES

**III. DISPOSICIÓN CUESTIONADA DE
INCONSTITUCIONALIDAD**

IV. ANTECEDENTES

1. Demanda

2. Contestación de la demanda

3. Audiencia Pública

**V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE
RELEVANTES DE PRONUNCIAMIENTO
VI. FUNDAMENTOS**

**A. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE
DERECHO, LA CONSTITUCIÓN CULTURAL Y LOS
DERECHOS CULTURALES**

§1. Relación entre el Estado social y democrático de Derecho, la Constitución cultural y los derechos culturales

§2. Deberes del Estado social y democrático de Derecho con la Constitución cultural

**B. LA POTESTAD TRIBUTARIA DEL ESTADO Y LOS
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS
DE LEGALIDAD Y RESERVA DE LEY**

§3. La potestad tributaria del Estado en la Constitución de 1993

§4. El principio de legalidad y el principio de reserva de ley

§5. Los beneficios tributarios y el principio de reserva de ley

**C. LA "INCONSTITUCIONALIDAD" DEL ARTÍCULO
54 DE LA LEY DE TRIBUTACIÓN MUNICIPAL**

§6. La potestad tributaria y la "delegación" otorgada al Instituto Nacional de Cultura

§7. El artículo 54° de la Ley de Tributación Municipal y su interpretación

§8. Las "normas" de la "disposición" cuestionada de inconstitucionalidad

§9. Criterios que debe observar el Instituto Nacional de Cultura para la calificación de "cultural" de un espectáculo

§10. El "antitecnicismo" del artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal

**D. LOS ESPECTÁCULOS TAURINOS Y LA
EXONERACIÓN DEL PAGO DEL IMPUESTO A LOS
ESPECTÁCULOS PÚBLICOS NO DEPORTIVOS**

§11. El Estado social y democrático de Derecho y las manifestaciones "culturales" que implican actos de crueldad contra los animales

§12. ¿Tiene, el Estado, el deber de promover los espectáculos taurinos y otras manifestaciones similares?

§13. Los espectáculos taurinos y el pago de impuestos a los espectáculos públicos no deportivos

VII. FALLO

EXP. N.º 0042-2004-AI/TC

**LUIS ALEJANDRO
LOBATÓN DONAYRE**

**Y MÁS DE CINCO MIL CIUDADANOS
LIMA**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 13 días del mes de abril de 2005, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia.

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos, contra el artículo 54° del Decreto Legislativo N.º 776, Ley de Tributación Municipal, modificada por el Decreto Legislativo N.º 952, en cuanto establece que el impuesto a los espectáculos públicos no deportivos grava el monto que se abona por concepto de ingreso a espectáculos públicos no deportivos en locales y parques cerrados con excepción de los espectáculos en vivo de teatro, zarzuelas, conciertos de música clásica, ópera,

opereta, ballet, circo y folclore nacional, calificados como culturales por el Instituto Nacional de Cultura.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso : Proceso de Inconstitucionalidad.

Demandante : Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos

Disposición sometida a control : Artículo 54° del Decreto Legislativo N.° 776, Ley de Tributación Municipal, modificada por el Decreto Legislativo N.° 952, publicado el 3 de febrero de 2004. Disposición constitucional cuya vulneración se alega respecto del artículo 74°, que establece que los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación.

Petitorio : Se declare la inconstitucionalidad del artículo 54° del Decreto Legislativo N.° 776, Ley de Tributación Municipal, modificada por el Decreto Legislativo N.° 952.

III. DISPOSICIÓN CUESTIONADA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Artículo 54° del Decreto Legislativo N.° 776, Ley de Tributación Municipal, modificada por el Decreto Legislativo N.° 952, que establece lo siguiente:

"El impuesto a los espectáculos públicos no deportivos grava el monto que se abona por concepto de ingreso a espectáculos públicos no deportivos en locales y parques cerrados con excepción de los espectáculos en vivo de teatro, zarzuelas, conciertos de música clásica, ópera, opereta, ballet, circo y folclore nacional, calificados como culturales por el Instituto Nacional de Cultura.

La obligación tributaria se origina en el momento del pago del derecho a presenciar el espectáculo".

IV. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 5 de agosto de 2004, más de cinco mil ciudadanos interponen acción de inconstitucionalidad contra el artículo 54° del Decreto Legislativo N.° 776, Ley de Tributación Municipal, modificado por el Decreto Legislativo N.° 952.

Los **fundamentos de hecho** que exponen los demandantes son los siguientes:

- La Constitución Política del Perú, en su artículo 74° expresa que los tributos se crean, modifican, derogan o se establece una excepción exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades; es decir, que el Estado por mandato constitucional sólo puede ejercer su poder tributario a través de la función legislativa, la misma que se expresa a través del Congreso, el Poder Ejecutivo, así como los Gobiernos Regionales y Locales.

- La precitada norma jurídica inconstitucional, en la práctica impide que un total de 2,019 Municipalidades

entre distritales y provinciales del Perú se puedan beneficiar con los ingresos que se generarían como resultado del cobro del Impuesto a los Espectáculos Públicos no Deportivos, considerando también que el restablecer estos ingresos a los gobiernos locales de manera justa, coadyuvaría a su progreso y efectivizaría el proceso de descentralización, para lograr el ansiado desarrollo de nuestra nación.

En cuanto a los **fundamentos jurídicos**, los demandantes expresan que:

- Cualquier delegación del poder discrecional del Estado para conceder exenciones o excepciones fuera del ámbito de estos cuatro estamentos determina que la norma que la declara sea inconstitucional, por cuanto ningún órgano puede conceder beneficios tributarios aun cuando una ley se lo permita.

- El artículo 20 que modifica el artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal delega en el Instituto Nacional de Cultura (INC) en forma directa y explícita la facultad discrecional de crear excepciones en tanto califique como culturales a las obras de teatro, zarzuela, conciertos de música clásica, ópera, opereta, ballet, circo y folclore nacional. En otras palabras, delega en un órgano administrativo la facultad de otorgar beneficios tributarios. Ello se desprende de la lectura del propio texto legal, en el cual se advierte que el legislador crea un beneficio ciego también llamado exoneración en blanco; por cuanto la exigencia de certificación por parte del INC equivale implícitamente al hecho de que no todo espectáculo de teatro, ópera, zarzuela o ballet se encuentra *prima facie* exonerado del impuesto, si es que no cuenta previamente con la debida calificación, lo cual parece un absurdo, pues de nada sirve mencionar los espectáculos exonerados cuando se hace depender la exoneración de la certificación cultural del INC.

- Una segunda lectura diría que sólo estarán sujetos a calificación los espectáculos folclóricos, sin embargo ello también atentaría contra la norma constitucional, pues sería una exoneración en blanco; es decir, una exoneración que no exonera nada ya que un órgano administrativo se encargaría de decir qué es folclórico y qué no.

- El efecto económico que tiene la calificación de "cultural" del INC a favor de un espectáculo no es otra que exonerar el pago del impuesto, por lo cual el INC asume la función de exonerar de impuestos cuando su propia ley orgánica no le faculta para otorgar beneficios tributarios. En tal sentido, así como una municipalidad no puede calificar de "cultural" un espectáculo por cuanto no es una de sus funciones, tampoco el INC puede exonerar de impuestos pues dicha potestad no forma parte de sus atribuciones.

- La inconstitucionalidad de fondo consiste en incluir al INC dentro de una norma tributaria delegando en él facultades de la misma naturaleza, como es la competencia para establecer calificaciones culturales que en los hechos no son más que exoneraciones tributarias. Por ello, la norma legal debe precisar (*numerus clausus*) los espectáculos públicos no deportivos que desea exonerar

del impuesto y no delegar en un órgano administrativo dicha potestad.

2. Contestación de la demanda

Con fecha 6 de abril de 2005, al no haber cumplido tanto el Poder Legislativo así como el Poder Ejecutivo con contestar la demanda dentro del término de ley, se dio por absuelto dicho trámite.

3. Audiencia Pública

Con fecha 13 de abril de 2005 se realizó la audiencia, en la cual los demandantes sostuvieron que el INC "actúa discrecionalmente" al determinar las entidades que serán afectas al pago del mencionado impuesto, habiendo exceptuado de tal pago a las "fiestas taurinas" que se desarrollan en el distrito del Rímac, contraviniendo lo dispuesto en la propia Ley de Tributación Municipal.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES DE PRONUNCIAMIENTO

Este Colegiado estima que el pronunciamiento sobre la "inconstitucionalidad" del artículo 54 del Decreto Legislativo N.º 776, Ley de Tributación Municipal, modificado por el Decreto Legislativo N.º 952, debe centrarse en los siguientes temas:

a) Determinar la relación que existe entre el Estado social y democrático de Derecho y la Constitución cultural; en ese sentido se debe analizar los siguientes temas:

- ¿Cuál es la relación existente entre el Estado social y democrático de Derecho, la Constitución cultural y los derechos culturales?

- ¿Cuáles son los deberes del Estado social y democrático de Derecho con la Constitución cultural?

b) Pronunciarse sobre la potestad tributaria del Estado y los principios de legalidad y de reserva de ley; para ello se deberá precisar:

- La potestad tributaria del Estado en la Constitución de 1993.

- Los alcances del principio de legalidad y el principio de reserva de ley.

- Las implicancias del principio de reserva de ley en los beneficios tributarios.

c) Pronunciarse sobre la "inconstitucionalidad" del artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal; a tal efecto se debe precisar:

- ¿Cuál es el sentido interpretativo del artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal?

- ¿Existe en la disposición cuestionada de inconstitucionalidad una norma acorde con la Constitución?

- ¿Existe una afectación a la potestad tributaria de los gobiernos locales?

d) Pronunciarse sobre los espectáculos taurinos y la exoneración del pago del impuesto a los espectáculos

públicos no deportivos; para lo cual se deberá precisar previamente:

- ¿Cuál debe ser la actitud de un Estado social y democrático de Derecho frente a las manifestaciones "culturales" que comportan actos de crueldad contra los animales?

- ¿Existe, por parte del Estado, el deber de promover los espectáculos taurinos y otras manifestaciones "culturales" similares?

- ¿Los espectáculos taurinos están obligados al pago del impuesto a los espectáculos públicos no deportivos?

VI. FUNDAMENTOS

A) El Estado social y democrático de Derecho,

la Constitución cultural y los derechos culturales

§1. El Estado social y democrático de Derecho, la Constitución cultural y los derechos culturales

1. La Constitución de 1993 (artículo 1) señala que

"la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

Además, establece (artículo 2, inciso 19) el derecho fundamental de las personas

"a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación".

Del mismo modo, prevé (artículo 21) que

"los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado.

La ley garantiza la propiedad de dicho patrimonio.

Fomenta conforme a ley, la participación privada en la conservación, restauración, exhibición y difusión del mismo, así como su restitución al país cuando hubiere sido ilegalmente trasladado fuera del territorio nacional".

Estas disposiciones constitucionales, junto con la dignidad humana –como premisa antropológica–, constituye la dimensión principal del contenido cultural de nuestra Constitución, es decir, el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social; el cual abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias.

En el primer caso, la Constitución (artículo 2, inciso 19) alude al patrimonio cultural inmaterial; en el supuesto del artículo 21, hace referencia, como es evidente, al patrimonio cultural material. Para el caso concreto, es

pertinente señalar que el patrimonio cultural inmaterial son aquellos usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas que las comunidades, los grupos y, en algunos casos, los individuos reconocen como parte integrante de su patrimonio cultural.

Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad, y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.

El patrimonio cultural inmaterial, por otro lado, se manifiesta en las

1) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vínculo del patrimonio cultural inmaterial; 2) artes del espectáculo, 3) usos sociales, rituales y actos festivos, 4) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo, y 5) técnicas artesanales tradicionales.

En efecto, cuando nuestra Ley Fundamental consagra, en primer lugar, el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, y, en segundo lugar, cuando impone al Estado la obligación de reconocer y proteger dicha identidad y pluralismo, está reconociendo que el Estado peruano se caracteriza, precisamente, tanto por su pluralidad étnica, así como por su diversidad cultural.

Ello se explica por cuanto la Constitución de 1993 ha adoptado un modelo de Estado social y democrático de Derecho y no por un Estado liberal de Derecho. Esto es importante en la medida que las Constituciones de los Estados liberales presuponian una sociedad integrada, en abstracto, por personas iguales y, por lo tanto, su mayor preocupación fue asegurar la libertad de las personas. Por el contrario, el establecimiento del Estado social y democrático de Derecho parte, no de una visión ideal, sino de una perspectiva social de la persona humana.

El enfoque social de la persona humana se condice con el hecho que, en el Estado peruano, los ciudadanos pertenecen a una sociedad que es heterogénea tanto en sus costumbres como en sus manifestaciones culturales. Por ello, la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú.

En esa medida, la Constitución reconoce la existencia legal de las comunidades campesinas y nativas, así como su personería jurídica (artículo 88 de la Constitución); además, impone al Estado la obligación de respetar su identidad cultural (artículo 89 de la Constitución). Pero también debe reconocer la existencia de poblaciones afroperuanas y de otras tradicionalmente arraigadas en el Perú.

2. Ahora bien, el hecho que la Constitución de 1993 reconozca el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de

las mismas, supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58).

Este reconocimiento del elemento cultural que está en su contenido, permite señalar que la Constitución

“no se limita sólo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos”.

Ahora bien, esta perspectiva social que la Constitución otorga a la persona humana, permite, por otro lado, afirmar que la Constitución no sólo es *ratio*, sino también *emotio*. Esto quiere decir que, si bien las Constituciones democráticas han presupuesto personas racionales y dispuestas a hacer armonizar sus legítimos intereses con los de los demás, no podemos negar esa dimensión emocional o “irracional” que es también inherente a su naturaleza. Es precisamente en atención a esta dimensión emocional que la Constitución reconoce las diversas manifestaciones culturales que realizan las personas ya sea individualmente o como miembros de una comunidad más amplia y diversa culturalmente.

En efecto, la Constitución (artículo 1), al reconocer que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, capta al ser humano no sólo como ser “racional”, sino también aprehende la *conditio humana* desde el lado emocional o “irracional”. Lo cual se refleja claramente cuando se invoca a Dios o se evoca el sacrificio de las generaciones anteriores en el Preámbulo de nuestra Constitución; o cuando se refiere a los símbolos patrios (artículo 49) –sobre los cuales se ha pronunciado este Tribunal en sentencia sobre el Exp. N.º 0044-2004-AA/TC. Fundamento 36–, a la bandera (artículo 49, segundo párrafo), o al idioma (artículo 2, inciso 2; 2, inciso 19; 48).

3. Por otro lado, este Colegiado entiende que es en la *emotio* donde se debe poner en relieve la *tolerancia* como valor superior y principio rector de un sistema democrático, en la medida que

“el poder ejercido por la mayoría debe distinguirse de todo otro en que no sólo presupone lógicamente una oposición, sino que la reconoce como legítima desde el punto de vista político, e incluso la protege, creando instituciones que garantizan un mínimo de posibilidades de existencia y acción a distintos grupos religiosos, nacionales o económicos, aun cuando solo estén constituidos por una minoría de personas; o, en

realidad, precisamente por constituir grupos minoritarios. La democracia necesita de esta continuada tensión entre mayoría y minoría, entre gobierno y oposición, de la que dimana el procedimiento dialéctico al que recurre esta forma estatal en la elaboración de la voluntad política. Se ha dicho acertadamente que la democracia es discusión. Por eso el resultado del proceso formativo de la voluntad política es siempre la transacción, el compromiso. La democracia prefiere este procedimiento a la imposición violenta de su voluntad al adversario, ya que de ese modo se garantiza la paz interna".

Más aún, en una sociedad tan heterogénea y plural como la nuestra –integrada por una cultura autóctona y originaria, y por una cultura mestiza o criolla–, es necesario que se reconozcan determinados valores democráticos y culturales que deben ser compartidos por todos, sin que ello implique un desconocimiento de la idiosincrasia de cada comunidad. Se requiere, pues, establecer la unidad dentro de la diversidad y el pluralismo.

De ahí que sea posible señalar que la multiculturalidad del Estado peruano, no debe significar un lastre para lograr la identidad nacional, sino un desafío constitucional en la medida que se debe tener en consideración el valor de la diversidad cultural. En efecto, se puede señalar que "la diversidad cultural es valiosa, tanto en el sentido cuasiestético de que crea un mundo más interesante, como porque otras culturas poseen modelos alternativos de organización social que puede resultar útil adaptar a nuevas circunstancias. Este último aspecto suele mencionar con relación a los pueblos indígenas, cuyos estilos de vida tradicionales proporcionan un modelo de relación sostenible con el entorno"¹²¹.

§2. Deberes del Estado social y democrático de Derecho con la Constitución cultural

4. A criterio de este Tribunal, la promoción de la cultura también constituye un deber primordial del Estado social y democrático de Derecho, establecidos en el artículo 44 de la Constitución. De ahí que el deber que asume el Estado, en relación con la Constitución cultural, se manifiesta en tres aspectos: en primer lugar, el Estado debe *respetar*, por mandato constitucional, todas aquellas manifestaciones culturales de los individuos o de grupos de ellos que constituyan la expresión de su derecho a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (artículo 2, inciso 8 de la Constitución); además de respetar la propiedad de las comunidades campesinas y nativas sobre sus conocimientos colectivos, de medicina tradicional y salud, de valores genéticos y de su biodiversidad, de conformidad con los artículos 88, 89 y 149 de la Constitución.

En segundo lugar, el Estado tiene la obligación de *promover* todos aquellos actos que atiendan al interés general, a desarrollar un conjunto de conocimientos que permitan el desarrollo del juicio crítico y de las artes, así como a la integración y fortalecimiento de las manifestaciones que contribuyen a la identidad cultural de la Nación.

En tercer lugar, el Estado asume también el deber de *no promover* aquellos actos o actividades que pudiendo ser manifestaciones culturales o encubiertos por lo "cultural" –como las actividades o fiestas que inciten al consumo de drogas, fomenten la violencia, realicen actos antinaturales o crueles contra los animales, causen un grave daño al medio ambiente, lleven a cabo la caza furtiva de especies en peligro de extinción– pongan en cuestión, por un lado, derechos fundamentales como el derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida (artículo 2, inciso 22 de la Constitución).

Ello porque la Constitución obliga al Estado, por un lado, a promover el uso sostenible de los recursos naturales (artículo 67); y, de otro, la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas (artículo 68). Lo cual no obsta para señalar que también es deber del Estado velar para que el aprovechamiento de dichos recursos se realice mediante el trato adecuado de las especies animales y vegetales de acuerdo con estándares acordes con las formas de vida pacífica y armónica con la naturaleza.

De ahí que el Estado social y democrático de Derecho, no sólo debe promover y respetar los valores culturales de la Nación, sino que también debe proscibir, desalentar o sancionar aquellos actos que supongan una violación de los derechos fundamentales o cuestionen valores superiores como la igualdad, la tolerancia, el pluralismo y la democracia, o los que pretendan subvertir el orden constitucional. De hecho, así procedió, tempranamente, el Estado peruano al abolir, mediante Ley, el juego de gallos a inicios de la República, estableciendo que

"La moral del Gobierno, y la prosperidad pública se interesan en que infatigablemente se ataque, y persiga la pasión más destructora de las costumbres, y del reposo doméstico. Nada importaría hacer la guerra á los españoles, si no la hiciésemos también á los vicios de su reinado: salgan de nuestro suelo los tiranos, y salgan con ellos sus crímenes, quedándonos sólo la virtud de la constancia que han acreditado siempre, para emplearla contra ellos, así como ellos la han empleado contra nosotros; (...)".

En ese sentido, el Estado se reserva el derecho a no promover prácticas que no contribuyan al desarrollo de una calidad de vida digna, lo cual se sostiene en una relación armónica con la naturaleza que alberga tanto al ser humano como a las especies animales y vegetales con los cuales convive.

5. En suma, en nuestra Constitución de 1993, la relación entre el Estado social y democrático de Derecho y la Constitución cultural, no sólo se limita al reconocimiento del derecho fundamental a la identidad étnica y cultural (artículo 2, inciso 19), al derecho fundamental a la cultura (artículo 2, inciso 8) o al establecimiento de una cláusula de protección del patrimonio cultural (artículo 21), sino que también debe elaborar y llevar a cabo una política

cultural constitucional, a través de la educación, los medios de comunicación social, la asignación de un presupuesto específico, por ejemplo, que le permita realizar el deber de promover las diversas manifestaciones culturales. Ello es así en la medida que en sociedades pluriétnicas y multiculturales como es la sociedad peruana, el Estado debe garantizar la interacción armoniosa y la voluntad de convivir con personas y grupos de identidades y costumbres culturales muy diversas. En ese sentido, el pluralismo cultural constituye un imperativo del Estado y del sistema democrático frente a la diversidad cultural.

Pero el Estado social y democrático de Derecho también puede promover las manifestaciones culturales, legítimamente, mediante el ejercicio de la potestad tributaria; por cuanto que los fines económicos, sociales, políticos y culturales son también objetivos a cumplir con la imposición de tributos o con su exoneración.

B) La potestad tributaria del Estado y los principios constitucionales

tributarios de legalidad y reserva de ley

§3. La potestad tributaria del Estado en la Constitución de 1993

6. Bajo esos considerandos, y habiendo señalado tanto la relación y los deberes del Estado social y democrático de Derecho con la *Constitución cultural*, este Colegiado ve por conveniente examinar, a continuación, la actuación del Estado en la promoción de determinadas manifestaciones culturales en el ámbito de la tributación municipal. Ello con la finalidad de verificar si las actividades exceptuadas del pago del impuesto establecido por el artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal requieren un tratamiento tributario especial por parte del Estado en la medida que son "manifestaciones culturales" o "contribuyen" al fomento de la cultura.

7. De acuerdo con nuestra Constitución (artículo 74), la potestad tributaria es la facultad del Estado para crear, modificar o derogar tributos, así como para otorgar beneficios tributarios. Esta potestad se manifiesta a través de los distintos niveles de Gobierno u órganos del Estado –central, regional y local–. Sin embargo, es del caso señalar que esta potestad no es irrestricta o ilimitada, por lo que su ejercicio no puede realizarse al margen de los principios y límites que la propia Constitución y las leyes de la materia establecen.

La imposición de determinados límites que prevé la Constitución permite, por un lado, que el ejercicio de la potestad tributaria por parte del Estado sea constitucionalmente legítimo; de otro lado, garantiza que dicha potestad no sea ejercida arbitrariamente y en detrimento de los derechos fundamentales de las personas. Por ello, se puede decir que los principios constitucionales tributarios son límites al ejercicio de la potestad tributaria, pero también son garantías de las personas frente a esa potestad; de ahí que dicho ejercicio será legítimo y justo en la medida que su ejercicio se realice en observancia de los principios constitucionales

que están previstos en el artículo 74 de la Constitución, tales como el de legalidad, reserva de ley, igualdad, respeto de los derechos fundamentales de las personas y el principio de interdicción de la confiscatoriedad.

8. Se debe señalar que cuando la Constitución establece dichos principios como límites informadores del ejercicio de la potestad tributaria ha querido proteger a las personas frente a la arbitrariedad en la que puede incurrir el Estado cuando el poder tributario se realiza fuera del marco constitucional establecido. Por eso mismo, el último párrafo del artículo 74° de la Ley Fundamental establece que

"no surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo".

De ahí que la potestad tributaria del Estado, a juicio de este Colegiado, debe ejercerse principalmente de acuerdo con la Constitución –*principio de constitucionalidad*– y no sólo de conformidad con la ley –*principio de legalidad*–. Ello es así en la medida que nuestra Constitución incorpora el principio de supremacía constitucional y el principio de fuerza normativa de la Constitución (artículo 51). Según el principio de supremacía de la Constitución todos los poderes constituidos están por debajo de ella; de ahí que se pueda señalar que es *lex superior* y, por tanto, obliga por igual tanto a gobernantes como gobernados, incluida la administración pública tal como lo ha señalado este Tribunal Constitucional en Sentencia anterior (Exp. N.º 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC 009-2005-PI/TC, Fundamento 156).

En segundo lugar, se debe señalar que la Constitución no es un mero documento político, sino también norma jurídica, lo cual implica que el ordenamiento jurídico nace y se fundamenta en la Constitución y no en la ley. En ese sentido, el principio de fuerza normativa de la Constitución quiere decir que los operadores del Derecho y, en general, todos los llamados a aplicar el Derecho –incluso la administración pública–, deben considerar a la Constitución como premisa y fundamento de sus decisiones, lo cual implica que:

"a) dado que la Constitución es norma superior habrán de examinar con ella todas las leyes y cualesquiera normas para comprobar si son o no conformes con la norma constitucional; b) habrán de aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solución del litigio o, en general, para configurar de un modo u otro una situación jurídica; c) habrán de interpretar todo el ordenamiento conforme a la Constitución. En otras palabras, si la Constitución tiene eficacia directa no será sólo norma sobre normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más".

Por ello, se debe afirmar que la potestad tributaria del Estado, antes que someterse al principio de legalidad, está vinculado por el principio de constitucionalidad; de ahí que su ejercicio no pueda hacerse al margen del principio de supremacía constitucional y del principio de fuerza normativa de la Constitución. Sólo así el ejercicio de la

potestad tributaria por parte del Estado tendrá legitimidad y validez constitucionales.

§4. El principio de legalidad y el principio de reserva de ley

9. Para efectos de la resolución del presente caso en concreto y a fin de determinar si el artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal (Decreto Legislativo N.º 776, modificada por el Decreto Legislativo N.º 952) otorga una "delegación en blanco" a favor de un órgano administrativo como el Instituto Nacional de Cultura –como señalan los demandantes–, este Colegiado considera pertinente determinar el contenido y los alcances de dos principios constitucionales tributarios: el principio de legalidad y el principio de reserva de ley, principios ambos que están previstos en el artículo 74 de la Constitución de 1993.

El primer párrafo del artículo 74° de la Constitución establece que:

"los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo. Los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la ley. (...)".

A criterio de este Tribunal Constitucional no existe identidad entre el principio de legalidad y el de reserva de ley. Mientras que el *principio de legalidad*, en sentido general, se entiende como la subordinación de todos los poderes públicos a leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a un control de legitimidad por jueces independientes; el *principio de reserva de ley*, por el contrario, implica una determinación constitucional que impone la regulación, sólo por ley, de ciertas materias.

Es tal sentido, cabe afirmar que

"mientras el Principio de legalidad supone una subordinación del Ejecutivo al Legislativo, la Reserva no sólo es eso sino que el Ejecutivo no puede entrar, a través de sus disposiciones generales, en lo materialmente reservado por la Constitución al Legislativo. De ahí que se afirme la necesidad de la Reserva, ya que su papel no se cubre con el Principio de legalidad, en cuanto es sólo límite, mientras que la Reserva implica exigencia reguladora".

10. En el ámbito constitucional tributario, el *principio de legalidad* no quiere decir que el ejercicio de la potestad tributaria por parte del Estado está sometida sólo a las leyes de la materia, sino, antes bien, que la potestad tributaria se realiza principalmente de acuerdo con lo establecido en la Constitución. Por ello, no puede haber tributo sin un mandato constitucional que así lo ordene. La potestad tributaria, por tanto, está sometida, en primer lugar, a la Constitución y, en segundo lugar, a la ley.

A diferencia de este principio, el *principio de reserva de ley* significa que el ámbito de la creación, modificación, derogación o exoneración –entre otros– de tributos queda reservada para ser actuada únicamente mediante una ley. Este principio tiene como fundamento la fórmula histórica "*no taxation without representation*"; es decir, que los tributos sean establecidos por los representantes de quienes van a contribuir.

Ahora bien, conforme hemos señalado *supra*, los principios constitucionales tributarios previstos en el artículo 74° de la Constitución no son sólo límites sino también garantías. En tal sentido, el principio de reserva de ley es también, ante todo, una *cláusula de salvaguarda* frente a la posible arbitrariedad del Poder Ejecutivo en la imposición de tributos.

11. De acuerdo con estas precisiones, este Colegiado entiende que la distinción realizada entre ambos principios no puede ser omitida, en la medida que la Constitución no sólo faculta al Poder Legislativo, a los Gobiernos regionales y Gobiernos locales (artículo 74) para ejercer la potestad tributaria, sino que también prevé el supuesto del poder tributario a favor del Poder Ejecutivo (artículo 104) en el supuesto que el Congreso de la República le delegue facultades legislativas en materia tributaria; caso en el cual el ejercicio se realiza, únicamente, a través de un decreto legislativo.

La Constitución, por tanto, también ha previsto que dicha potestad pueda ser ejercida por el Poder Ejecutivo, lo cual no quiere decir, sin embargo, que el Constituyente haya otorgado la potestad tributaria en igualdad de condiciones a ambos poderes del Estado. Se debe tener claramente establecido que el ejercicio de la potestad tributaria por parte del Poder Ejecutivo, a diferencia del Poder Legislativo, de los Gobiernos regionales y los Gobiernos locales, no es una potestad originaria sino derivada. No existe, pues, equiparidad ni igualdad en el ejercicio de la potestad tributaria entre aquéllos y el Poder Ejecutivo; la de los primeros es una forma originaria y ordinaria de ejercer dicha potestad; el de éste es una forma derivada y extraordinaria.

En atención a esta naturaleza extraordinaria del ejercicio de la potestad tributaria por parte del Poder Ejecutivo, se exige que la observancia del principio de reserva de ley, en este caso, es y debe ser aun más estricta; es decir, no sólo se debe cuidar de respetar el aspecto formal del principio de reserva de ley, sino también su dimensión material. En tal sentido, el decreto legislativo por el cual el Poder Ejecutivo ejerce la potestad tributaria debe estar sometida a los siguientes controles:

1. *Control de contenido*, a fin de verificar su compatibilidad con las expresas disposiciones de la ley autoritativa, asumiendo que existe una presunción *iuris tantum* de constitucionalidad de dichos decretos;

2. *Control de apreciación*, para examinar si los alcances o la intensidad del desarrollo normativo del decreto legislativo se enmarca en los parámetros de la dirección política –tributaria– que asume el Congreso de la República en materia legislativa; y

3. *Control de evidencia*, para asegurar que dicho decreto legislativo no sólo no sea violatorio de la Constitución por el fondo o por la forma, sino que también no sea incompatible o no conforme con la misma.

12. Ahora bien, este Tribunal Constitucional ha señalado en anterior oportunidad (Expediente N.º 2762-2002-AA/TC) que el principio de reserva de ley en materia tributaria es, *prima facie*, una reserva relativa, salvo en el caso previsto en el último párrafo del artículo 79º de la Constitución, que está sujeto a una reserva absoluta de ley (ley expresa). Para los supuestos contemplados en el artículo 74º de la Constitución, la sujeción del ejercicio de la potestad tributaria al principio de reserva de ley –en cuanto al tipo de norma– debe entenderse como relativa, pues también la creación, modificación, derogación y exoneración tributarias pueden realizarse previa delegación de facultades, mediante decreto legislativo. Se trata, en estos casos, de una reserva de acto legislativo.

Asimismo, en cuanto a *la creación del tributo*, la reserva de ley puede admitir, excepcionalmente, derivaciones al reglamento, siempre y cuando, los parámetros estén claramente establecidos en la propia Ley o norma con rango de Ley. Para ello, se debe tomar en cuenta que el grado de concreción de sus elementos esenciales será máximo cuando regule los sujetos, el hecho imponible y la alícuota; será menor cuando se trate de otros elementos. En ningún caso, sin embargo, podrá aceptarse *la entrega en blanco* de facultades al Ejecutivo para regular la materia.

De este modo, la regulación del hecho imponible en abstracto –que requiere la máxima observancia del principio de reserva de ley–, debe comprender la alícuota, la descripción del hecho gravado (aspecto material), el sujeto acreedor y deudor del tributo (aspecto personal), el momento del nacimiento de la obligación tributaria (aspecto temporal), y el lugar de su acaecimiento (aspecto espacial), según ha señalado este Tribunal (Expediente N.º 2762-2002-AA/TC y N.º 3303-2003-AA/TC).

En consecuencia, lo que se quiere advertir es que toda delegación, para ser constitucionalmente legítima, deberá encontrarse parametrada en la norma legal que tiene la atribución originaria, pues cuando la propia ley o norma con rango de ley no establece todos los elementos esenciales y los límites de la potestad tributaria derivada, se está frente a una delegación incompleta o en blanco de las atribuciones que el constituyente ha querido resguardar mediante el principio de reserva de ley.

Ahora bien, si esa es la forma de interpretar las relaciones entre la ley autoritativa y el decreto legislativo que la desarrolla, en la delimitación de los elementos esenciales para *la creación* del tributo, corresponde analizar cómo ello opera cuando se disponen exoneraciones tributarias.

§5. Los beneficios tributarios y el principio de reserva de ley

13. *El principio de reserva de ley*, en tanto límite de la potestad tributaria y garantía de las personas frente a

ella, debe observarse también en el caso de los beneficios tributarios, tal como se deriva de la Constitución (artículo 74º). En virtud de esta disposición, en cuanto se refiere al principio de reserva de ley, nuestra Constitución no le da un tratamiento distinto a la facultad de crear, modificar o derogar un tributo, sino que también exige la observancia del principio de reserva de ley cuando se trata de establecer beneficios tributarios.

Ello porque el Estado, al establecer beneficios tributarios, no sólo rompe con la regla general al deber/obligación de las personas de contribuir al sostenimiento del gasto público, sino también, con la función constitucional de los tributos como es el permitir al Estado contar con los recursos económicos necesarios para cumplir, a través del gasto público, con los deberes de defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, así como promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44º de la Constitución).

En tal sentido, de establecerse beneficios tributarios, sin observar el principio de legalidad y de reserva de ley, u obedeciendo a motivaciones que no son necesarias, objetivas y proporcionales, dichos beneficios pueden ser consideradas lesivos de los principios de universalidad e igualdad tributaria, representando auténticas violaciones constitucionales.

13. Ahora bien, los beneficios tributarios constituyen aquellos tratamientos normativos mediante los cuales el Estado otorga una disminución, ya sea total o parcialmente, del monto de la obligación tributaria, o la postergación de la exigibilidad de dicha obligación. A propósito de esto, este Colegiado considera pertinente referirse a los distintos modos como pueden manifestarse los beneficios tributarios, a saber: la inafectación, la inmunidad, y la exoneración.

La *inafectación* o no-sujeción debe entenderse como aquellos supuestos que no se encuentran dentro del ámbito de afectación de un tributo determinado. Es decir, el legislador no ha previsto que determinados hechos, situaciones u operaciones estén dentro de la esfera de afectación del tributo que ha surgido como consecuencia del ejercicio de la potestad tributaria por parte del Estado.

De otro lado, *la inmunidad* es la limitación constitucional impuesta a los titulares de la potestad tributaria del Estado a fin de que no puedan gravar o afectar a quienes la Constitución quiere exceptuar del pago de tributos debido a razones de interés social, de orden económico o por otros motivos que considere atendibles. Tal es el supuesto, por ejemplo, del artículo 19º de nuestra Constitución.

Por su parte, las *exoneraciones* se configuran como supuestos de excepción respecto del hecho imponible, lo cual quiere decir que el hecho imponible nace, y/o, los sujetos (exoneraciones subjetivas) o actividades (exoneraciones objetivas), previstos en ella, se encuentran *prima facie* gravados; no obstante ello, en estos casos, no

se desarrollará el efecto del pago del tributo en la medida que, a consecuencia de la propia ley o norma con rango de ley, se les ha exceptuado del mismo.

Cabe señalar, que atendiendo al carácter excepcional de los beneficios tributarios y a fin de resguardar la protección de los principios constitucionales tributarios, la Norma VII del Título Preliminar del Código Tributario, establece en estos casos, entre otros requisitos, que la propuesta legislativa deba señalar de forma clara y detallada el objeto de la medida, así como los beneficiarios de la misma, y especificar el plazo máximo de duración del beneficio, caso contrario, se entenderá otorgado por tres años.

14. Ahora, si bien es cierto que, generalmente, los beneficios tributarios responden a políticas y objetivos concretos, que justifican que se otorgue un trato *excepcional* a determinadas actividades o personas que normalmente estuvieran sujetas a tributar, también lo es que el acto por el cual se otorga un beneficio tributario no es ni puede ser enteramente discrecional por cuanto podría devenir en arbitrario, sino que debe realizarse no sólo en observancia de los demás principios constitucionales tributarios, sino también que debe ser necesario, idóneo y proporcional. Lo contrario podría llevar a supuestos de desigualdad injustificada cuando no de discriminación, lo cual, de acuerdo con nuestra Constitución (artículo 2, inciso 2) está proscrita.

Es más, "en los casos que existen motivaciones de otro orden (extrafiscal), debe tratarse, de finalidades no arbitrarias, sino compatibles con los valores del propio ordenamiento, en base a los cuales se admite excepcionalmente una desviación respecto de las exigencias de la igualdad y de la capacidad económica".

Siguiendo esta línea de análisis, se afirma asimismo que "el legislador no debe abusar de esta facultad y evaluar muy bien el fin recaudatorio, sea este el sacrificio del ingreso (si lo excepciona) o su incremento (si establece impuesto desalentadores, restrictivos o prohibitivos)".

De este modo, los beneficios tributarios se traducen en estímulos a determinadas personas o actividades que el Estado *considera valioso promover*, y es ahí donde se debe considerar tanto los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores, así como los deberes primordiales del Estado que están previstos en el artículo 44 de la Constitución, ya aludidos *supra*. En efecto, no es contrario a la Constitución el hecho que el legislador establezca una finalidad extrafiscal de los tributos, siempre que ella esté de acuerdo con los principios rectores de la política social, económica e, incluso, cultural del Estado.

En el caso concreto de establecer beneficios tributarios que tiendan a promover las manifestaciones culturales de la Nación, la *ratio legis* de la disposición que establece ello, no debe obedecer al interés particular o individual de alguien, sino que, por el contrario, debe tener en consideración

"los intereses públicos presentes en las normas que regulan el patrimonio cultural: la preservación y el enriquecimiento del mismo, en cuanto constituyen instrumentos de defensa de los intereses de la colectividad al acceso al patrimonio cultural".

C) La "inconstitucionalidad" del artículo 54 de la

Ley de Tributación Municipal

§6. La potestad tributaria y la "delegación" otorgada al Instituto Nacional de Cultura

15. Dentro del marco constitucional establecido por este Colegiado, y realizadas las precisiones sobre la potestad tributaria del Estado y cómo inciden en él los principios de legalidad y de reserva de ley, así como la relación que existe entre éste y los beneficios tributarios, corresponde ahora resolver la "inconstitucionalidad", del artículo 54° del Decreto Legislativo N.° 776, Ley de Tributación Municipal, modificado por el Decreto Legislativo N.° 952. Para ello, este Colegiado ha de pronunciarse sobre dos aspectos, básicamente: 1) ¿existe en el caso concreto una vulneración del principio de reserva de ley?; y 2) ¿Cuál es la naturaleza y los efectos jurídicos de la calificación de "cultural" que realiza el Instituto Nacional de Cultura de determinados espectáculos?

Al respecto, los demandantes sostienen que:

"El artículo 20° que modifica el Art. 54° de la Ley de Tributación Municipal delega en el INSTITUTO NACIONAL DE CULTURA (INC) en forma directa y explícita la facultad discrecional de crear excepciones en tanto califique como culturales a las obras de teatro, zarzuela, conciertos de música clásica, ópera, opereta, ballet, circo y folklore nacional. En otras palabras, delega en un órgano administrativo la facultad de otorgar beneficios tributarios. Ello se desprende de la lectura del propio texto legal, en el cual se advierte que el legislador crea un beneficio ciego, llamado también exoneración en blanco; por cuanto la exigencia de certificación por parte del INC equivale implícitamente al hecho de que no todo espectáculo de teatro, ópera, zarzuela o ballet se encuentra *prima facie* (sic) exonerado del impuesto, si es que no cuenta con previamente con la debida calificación, lo cual parece un absurdo, pues de nada sirve mencionar los espectáculos 'exonerados' cuando se hace depender esa 'exoneración' de la certificación cultural del Instituto Nacional de Cultura".

16. Sobre el primer cuestionamiento, este Colegiado estima que, un primer aspecto de análisis para el caso concreto, es determinar quiénes tienen potestad tributaria para crear, modificar o exonerar tributos; otro aspecto a considerar –intrínsecamente vinculado al primero– está referido a verificar que en el ejercicio de dicha potestad por el poder facultado constitucionalmente, se haya utilizado el medio normativo idóneo y se haya regulado la materia tributaria conforme a los demás límites establecidos en la Constitución; es decir, que se haya respetado el principio de reserva de ley.

Conforme con lo que se ha señalado en los fundamentos precedentes, la potestad tributaria la ejerce el Estado por atribución directa u originaria, a través del Congreso de la República, los Gobiernos regionales, los Gobiernos locales (artículo 74 de la Constitución); excepcionalmente, de forma derivada y previa delegación de facultades, el Poder Ejecutivo puede ejercer dicha atribución a través de un decreto legislativo.

Es claro que sólo en estos niveles de Gobierno, por previsión constitucional, se puede ejercer la potestad tributaria; por lo que no es jurídicamente posible que un órgano que no forme parte de este nivel de Gobierno pueda arrogarse dichas facultades, ni que quepa la posibilidad de que éstas sean delegadas a un organismo administrativo. El único supuesto de delegación de facultades tributarias que prevé nuestra Constitución es aquel en el cual el Congreso habilita al Poder Ejecutivo para que legisle, dentro del plazo y en las materias establecidas en la ley habilitante; debiendo entenderse por Poder Ejecutivo, únicamente, a los órganos constitucionalmente encargados de aprobar un decreto legislativo, esto es, al Consejo de Ministros y al Presidente de la República, de acuerdo con la Constitución (artículos 104 y 125, inciso 2).

Esta delegación de facultades, como es evidente, no supone una transferencia de facultades absolutas, sino que está sujeta a control tanto por parte del Poder Legislativo, así como por el propio Poder Ejecutivo, en la medida que la Constitución (artículo 125, inciso 2) faculta al Consejo de Ministros, para

“aprobar los decretos legislativos y los decretos de urgencia que dicta el Presidente de la República, así como los proyectos de ley y los decretos y resoluciones que dispone la ley”.

Por otro lado, para este Alto Tribunal es claro que cuando el artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal describe la actividad que va a ser gravada con el impuesto y, a su vez, señala taxativamente, en qué supuestos –teatro en vivo, zarzuela conciertos de música clásica, ópera, opereta, ballet, circo y folklore nacional– dicha actividad se encontrará exonerada del pago, el legislador ha respetado el principio de reserva de ley, pues es mediante ley que se establecen los supuestos de la exoneración.

Más aún, este Colegiado considera que, en el caso concreto, el ejercicio de la potestad tributaria para otorgar beneficios, atendiendo a finalidades extrafiscales –como por ejemplo el buscar promover la educación, la generación de empleo, la investigación científica, las *manifestaciones culturales*, entre otros–, tiene legitimidad constitucional en la medida que está relacionado con la protección de bienes de relevancia constitucional, como es el de las manifestaciones culturales.

Desde esta perspectiva, se entiende que el legislador ha previsto en el artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal un trato excepcional respecto a la regla general de tributación al impuesto a los espectáculos públicos no deportivos, para aquellos que se encuentren dentro del

supuesto de la norma de “realizar espectáculos públicos no deportivos en locales y parques cerrados”.

Cabe precisar, además, que tratándose del caso de estos espectáculos, no obstante que se genera la obligación del pago del impuesto previsto en el artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal, el legislador ha querido que los mismos sean exonerados del pago del impuesto respectivo, pero con el único requisito “formal” de contar con la calificación de espectáculo público “cultural” por el Instituto Nacional de Cultura.

En consecuencia, formalmente, este Colegiado aprecia que el Poder Ejecutivo, al ejercer su potestad tributaria para establecer exoneraciones tributarias, no ha vulnerado el principio de reserva de ley y, por ende, no deviene *per se* en inconstitucional. Es más, las actividades exoneradas del pago del impuesto establecido por el artículo 54 son merecedoras de un tratamiento tributario especial por parte del Estado en la medida que es un deber con la Constitución cultural, es decir, contribuye al fomento de las manifestaciones culturales.

17. Con relación al segundo cuestionamiento, es decir, sobre la naturaleza y los efectos jurídicos de la calificación de “cultural” que realiza el Instituto Nacional de Cultura de determinados espectáculos para efectos tributarios, se debe señalar lo siguiente.

Es claro que el Instituto Nacional de Cultura no es un órgano constitucional que tenga atribución para ejercer atributos propios de la potestad tributaria constitucional. Por ello, el hecho que el artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal condicione la concreción del supuesto de exoneración a una calificación previa por parte del Instituto Nacional de Cultura, no significa que, en el plano formal, éste tenga facultad tributaria, que de hecho no la tiene. No obstante, a juicio de este Colegiado, materialmente, el Instituto Nacional de Cultura al otorgar la calificación de “cultural” a una determinada actividad define de manera no declarativa, sino constitutiva, la exoneración del pago de un tributo.

En efecto, el legislador al hacer depender la exoneración del pago del impuesto a los espectáculos públicos no deportivos de las actividades que están previstas expresamente en el artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal, si bien no formalmente, está facultando tácitamente al Instituto Nacional de Cultura para exonerar el pago de tributos. Ello es así en la medida que las actividades previstas en dicha disposición, por sí mismas, no son exoneradas de dicho pago, sino que es necesario que el Instituto Nacional de Cultura los califique como “culturales” para que se puedan beneficiar de la exoneración tributaria. Es evidente, pues, que la calificación del Instituto Nacional de Cultura para efectos de la exoneración no se limita a desplegar simplemente efectos declarativos sino constitutivos de una obligación tributaria, lo cual vulnera, materialmente, el principio de reserva de ley.

Hay, pues, en el caso concreto, una clara infracción del principio de reserva de ley. El legislador no puede otorgar

a un ente administrativo una materia, reservada a una ley, para que sea regulada mediante un reglamento. De ahí que se señale, en relación con el principio mencionado, que

"la ley ha de abordar por sí misma, si ha de observar el mandato constitucional, el núcleo esencial de dicha regulación, de modo que la remisión que pueda hacer a un Reglamento no implique la abdicación de la regulación de dicho núcleo, o de sus criterios básicos (...)".

Ante esto, y en virtud del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, se hace necesario determinar el sentido interpretativo que debe darse al artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal.

§7. El artículo 54º de la Ley de Tributación Municipal y su interpretación

18. Este Colegiado, en anterior oportunidad (Expediente N.º 0010-2002-AI/TC), ha precisado que en todo precepto legal se puede distinguir entre "disposición" y "norma", entendiendo por la primera aquel texto, enunciado lingüístico o conjunto de palabras que integran el precepto, y por la segunda, aquel o aquellos sentidos interpretativos que se pueden deducir de la disposición o de parte de ella. Esta distinción no implica que ambas puedan tener una existencia independiente, pues se encuentran en una relación de mutua dependencia, no pudiendo existir una norma que no encuentre su fundamento en una disposición, ni una disposición que por lo menos no albergue una norma.

Esta posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda distinguir entre "disposición" y "norma", cuando se trata del proceso de inconstitucionalidad, es el presupuesto básico de las denominadas sentencias interpretativas, cuyo fundamento, tal como se ha precisado, radica en el principio de conservación de la ley y en la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución, a fin de no vulnerar el principio de supremacía constitucional.

En efecto, las sentencias interpretativas recaen normalmente sobre disposiciones ambiguas, confusas o complejas, de las que se pueden extraer varios sentidos interpretativos, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional analizar la constitucionalidad, en primer lugar, de la disposición; y, seguidamente, de todas aquellas normas que se desprendan de la disposición cuestionada con la finalidad de verificar cuáles se adecuan a la Constitución y cuáles deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico.

§8. Las "normas" de la "disposición" cuestionada de inconstitucionalidad

19. Conforme a ello, si bien se ha concluido que la "disposición" cuestionada no vulnera el principio de reserva de ley en materia tributaria, cabe analizar los sentidos interpretativos (normas) que posee el artículo 54º de la Ley de Tributación Municipal (disposición).

Del texto íntegro de la disposición cuestionada, interesa a este Colegiado, tomar en cuenta aquel extremo que

se refiere a la exoneración del pago del impuesto a los espectáculos públicos no deportivos, a favor de

"los espectáculos en vivo de teatro, zarzuelas, conciertos de música clásica, ópera, opereta, ballet, circo y folclore nacional, **calificados como culturales por el Instituto Nacional de Cultura**".

El extremo subrayado, posee dos sentidos interpretativos; a saber:

1) Que la "calificación" como "culturales" de los espectáculos en vivo de teatro, zarzuelas, conciertos de música clásica, ópera, opereta, ballet, circo y folclore nacional, por parte del Instituto Nacional de Cultura es *declarativa*, para efectos de la exoneración tributaria y, por lo tanto, al margen de la calificación del Instituto Nacional de Cultura, dichas actividades pueden ser beneficiadas con la exoneración del pago del impuesto a los espectáculos públicos no deportivos.

2) Que la "calificación" como "culturales" de los espectáculos en vivo de teatro, zarzuelas, conciertos de música clásica, ópera, opereta, ballet, circo y folclore nacional, por parte del Instituto Nacional de Cultura es *constitutiva*, para efectos de la exoneración tributaria y, por lo tanto, sin la calificación previa del Instituto Nacional de Cultura, dichas actividades no pueden ser beneficiadas con la exoneración del pago del impuesto a los espectáculos públicos no deportivos.

A criterio del Tribunal Constitucional, el segundo sentido interpretativo deviene en inconstitucional, por cuanto que la calificación que realiza el Instituto Nacional de Cultura define, en los hechos, qué actividades deben ser exoneradas y cuáles no. Tan es así, que los espectáculos en vivo de teatro, zarzuelas, conciertos de música clásica, ópera, opereta, ballet, circo y folclore nacional no son exoneradas por el solo hecho de estar contempladas expresamente en el artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal, es decir, al margen de la calificación de "cultural"; lo cual, sin embargo, no sucede en la realidad.

Ello es así, pues para que dichas actividades se beneficien de la exoneración tributaria requieren necesariamente del pronunciamiento antelado del Instituto Nacional de Cultura. Esto se puede apreciar claramente en la Resolución del Tribunal Fiscal, en el cual se señala que

"al haber sido calificado como espectáculo cultural la Feria Taurina del Señor de los Milagros del año 2000, por el Instituto Nacional de Cultura y de este modo haberse cumplido con el requisito exigido por el artículo 54º de la Ley de Tributación Municipal para obtener la exoneración del impuesto a los Espectáculos Públicos No Deportivos, procede declarar fundada la apelación de puro derecho interpuesta, debiendo dejarse sin efecto las Resoluciones de Determinación N.ºs 000015-2002-DFT-MDR y 000016-2002-DFT-DAT-MDR".

Este es, pues, el sentido interpretativo que se le ha venido atribuyendo al artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal.

Las consecuencias jurídicas de una interpretación en este sentido no sólo desnaturaliza la intención del legislador de promover determinadas manifestaciones culturales, a través de la exoneración del pago del impuesto a los espectáculos in vivo de teatro, zarzuelas, conciertos de música clásica, ópera, opereta, ballet, circo y folclore nacional, sino que también limita el cumplimiento del deber del Estado con la Constitución cultural al hacer depender su exoneración, en los hechos, de una calificación previa de "cultural" por parte del Instituto Nacional de Cultura. Órgano que si bien es competente para declarar qué es lo "cultural", no lo es para configurar una exoneración tributaria; en este sentido la norma autoritativa no es conforme con la Constitución.

Por ello, y a fin de preservar la constitucionalidad del artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal, este Colegiado establece que dicha disposición debe ser interpretada de conformidad con el primer sentido analizado *supra*. Es decir, que el Instituto Nacional de Cultura está en la obligación de realizar la calificación – por mandato legal–, pero esto no significa que ésta tenga naturaleza constitutiva, sino declarativa, para efectos de la exoneración del pago del impuesto a los espectáculos públicos no deportivos; por lo que las calificaciones que realice dicho ente administrativo, sobre un determinado evento, no son vinculantes desde una perspectiva tributario-constitucional. Por ello, no conllevan, por sí mismas, a la exoneración del pago del impuesto a los espectáculos públicos no deportivos.

En esa medida, este Tribunal debe señalar que los espectáculos previstos taxativamente en el artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal están exonerados del pago de los impuestos a los espectáculos públicos no deportivos, no por decisión y calificación del Instituto Nacional de Cultura, sino en virtud a que dicha Ley así lo prevé expresamente. De lo contrario se estaría atribuyendo, inconstitucionalmente, el ejercicio de la potestad tributaria, a un órgano meramente administrativo y que no ostenta la calidad de órgano constitucional.

En consecuencia, para efectos de la exoneración del pago del impuesto a los espectáculos públicos no deportivos, la calificación que sobre ellos realice el Instituto Nacional de Cultura es obligatoria por mandato de la ley, pero no tiene efectos constitutivos para la exoneración del pago del impuesto mencionado. De ahí que el Instituto Nacional de Cultura no pueda extender la calificación de cultural – por analogía o por vía interpretativa– a otros espectáculos que no sean los que están previstos *numerus clausus* en el artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal.

§9. Criterios constitucionales que debe observar el Instituto Nacional de Cultura para la calificación de "cultural" de un espectáculo

20. Sin embargo, si bien, el Instituto Nacional de Cultura es el ente encargado de "ejecutar actividades y acciones a nivel nacional en el campo de la cultura, normar, supervisar y evaluar la política cultural del país y administrar, conservar y proteger el patrimonio cultural

de la nación", según lo establece el artículo 13 de la Ley Orgánica del Ministerio de Educación; la calificación que realice no puede estar librado a criterios subjetivos y discriminatorios, sino que debe obedecer a parámetros o estándares objetivos de actuación, con la finalidad de ajustarse a lo previsto por los principios de seguridad jurídica y de legalidad en la actuación administrativa.

Ello es, por un lado, una exigencia del Estado social y democrático de Derecho, en el cual no existe poder constituido o acto administrativo que no esté bajo la Constitución y, por ende, sujeto a control; de otro, del principio constitucional de seguridad jurídica, el cual busca lograr que el particular perciba, en el ejercicio de la actuación administrativa, un grado de *certeza, confiabilidad e interdicción de la arbitrariedad* y no quedar librado el ejercicio de una potestad constitucional a la libre configuración de la administración.

21. Por ello, se debe precisar algunos criterios que un organismo administrativo como el Instituto Nacional de Cultura, debe tener en consideración para calificar como "culturales" las actividades contenidas en la excepción a que se refiere el artículo 54° de la Ley de Tributación Municipal; si bien es claro que la determinación de lo "cultural" es una calificación que requiere de un análisis de cada caso concreto, pues no es posible que, en abstracto, se puedan establecer todos y cada uno de los requisitos que servirían para asignar tal calificación.

Sin embargo, en la medida que los criterios establecidos en el Reglamento para la Calificación de Espectáculos Públicos Culturales no Deportivos son conceptos indeterminados, este Colegiado considera pertinente, a fin de evitar que el Instituto Nacional de Cultura incurra en declaraciones arbitrarias o discriminatorias e injustificadas, debe observar los siguientes parámetros constitucionales, dentro de los cuales deberá otorgar contenido a los siguientes criterios:

1) *Contenido cultural*. El contenido de un espectáculo para que sea considerado como "cultural" debe estar estrechamente vinculado con los usos y costumbres que comparte la comunidad nacional, regional o local y que estén vigentes al momento de realizar tal calificación (artículo 2, inciso 19 de la Constitución). En caso de existir conflicto entre los valores de las diferentes comunidades –nacional, regional o local–, deberá considerarse aquellos usos y costumbres que se encuentren en el ámbito más cercano a los ciudadanos que se beneficiarán con la exposición de tales actividades.

En ningún supuesto, sin embargo, el contenido de los espectáculos deberá vulnerar derechos fundamentales como la vida (artículo 1 de la Constitución); la integridad personal y el bienestar (artículo 2, inciso 1 de la Constitución) de las personas; o subvertir el orden constitucional, el orden público o las buenas costumbres. Tampoco los espectáculos que comporten, directa o indirectamente, una afectación al medio ambiente; o los que conlleven actos de crueldad y sacrificio, innecesario, de animales.

2) *Acceso popular*. En la medida que la Constitución reconoce el derecho de las personas al acceso a la cultura (artículo 2, inciso 8) y el derecho de participar en la vida cultural de la Nación (artículo 2, inciso 17), este criterio implica que el costo de acceso al espectáculo a ser calificado como "cultural" por el Instituto Nacional de Cultura no debe ser una barrera que limite las posibilidades de ser costeadado por la mayor cantidad de personas; esto es, el acceso masivo a dichos espectáculos. *Contrario sensu*, los espectáculos cuyo acceso no tengan precios populares, no deberán ser calificados como "culturales". Es el caso, por ejemplo, de los espectáculos taurinos previstos con motivo de la Feria del Señor de los Milagros 2005, cuyos precios de abono para tener acceso a ellos son los siguientes:

- Sol. Primera Fila: S/. 1,578.00; Intermedia S/. 1,218.00; Final: S/. 420.00.

- Sombra: Primera Fila S/. 2,100.00; Intermedia S/. 1,680.00; Final: S/. 696.00.

3) *Mensaje*. Aquellos espectáculos que transmitan mensajes en contra de valores superiores tales como la dignidad de las personas, la vida, la igualdad, la solidaridad, la paz; o hagan apología de la discriminación por razones de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole (artículo 2, inciso 2 de la Constitución), no deben ser declaradas "culturales". Tampoco aquellas que inciten al odio, a la violencia contra personas o animales, o a la intolerancia.

4) *Aporte al desarrollo cultural*. Los espectáculos que precisen ser calificados de "culturales" deben realizar un aporte concreto al desarrollo cultural y a afirmar la identidad cultural, así como al desarrollo integral de la Nación (artículo 44 de la Constitución). Para ello, el Instituto Nacional de Cultura deberá evaluar e identificar cuál es el aporte del espectáculo, sobre todo, en el ámbito educativo, científico o artístico.

22. La observancia de estos criterios constitucionales que deberá justificar expresamente, dentro de los límites establecidos, no exime al Instituto Nacional de Cultura, por un lado, de fundamentar cumplidamente las razones y motivos por los cuales califica o no un espectáculo de "cultural"; de otro lado, debe observar el principio imparcialidad e igualdad (artículo 2, inciso 2 de la Constitución), evitando tratar con desigualdad espectáculos que son iguales o equiparar el trato de espectáculos que son diferentes.

§10. El "antitecnicismo" del artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal

23. Otro aspecto cuestionado por los demandantes, respecto al artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal, es la alegación que dicho artículo demuestra una deficiente regulación de la norma, calificándola como norma antitécnica por utilizar el término "con excepción" cuando en realidad lo que se configura es una exoneración.

Al respecto, este Tribunal no concuerda con esta afirmación de los demandantes; no sólo porque no siempre lo antitécnico implica necesariamente una colisión con lo constitucional, sino que, en este caso, el término "exceptuar" no es la que define el tipo de beneficio, sino que advierte la existencia del mismo.

Así, cuando hablamos de beneficios tributarios, nos situamos en el plano general, mientras que al interior de este género, podemos encontrar las distintas acepciones mediante las cuales el Estado otorga beneficios, es decir, exceptúa de la regla universal de contribución al gasto. Y es que, el *nomen iuris* no necesariamente otorga contenido a la materia. De este modo, podría utilizarse el término "exento" o "excluido" para calificar una exoneración e inafectaciones por igual, o, lo que es más, podría denominarse a un beneficio como exoneración cuando en realidad es una inafectación.

Con esto, no se pretende justificar la deficiente técnica legislativa, sino simplemente poner el relieve que, cuando técnicamente la denominación no define la realidad de los distintos significados a las expresiones que establezcan beneficios tributarios, éstas deberán encontrar su verdadera definición en el núcleo o *ratio* de la norma y, claro está, de acuerdo a las peculiaridades del contexto en el cual estén insertas.

D) Los espectáculos taurinos y la exoneración del pago del impuesto a los espectáculos públicos no deportivos

§11. El Estado social y democrático de Derecho y las manifestaciones "culturales" que implican actos de crueldad contra los animales

24. En este apartado cabe analizar los argumentos expuestos por los demandantes en la audiencia pública, en la cual sostuvieron que el Instituto Nacional de Cultura "actúa discrecionalmente" al determinar las actividades que serán exoneradas de pagar el impuesto a los espectáculos públicos no deportivos establecido por el artículo 54° de la Ley de Tributación Municipal, habiendo exceptuado de tal pago a las "fiestas taurinas" que se desarrollan en el distrito del Rímac, contraviendo así lo dispuesto en la propia Ley de Tributación Municipal.

A criterio de este Colegiado, si bien este extremo no está expresado en el petitorio de la demanda de inconstitucionalidad, su pronunciamiento no puede ser omitido, pues dado que está vinculado directamente con la pretensión principal, su omisión puede llevar a una decisión arbitraria por parte de este Colegiado; más aún cuando la doctrina procesal constitucional advierte que "la omisión de cuestiones oportunamente propuestas por las partes es causal de arbitrariedad en las resoluciones (...). El déficit que se indica puede consistir en la omisión de la consideración de planteos, no hacerse cargo de ciertos argumentos aducidos por el recurrente, no analizar adecuadamente determinados agravios, no tratar diversos pedidos, omitir ciertos temas de ineludible consideración (...)".

Así también, y para evitar incurrir en arbitrariedad, ha procedido este Tribunal Constitucional en ocasión

anterior (Exp. N.º 002-2005-PI/TC. Fundamento 19). Ello es posible de realizar en la medida que, por un lado, el Código Procesal Constitucional (artículo III) señala que

“ (...) el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”.

Por otro lado, el artículo 29 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional establece que

“La audiencia pública es el acto procesal mediante el cual los Magistrados escuchan a los abogados y a las partes que informan puntualmente sobre los fundamentos de derecho y de hecho pertinentes”.

De ahí que se pueda afirmar que las audiencias públicas, en tanto constituyen actos procesales de los procesos constitucionales, los argumentos que propongan las partes en las audiencias son y deben ser considerados también por el Tribunal a fin de mejor decidir; de lo contrario dichas audiencias carecerían de objeto. Por ello, a fin de resolver esta cuestión, este Colegiado considera necesario pronunciarse, previamente, sobre 1) la posición del Estado frente a los actos de crueldad contra los animales, 2) si el Estado tiene el deber de promover los espectáculos taurinos y otras manifestaciones similares; y 3) si los espectáculos taurinos están obligados al pago de impuestos a los espectáculos públicos no deportivos.

25. En el actual Estado social y democrático de Derecho, no puede sostenerse una concepción positivista –que separe el Derecho de la ética– de la Constitución; es decir, una concepción que, por un lado, otorgue a la Constitución el simple papel de establecer las reglas fundamentales de la convivencia social y política y, por otro, que reduzca a la ética a un plano individualista e intimista.

En efecto, este Tribunal entiende que la Constitución no es una prédica moral ni una cíclica pastoral; por ello, no puede plantearse, al menos directamente, ni la tarea de hacer felices a los seres humanos ni el de hacerlos buenos. Su principal cometido es el de encarnar el consenso jurídico-político alcanzado y ser por ello garantía de paz y libertad.

Sin embargo, no es menos cierto que, frente al relativismo moral y ético de las sociedades actuales, la Constitución sí debe establecer

“un consenso mínimo, esto es, un consenso sobre un núcleo de criterios morales que representen los valores básicos para una convivencia realmente humana”.

Convivencia, que también está en directa relación con el medio ambiente y con los demás seres vivos con los cuales coexiste. Ello justifica que, en las sociedades actuales, exista una creciente preocupación, no sólo ya desde la perspectiva jurídica sino también desde el punto de vista de la ética, por determinados temas tales como biotecnología y los demás avances tecnológicos, pero también por el medio ambiente y la convivencia armónica y pacífica del ser humano con su entorno y, dentro de él, con todos los seres vivos con los cuales coexiste.

Precisamente, este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el derecho fundamental al medio ambiente (Exp. N.º 048-2004-PI/TC), estableciendo el derecho de las personas a un

«medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica».

Pero el ser humano también debe actuar en armonía y en convivencia pacífica con los demás seres vivos que lo rodean, en la medida que debe asumir una actuación responsable frente a ellos; especialmente frente a los animales. Esta es una exigencia de la ética del respeto por la vida, que impone la necesidad de entender la vida en un sentido más amplio y no restringido; responsabilidad que obliga al hombre. De ahí que se señale que el hombre es moral cuando considera sagrada la vida como tal, es decir, no sólo la vida del hombre sino también la de los demás seres vivos.

26. A juicio de este Colegiado, el Estado tiene el deber de asegurar que las personas no actúen con violencia frente a otras personas, ni con crueldad contra los animales, lo cual tiene un fundamento jurídico y ético. Desde la perspectiva jurídica, cabe señalar que dicho deber, se basa, en primer lugar, en el derecho fundamental al bienestar y a la tranquilidad de las personas (artículo 2, inciso 1 de la Constitución) que sí se sienten afectadas en sus sentimientos al presenciar ya sea directamente o al tomar noticia de la existencia de la realización de tratos crueles contra los animales.

En segundo lugar, este deber estatal se justifica en la responsabilidad jurídica que tienen las personas con los animales. Sobre esto, y en aplicación del *método comparativo* como quinto método de interpretación constitucional, es pertinente reproducir lo que el Tribunal Federal Alemán ha sostenido al respecto, en relación con el derecho al libre desarrollo de la persona contemplado en el artículo 2º-1 de la Ley Fundamental de Bonn:

«La finalidad de la ley de protección a los animales es la de garantizarles que se encuentren bien, con base en la responsabilidad que tienen los seres humanos por los animales, al ser considerados como sus semejantes. A ninguna persona le está permitido someter a un animal, sin motivo justo, a dolor, sufrimiento o daño (...). Al objetivo de una protección a los animales, fundada en la ética (...), sirve también la reglamentación (...).»

Nuestro legislador, ha plasmado este deber jurídico en la Ley de Protección a los Animales Domésticos y a los Animales Silvestres mantenidos en Cautiverio, cuyo artículo 1 declara

«de interés nacional la protección a todas las especies de animales domésticos y de animales silvestres mantenidos en cautiverio, contra todo acto de crueldad causado o permitido por el hombre, directa o indirectamente, que les ocasione sufrimiento, lesión o muerte».

Es más, si bien dicha Ley (artículos 10 *in fine*) permite el sacrificio de animales, siempre que sean necesarias y no supongan sufrimiento, para fines de experimentación,

investigación y docencia, así como para el consumo humano, impone como objetivos: 1) Erradicar y prevenir todo maltrato y actos de crueldad con los animales, evitándoles sufrimiento innecesario; 2) Fomentar el respeto a la vida y derechos de los animales a través de la educación; 3) Velar por la salud y bienestar de los animales promoviendo su adecuada reproducción y el control de las enfermedades transmisibles al hombre; 4) Fomentar y promover la participación de todos los miembros de la sociedad en la adopción de medidas tendientes a la protección de los animales.

En tal sentido, este Colegiado entiende que es constitucional la proscripción de la crueldad contra los animales está establecida expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, a tal punto que las personas que realicen dichos actos son pasibles también de sanción penal, tal como lo establece el artículo 450-A del Código Penal:

“El que comete actos de crueldad contra un animal, lo somete a trabajos manifiestamente excesivos o lo maltrata, será sancionado hasta con sesenta días-multa. Si el animal muriera a consecuencia de los maltratos sufridos, la pena será de ciento veinte a trescientos sesenta días-multa. El juez podrá en estos casos prohibir al infractor la tenencia de animales bajo cualquier modalidad”.

27. Desde la perspectiva de la filosofía del Derecho, disciplina que nutre también a las instituciones constitucionales, se debe dar cuenta de la discusión doctrinal existente respecto al reconocimiento de los “derechos de los animales”. Ello porque, como hemos señalado anteriormente, nuestra legislación hace referencia a los derechos sobre los animales. Quienes se adhieren a la *ética especieísta*, y niegan que los animales tengan derechos, sostienen la superioridad de la especie humana frente a las demás especies, llegando a afirmar que «no existen fundamentos para extender más protección moral que las que disfrutaban actualmente». En una posición más radical se ha afirmado que «es un error retórico e intelectual llevar la preocupación por los animales hasta ese extremo».

Por su parte hay quienes, a partir de una concepción humanista e igualitaria, estiman que muchos animales son sensibles al dolor y a las emociones y, por la tanto, los individuos que no son personas, incluidos tanto aquellos que son humanos como aquellos que no lo son, tienen derechos morales.

Sin embargo, si bien este es un debate que no le corresponde zanjar ahora a este Tribunal Constitucional, sí estima necesario pronunciarse sobre los actos de las personas jurídicas o naturales que comportan crueldad contra los animales.

28. A juicio de este Colegiado, no existe ningún argumento racional que justifique el que el ser humano someta a torturas, tratos crueles y dé muerte, innecesariamente, a los animales; más aún si dichos actos se realizan por diversión en espectáculos públicos. Tal actitud es contraria con la ética y contra la dignidad y la naturaleza racional

y emotiva del propio ser humano, pues el respeto a los animales por parte de toda persona halla su fundamento también en el respeto mutuo que se deben los hombres entre sí.

De ahí que, incluso aquellos que niegan los derechos de los animales, acepten que los deberes que tenemos para con los animales,

«surgen por una parte del respeto de los sentimientos de quienes se interesan por los animales y por la otra de las virtudes o los defectos de nuestro carácter que revela la forma en que tratamos a los animales».

§12. ¿Tiene, el Estado, el deber de promover los espectáculos taurinos y otras manifestaciones similares?

29. Como ha señalado *supra* este Colegiado, el Estado social y democrático de Derecho asume, en primer lugar, el deber de respetar las manifestaciones culturales; en segundo lugar, de promoverlas; y, en tercer lugar, el deber de no promover aquellas manifestaciones culturales que vulneran los derechos fundamentales, los principios constitucionales o los valores constitucionales ya señalados *supra*.

Pues bien, en cuanto a los espectáculos taurinos en los que el toro es “asesinado”, este Colegiado debe precisar que ellos no constituyen manifestaciones “culturales” que el Estado tiene el deber de promover. Ello porque es un espectáculo que, al someter, innecesariamente, al maltrato cruel y posterior muerte de un animal, afecta el derecho fundamental a la tranquilidad y al bienestar de las personas (artículo 2, inciso 1 de la Constitución) que se interesan por la protección y el buen cuidado de los animales.

Además, nuestro ordenamiento proscribire, expresamente, el maltrato a los animales estableciendo inclusive responsabilidades de naturaleza penal; de ahí que

el causar sufrimiento y maltratos crueles e injustificados a los animales, va en contra de la propia naturaleza racional del ser humano y no se condice con los valores morales y de la ética con los que debe actuar.

Pero también se debe cuestionar si los espectáculos taurinos son manifestaciones “culturales” que son representativas de la sociedad en general. Al respecto, se debe señalar que los espectáculos mencionados no gozan de aceptación mayoritaria de la población, por lo que su calificación de “cultural” es cuando menos, desde este punto de vista, discutible; tal como se desprende de una reciente encuesta de opinión realizada por la Universidad de Lima, en la cual se concluye que el 72.7 % de la población de Lima y Callao está en contra de los espectáculos taurinos. Más aún cuando los espectáculos taurinos que comportan la tortura y muerte innecesaria del toro no es una costumbre extendida en todo nuestro territorio, sino más bien de ciudades tales como Lima, Trujillo, Puno, Huancayo, entre otros.

Esto se explica porque los usos y costumbres son relativos en el tiempo y en el espacio; en tal sentido, lo que

antaoño –como la esclavitud o la servidumbre– pudo ser considerado como un derecho o costumbre, no lo es hoy; o lo que en un lugar se acepta como consuetudinario, puede no serlo en otro, aun cuando temporalmente haya coincidencia. En efecto, los espectáculos taurinos constituyeron una costumbre introducida en Lima por los españoles¹. Ya Eschiche, en 1854, daba cuenta de la prohibición de estos espectáculos por cuanto que de ellos se seguían muertes y desgracias innecesarias, autorizándose su realización solamente por motivaciones políticas¹. No obstante, tampoco tuvo una aceptación general, pues algunos, tempranamente, se mostraron en contra de estos espectáculos. Al respecto, Francisco García Calderón ya señalaba en 1862 en su *Diccionario de la Legislación Peruana* que

“algunos censuran las fiestas de toros de España y de América, y las miran como una diversión bárbara e indigna de pueblos cultos; otros por el contrario dicen que el pueblo necesita fiestas y diversiones; y que teniendo afición por las corridas de toros, es necesario dejarle que goce de ellas. Nosotros nos decidimos por el primer dictamen, tanto porque la fiesta de toros nos parece mala en sí misma, cuanto porque el pueblo se hace por este medio duro é inhumano. Es cierto que el pueblo necesita fiestas; pero pueden dársele otras que, entreteniéndole, no despierten en él los malos instintos”¹.

En ese sentido, frente a espectáculos –como el taurino y otros similares– que, encubiertos por lo “cultural”, conllevan a un sufrimiento y tratamiento cruel, innecesario e injustificado, contra los animales, el Estado no tiene el deber de promover dichos espectáculos; por el contrario, debe asumir un deber básico

que consiste en garantizar el que los animales no sean objeto de tratos crueles por parte de los seres humanos; tendiéndose a superar aquella perspectiva que ve en los animales como simples cosas o bienes muebles objeto de apropiación, al igual que en momentos anteriores lo fueron los esclavos con respecto de sus amos, o las mujeres con respecto a sus padres y esposos¹.

30. Por ello, y en la medida que la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), ha definido la tauromaquia como “el malhadado y venal arte de torturar y matar animales en público y según unas reglas. Traumatiza a los niños y los adultos sensibles. Agrava el estado de los neurópatas atraídos por estos espectáculos. Desnaturaliza la relación entre el hombre y el animal. En ello, constituye un desafío mayor a la moral, la educación, la ciencia y la cultura”.

Parece ser conforme con los valores constitucionales y con la tradición pluricultural de la sociedad peruana, el respetar las fiestas taurinas, siempre que en ellas no se someta a torturas y tratos crueles, o se sacrifique innecesariamente al toro; opción que debería merecer del Estado el reconocimiento y promoción de una fiesta cultural, por ser plenamente acorde con la Constitución.

§13. Los espectáculos taurinos y el pago de impuestos a los espectáculos públicos no deportivos

31. Llegado a este punto, este Tribunal considera pertinente pronunciarse sobre si los espectáculos taurinos deben pagar el impuesto a los espectáculos públicos no deportivos.

Al respecto, este Colegiado ha afirmado que las exoneraciones sólo se establecen por ley, según dispone el artículo 74° de la Constitución; lo cual implica que, para encontrarse acorde con el *principio de reserva de ley*, el establecimiento de los supuestos de personas o actividades exoneradas del pago debe estar establecida expresamente en la ley o norma con rango de ley.

Por ello, las exoneraciones al pago del Impuesto a los espectáculos públicos no deportivos son las que, taxativamente, ha establecido el legislador en el artículo 54° de la Ley de Tributación Municipal, no encontrándose incluido, como un supuesto exceptuado, el caso de los espectáculos taurinos. Es más, tales espectáculos, por voluntad del propio Legislador, se encuentran gravados expresamente, tal como lo establece el artículo 57° de la Ley de Tributación Municipal, el cual señala:

“El impuesto se aplicará con las siguientes tasas:

- a) **Espectáculos Taurinos: 15%**
- b) Carreras de caballos: 15%
- c) Espectáculos cinematográficos: 10%
- e) Otros espectáculos: 15%”.

De ahí que no sea jurídicamente posible, en ningún supuesto, habilitar su exoneración vía interpretación de tal disposición –menos aún cuando esa interpretación lo realiza un ente meramente administrativo como el Instituto Nacional de Cultura–; pues ello contraviene tanto lo dispuesto en el artículo 74° de la Constitución, así como la Norma VII del Título Preliminar del Código Tributario –que prohíbe la creación de tributos o concesión de exoneraciones por vía interpretativa– y del propio artículo 57° de la Ley de Tributación Municipal.

No obstante la claridad de esta prohibición, el Instituto Nacional de Cultura, en abierta contravención del principio de reserva de ley que la Constitución prevé (artículo 74°) y de la Ley de Tributación Municipal (artículo 57°), ha señalado que

“Los espectáculos taurinos calificados han sido calificados como espectáculos públicos culturales no deportivos en aplicación del Artículo 6° del citado Reglamento, el cual señala que ‘el Instituto Nacional de Cultura sólo podrá evaluar para efectos de calificación como Espectáculos Públicos no Deportivos las expresiones de teatro, canto lírico, danza, música clásica folclore y cine...’. Asimismo dicha Resolución Directoral Nacional N° 508/INC, aprobó el Informe N° 001-2003-INC/CE, Informe Final de la ‘Comisión Especial encargada de proponer criterios de evaluación y géneros de los Espectáculos Públicos Culturales a ser calificados por el INC’, en cuyo punto 4b hace la siguiente aclaración: ‘(...) La Comisión precisa que los términos ‘canto lírico’ comprende también a la ópera,

opereta y zarzuela; 'folclore' incluye a los espectáculos taurinos y 'teatro' a los circos (...)”¹.

32. En efecto, el artículo 6° del Reglamento para la Calificación de Espectáculos Públicos Culturales no Deportivos precisa que:

El Instituto Nacional de Cultura sólo podrá evaluar para efectos de calificación como Espectáculos Públicos no Deportivos las expresiones de teatro, canto lírico, danza, música clásica, folclor y cine.

Excepcionalmente se podrá evaluar otros espectáculos que por su naturaleza y contenido, puedan ser considerados como aportes al desarrollo de nuestra cultura”.

De acuerdo con estas precisiones, a criterio de este Tribunal, se debe señalar enfáticamente que el Instituto Nacional de Cultura no tiene facultad ni competencia para, vía interpretativa, calificar como “culturales” actividades que no están comprendidas expresamente en el artículo 54° de la Ley de Tributación Municipal. En el caso concreto, el Instituto Nacional de Cultura, al calificar como “culturales” actividades no previstas taxativamente en la Ley, se arroga facultades que no tiene; y, por ende, la calificación que él realiza como “culturales” de los espectáculos taurinos carecen absolutamente de efectos para la exoneración del pago de los impuestos a los espectáculos públicos no deportivos. Más aún cuando la Ley de Tributación Municipal grava, expresamente, con la tasa del 15% los espectáculos taurinos.

En consecuencia, de lo expuesto se desprende que los espectáculos taurinos no han sido considerados por el Legislador como manifestaciones “culturales” que deben ser “promovidas” por el Estado, de ahí que hayan sido incluidas dentro de las actividades que deben pagar el impuesto a los espectáculos públicos no deportivos (artículo 57° de la Ley de Tributación Municipal).

VII. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad de autos; por tanto, el artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal debe ser interpretada en el sentido que las calificaciones que realice el Instituto Nacional de Cultura tienen naturaleza declarativa –mas no constitutiva– para efectos de la exoneración al pago del impuesto a los espectáculos públicos no deportivos. Es decir, que los espectáculos previstos, expresa y taxativamente, en dicha Ley están exonerados del pago de los impuestos a los espectáculos públicos no deportivos, no por decisión y calificación del Instituto Nacional de Cultura, sino en virtud a que dicha Ley así lo prevé expresamente. De ahí que el Instituto Nacional de Cultura no pueda extender la calificación de cultural –por analogía o por vía interpretativa– a otros espectáculos que no sean los que están previstos *numerus clausus* en el artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal.

2. Establecer que los espectáculos taurinos no están exonerados del pago del impuesto a los espectáculos públicos no deportivos; por ello deben pagar, de acuerdo con el artículo 57° de Ley de Tributación Municipal, la tasa del 15%.

3. Exhortar al Congreso de la República para que dicte una Ley Orgánica de la Cultura, en la cual se establezca las bases constitucionales de la política cultural del Estado.

4. Comunicar la presente sentencia al Ministerio de Educación, Instituto Nacional de Cultura, Tribunal Fiscal y a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria.

Publíquese y Notifíquese

SS.

ALVA ORLANDINI
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

Exp. N° 0044-2004-AI/TC [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por Yohny Lescano Ancieta en representación de 34 congresistas. Se declara la inconstitucionalidad parcial de la ley que contiene el Himno Nacional].

Fecha de Resolución: 18 de mayo de 2005

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 14 de junio de 2005

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad planteada por 34 Congresistas de la República contra el artículo 4° de la Ley N° 1801, que declara oficial e intangible la letra y música del Himno Nacional, publicada el 26 de febrero de 1913; en consecuencia, declaró inconstitucional la omisión en el artículo 4° de la citada Ley, debiendo adicionarse la quinta estrofa de la versión original del Himno Nacional, cuya autoría corresponde a don José de la Torre Ugarte. De esta forma se restituye la integridad de la obra del autor protegida por el inciso 8° del artículo 2° de la Constitución, el artículo 27° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 15° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 6° del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, del que el Perú forma parte.

En esta sentencia el Tribunal precisó que la noción de Patria y la determinación de sus símbolos se encuentran consagrados en el artículo 49° de la Constitución. "La idea de Patria tiene connotaciones cívico-sociológicas. Ellas implican una suerte de amor al suelo, donde uno ha nacido, a un pasado común y sus tradiciones. En ese sentido, dicha noción no se agota en el sentimiento de afecto al lugar que nos cobija, sino que trasciende hacia los hombres que la «nutrieron» con su ejemplo y conducta. Surge como consecuencia de las experiencias de los años formativos en la niñez y la juventud, y por la adhesión elemental al medio en donde nuestros antepasados forjaron nuestro presente y las nuevas generaciones construyen el futuro (...) La noción de símbolos patrios alude a un conjunto de figuras, objetos, divisas, obras poético-musicales y blasones cívicos que coadyuvan significativamente a la identificación, integración y reconocimiento del sentido de patria. Dentro de una etnografía compleja y diversa como la peruana, los símbolos patrios se constituyen en elementos que contribuyen a unificar, distinguir y ensalzar la pertenencia a un colectivo nacional" (F. J. 36).

De este modo dispuso que en mérito a una interpretación extensiva y sistemática derivada del artículo 1° de la Ley N° 1801, debe adicionarse la quinta estrofa original del Himno Nacional que obra en el Museo Nacional de Arqueología, Antropología e Historia del Perú.

Asimismo, declaró que en las publicaciones en donde se transcriba la letra del Himno Nacional debe expresamente señalarse que la estrofa adicionada al texto de don José de la Torre Ugarte es de autoría anónima y que su inserción expresa la voluntad del pueblo representada por el Parlamento Nacional, mediante la Ley N°1801, la misma que debe ser colocada al final del mismo.

Finalmente, el Tribunal Constitucional declaró que corresponde al Congreso de la República determinar, la o las estrofas del Himno Nacional que deben ser tocadas y entonadas en los actos oficiales y públicos. En tanto ello no se produzca, mantiene su fuerza normativa la costumbre imperante.

Por otra parte, cabe mencionar que en la respectiva demanda se sostuvo que la estrofa apócrifa, además de antihistórica, era ofensiva a nuestro pueblo en general, y a la sagrada memoria de los próceres de la independencia en particular, puesto que al entonarla proclamamos

a viva voz que somos un pueblo de siervos y esclavos con antepasados sumisos que gimieron en silencio y que nunca lucharon por su independencia, la que obtuvieron gracias a la llegada de las corrientes libertadoras.

Luego de un detenido análisis histórico-social, el Tribunal Constitucional sostuvo que la letra del Himno Nacional es una composición poético-musical cuyo sentido es honrar personajes y sucesos históricos, que contribuyeron al surgimiento de la Nación. Por lo tanto, no crea, extingue o modifica situaciones jurídicas objetivas y generales que eventualmente puedan vulnerar no solo el principio constitucional de la dignidad de la persona, sino también otros derechos y libertades que la Constitución garantiza.

De este modo, el Tribunal estimó que las alegaciones de los demandantes sobre el contenido de la primera estrofa, incorporadas por el artículo 4° de la Ley impugnada, a lo sumo expresan una respetable y opinable interpretación subjetiva de parte de la letra del Himno Nacional. En consecuencia, el Tribunal Constitucional consideró que el artículo 4° de la Ley cuestionada, que incluye la primera estrofa, no vulnera el principio constitucional de la dignidad de la persona.

Temas Claves: Derecho a la dignidad - derecho a la propiedad de la creación intelectual y artística himno nacional - principio de presunción de constitucionalidad de normas.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL**

EXPEDIENTE N.º 0044-2004-AI/TC

**SENTENCIA DEL PLENO DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**Yonhy Lescano Ancieta, en representación de 34
congresistas (demandante) c. Congreso de la República
(demandado)**

Resolución del 18 de mayo de 2005

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Yonhy Lescano Ancieta, en representación de 34 congresistas, contra el artículo 4.º de la Ley N.º 1801 (Ley del Himno Nacional)

Magistrados presentes:

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

**EXP. N.º 0044-2004-AI/TC
LIMA**

**YONHY LESCANO ANCIETA
Y 34 CONGRESISTAS**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de mayo de 2005, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional,

integrado por los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por 35 Congresistas, con firmas debidamente certificadas por el Oficial Mayor del Congreso de la República, contra el artículo 4.º de la Ley N.º 1801, publicada el 26 de febrero de 1913.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso : Proceso de Inconstitucionalidad.

Demandante : Yonhy Lescano Ancieta en representación de 34 congresistas.

Normas sometidas a control : Artículo 4.º de la Ley N.º 1801, Ley que declara oficiales e intangibles la letra y música del Himno Nacional, publicada el 26 de febrero de 1913.

Normas constitucionales cuya vulneración se alega : Artículo 1.º de la Constitución.

Petitorio : Se declare la inconstitucionalidad del artículo 4.º de la Ley N.º 1801.

III. NORMA CUESTIONADA

El artículo 4.º de la siguiente ley:

LEY N.º 1801

Declarando oficiales e intangibles la letra y música del Himno Nacional

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

Por cuanto el Congreso ha dado la ley siguiente:

El Congreso de la República Peruana

Ha dado la siguiente ley :

Artículo 1. °- Declárense oficiales é intangibles la letra y música del Himno Nacional, debidas respectivamente á la pluma de don José de la Torre Ugarte y á la inspiración del maestro don José Bernardo Alcedo, y adoptado como tal en 1821 por el Supremo Gobierno.

Artículo 2. °- En las fiestas patrias y en los demás actos oficiales y públicos, no podrá tocarse ni cantarse otro himno nacional que el reconocido por esta ley.

Artículo 3. °- De los tres ejemplares archivados en el Ministerio de Gobierno, á que se contrae el decreto supremo de 24 de mayo de 1901, deposítense uno en el Museo Histórico, otro en la Biblioteca Nacional y, el tercero, en el Ministerio de Guerra y Marina.

Artículo 4. °- La letra del Himno Nacional a que la presente ley se refiere, es la siguiente:

CORO

Somos libres, seámoslo siempre,
y antes niegue sus luces el sol,
que faltemos al voto solemne
que la patria al Eterno elevó.

ESTROFAS

Largo tiempo el peruano oprimido
la ominosa cadena arrastró;
condenado á crüel servidumbre
largo tiempo en silencio gimió.

Mas apenas el grito sagrado
¡Libertad! en sus costas se oyó,
la indolencia de esclavo sacude,
la humillada cerviz levantó.

Ya el estruendo de broncas cadenas
que escuchamos tres siglos de horror,
de los libres al grito sagrado
que oyó atónito el mundo, cesó.

Por doquier San Martín inflamado,
libertad, libertad, pronunció,
y meciendo su base los Andes
la anunciaron, también, á una voz.

Con su influjo los pueblos despiertan
y cual rayo corrió la opinión;
desde el istmo á las tierras del fuego,
desde el fuego a la helada región.

Todos juran romper el enlace
que Natura á ambos mundos negó,
y quebrar ese cetro que España
reclinaba orgullosa en los dos.

Lima, cumple ese voto solemne,
y, severa, su enojo mostró,
al tirano impotente lanzando,
que intentaba alargar su opresión.

A su esfuerzo saltaron los grillos
y los surcos que en sí reparó,
le atizaron el odio y venganza
que heredara de su Inca y Señor.

Compatriotas, no más verla esclava
su humillada tres siglos gimió,
para siempre jurémosla libre
manteniendo su propio esplendor.

Nuestros brazos, hasta hoy desarmados
estén siempre cebando el cañón,
que algún día las playas de Iberia
sentirán de su estruendo el terror.

En su cima los Andes sostengan
la bandera ó pendón bicolor,
que á los siglos anuncie el esfuerzo
que ser libres, por siempre nos dió.

A su sombra vivamos tranquilos,
y al nacer por sus cumbres el sol,
renovemos el gran juramento
que rendimos al Dios de Jacob.

Artículo 5. °- El Poder Ejecutivo, al publicar el Anuario de la Legislación Peruana, insertará a continuación de esta ley, la música del himno nacional de que se ocupa el artículo 3°.

Artículo 6. °- Declárase nula y sin valor alguno la segunda parte del decreto supremo de 24 de mayo ya citado, y todos los demás decretos y leyes que se opongan á la presente.

Comuníquese al Poder Ejecutivo para que disponga lo necesario á su cumplimiento.

Dada en la sala de sesiones del Congreso, en Lima, á los treinta y un días del mes de diciembre de mil novecientos doce.- Rafael Villanueva, Presidente del Senado.- J. de D. Salazar O., Presidente de la Cámara de Diputados.- Pedro Rojas Loaysa, Secretario del Senado- Arturo Rubio, Diputado Secretario,

Al Excmo. Sr. Presidente de la República

Por tanto: mando se imprima, publique y circule, y se le dé el debido cumplimiento.

Dado en la casa de Gobierno, en Lima, á los veintiséis días del mes de febrero de mil novecientos trece. - GUILLERMO E. BILLINGHURST. - Federico Luna y Peralta.

IV. ANTECEDENTES

1. Argumentos de la demanda

Con fecha 29 de setiembre de 2004, los demandantes interponen la presente demanda solicitando que se declare la inconstitucionalidad del artículo 4.° de la Ley N.° 1801, por

considerar que incluye una estrofa apócrifa en el Himno Nacional que contiene frases que agravian la dignidad de la persona humana y de los peruanos.

Sustentan su pretensión en los argumentos siguientes:

a) Que el artículo 1.º de la Ley N.º 1801 declaró oficial e intangible la letra y música del Himno Nacional, cuya autoría corresponde a la pluma de don José de la Torre Ugarte y a la inspiración del maestro José Bernardo Alcedo, y el cual fue adoptado como tal en 1821 por el Supremo Gobierno.

En consecuencia, la letra del Himno Nacional que fue declarada oficial e intangible es la escrita por José de la Torre Ugarte.

b) Que el artículo 4.º de la Ley N.º 1801, que contiene la letra del Himno Nacional, modifica el texto original escrito por José de la Torre Ugarte puesto que, por un lado, incluye una estrofa apócrifa que no fue escrita por el mencionado autor, y por otro, suprime la quinta estrofa de la letra original del Himno Nacional, tal como puede apreciarse de la siguiente versión:

CORO

Somos libres, seámoslo siempre,
y antes niegue sus luces el sol,
que faltemos al voto solemne
que la patria al Eterno elevó.

ESTROFAS

I

Ya el estruendo de broncas cadenas
que escuchamos tres siglos de horror,
de los libres al grito sagrado
que oyó atónito el mundo, cesó.
Por doquier San Martín inflamado,
¡Libertad!, ¡libertad!, proclamó,
y meciendo su base los andes
la enunciaron, también, a una voz.

II

Con su influjo los pueblos despiertan
y cual rayo corrió la opinión;
desde el istmo a las tierras del fuego,
desde el fuego a la helada región.
Todos juran romper el enlace
que Natura a ambos mundos negó,
y quebrar ese cetro que España
reclinaba orgullosa en los dos.

III

Lima, cumple ese voto solemne,
y severa su enojo mostró
al tirano impotente lanzando
que intentaba alargar su opresión.
A su esfuerzo saltaron los grillos
y los surcos que en sí reparó,
le atizaron el odio y venganza
que heredara de su inca y señor.

IV

Compatriotas, no más verla esclava
su humillada tres siglos gimió,
para siempre jurémosla libre

manteniendo su propio esplendor.
Nuestros brazos, hasta hoy desarmados
estén siempre cebando el cañón,
que algún día las playas de Liberia
sentirán de su estruendo el terror.

V

Excitemos los celos de España
Pues presiente con mengua y furor
Que en concurso de grandes naciones
Nuestra patria entrará en parangón.
En la lista que de éstas se forme
Llenaremos primero el reglón
Que el tirano ambicioso Iberino,
Que la América toda asoló.

VI

En su cima los andes sostengan
la bandera o pendón bicolor,
que a los siglos anuncie el esfuerzo
que ser libres, por siempre nos dio.
A su sombra vivamos tranquilos,
y al nacer por sus cumbres el sol,
renovamos el gran juramento

Que rendimos al Dios de Jacob.

c) Que la estrofa apócrifa consignada en el artículo 4.º de la Ley N.º 1801 vulnera el artículo 1.º de la Constitución, referido a la dignidad de la persona como fin supremo del Estado.

Añaden que además de antihistórica, es ofensiva a nuestro pueblo en general y a la sagrada memoria de los próceres de la independencia en particular, puesto que al cantarla proclamamos a viva voz que somos un pueblo de siervos y esclavos con antepasados sumisos, que gimieron en silencio y que nunca lucharon por su independencia, la que obtuvieron gracias a la llegada de las corrientes libertadoras extranjeras.

d) Que como el artículo 2.º de la Ley N.º 1801 obliga a todos los peruanos a cantar la primera estrofa, puesto que prohíbe que en actos cívicos se interprete otro himno que no sea el reconocido por la referida ley, en puridad, se está obligando a los peruanos a repetir frases que vulneran nuestro amor propio y nuestros derechos fundamentales que reconoce la ley.

2. Contestación de la demanda

El Congreso de la República contesta la demanda, debidamente representado por su apoderado, solicitando que se declare infundada la demanda. Alega que la Ley que declara oficiales e intangibles la letra y música del Himno Nacional no contraviene la Constitución por la forma o por el fondo.

Fundamenta su posición en los argumentos siguientes:

a) Que la demanda debió ser declarada inadmisibile porque el plazo para interponerla había prescrito ampliamente, si se tiene que la impugnada es una Ley publicada en 1913.

Agrega que si bien el Tribunal Constitucional estableció que el plazo prescriptorio de 6 años se computa desde la constitución de dicho órgano, descontando los períodos en los que éste no pudo resolver las acciones de inconstitucionalidad, por lo que aún no se habrían cumplido los seis años para declarar la inadmisibilidad por prescripción del plazo para presentar demandas de inconstitucionalidad contra leyes promulgadas, incluso, antes de 1980, esta postura genera una seria incertidumbre en el ordenamiento jurídico que atenta contra el principio de seguridad jurídica reconocido por el propio Tribunal Constitucional.

b) Que es posible que la primera estrofa haya ingresado en la memoria del colectivo nacional reemplazando a una de las estrofas compuestas por José de La Torre Ugarte y que por ello pasó a formar parte de la Ley N.º 1801. A ello se debería que el legislador de 1913 haya incluido como parte del Himno Oficial la primera estrofa de autor anónimo, estableciendo una versión que, desde aquella época, suprimió la interpretación de tres versiones para que sólo exista una.

c) Que el Tribunal Constitucional emite pronunciamientos basándose en argumentos jurídicos, de modo que no tiene cabida en el control de constitucionalidad, por lo menos en el presente caso, dilucidar si el autor de la letra del Himno es de La Torre Ugarte o uno anónimo. Es la Ley quien declara que las estrofas del Himno Nacional son unas y no otras, independientemente de su autoría.

d) Que la dignidad de la persona humana a que hace referencia el artículo 1.º de la Constitución no es una forma de comportamiento, sino un atributo de la persona humana, un valor de todo ser racional, independientemente de la forma como se comporte. Añade que en el contexto del presente proceso, la dignidad es un atributo inherente a la condición de persona, anterior y superior al Estado, y que por ello es independiente de si para algunos se canta una estrofa que es humillante, poco estética, antihistórica o no peruana, pues se trata de consideraciones que no se conectan con el concepto jurídico de dignidad establecido en el artículo 1.º de la Constitución.

e) Que la Constitución no permite que alguien haga las veces de intérprete de un comportamiento digno, que siempre quedará en la esfera personal, atado a la libertad de conciencia. Argumenta que cada uno determina en su interioridad si siente orgullo o no de cantar el Himno, sin que, por ello, pueda imponérsele un modo de interpretarlo o sentirlo. De ahí que no puede ser constitucionalmente admisible que el sentir de algunos se imponga sobre el sentir de los demás.

3. De los informes de los Ministerios de Educación y de Defensa

Mediante resolución del 4 de febrero de 2005, el Pleno del Tribunal Constitucional, para efectos de mejor ilustrar su criterio, acordó solicitar la posición institucional de los Ministerios de Educación y Defensa respecto a la letra del Himno Nacional.

A través del Oficio N.º 193-2005/ME-DM, del 6 de abril de 2005, el Ministro de Educación don Javier Sota Nadal, puso en conocimiento del Tribunal el informe elaborado por la Unidad de Desarrollo Educativo y Recursos Educativos de Educación Secundaria de la Dirección Nacional de Educación Secundaria y Superior Tecnológica del Ministerio de Educación que concluye que, dado el momento histórico y político actual, se recomienda evaluar la pertinencia de efectuar cambios que sean significativos y duraderos en la letra del Himno Nacional; salvo mejor parecer.

Mediante el Oficio N.º 187-SGMD-M, del 9 de mayo de 2005, el Ministerio de Defensa remite su opinión, así como la de las instituciones castrenses dependientes de su sector, siendo ellas:

a) La Jefatura del Estado Mayor del Ejército considera que, a casi doscientos años de nuestra independencia y de estar interpretando nuestro Himno Nacional, sería negativo intentar cambiar la letra que la tradición popular ha sancionado como válida. Además, agrega que, como se puede comprobar históricamente, el pueblo se ha resistido a cualquier cambio que ha querido hacerse a la letra del Himno.

b) La Comandancia General de la Marina de Guerra del Perú considera que la letra del Himno Nacional debe ser restituida de acuerdo a su texto original, tal como lo dispone el artículo 1.º de la Ley N.º 1801.

c) La Comandancia General de la Fuerza Aérea del Perú estima que existe un sentimiento generalizado de rechazo a la primera estrofa introducida por la Ley N.º 1801 y, dado que no corresponde a la redactada íntegramente por José De La Torre Ugarte, la estrofa anónima no debe ser considerada.

d) La Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa considera que el texto actual de la primera estrofa no corresponde al original escrito por don José De La Torre Ugarte, por lo que la referida estrofa debe ser eliminada, y restituirse la letra del Himno Nacional de acuerdo a su texto original y a la Constitución Política del Perú.

4. Informe del experto nacional en materia de derechos intelectuales

Mediante resolución del 4 de febrero de 2005, el Pleno del Tribunal Constitucional, para efectos de mejor ilustrar su criterio, acordó solicitar la opinión del Dr. Baldo Kresalja Roselló, en su condición de experto en derechos intelectuales, sobre las connotaciones jurídicas en materia de derechos intelectuales que se derivan del caso.

Por carta del 26 de abril de 2005, se recibió la opinión del mencionado experto en el sentido de que el no respeto a la integridad de una obra, que es lo que ha ocurrido con el artículo 4.º de la Ley N.º 1801 en perjuicio de don José de la Torre Ugarte, significa un ataque al derecho a la cultura, pues toda versión modificada o alterada de una obra sin autorización de sus autores, desvirtúa, sin remedio, el valor cultural encarnado en la creación protegida, más aún si se trata del Himno Nacional.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

En el caso debe determinarse:

- a) La competencia del Tribunal Constitucional para conocer de la inconstitucionalidad de una ley del año 1913.
- b) La compatibilidad del artículo 4.º de la Ley N.º 1801 con el derecho constitucional a la propiedad de la creación intelectual y artística reconocido en el inciso 8.º del artículo 2.º de la Constitución.
- c) Si la primera estrofa del Himno Nacional vulnera el artículo 1.º de la Constitución, referido a la dignidad de la persona como fin supremo del Estado.
- d) Los límites del Congreso de la República al momento de establecer o modificar el Himno Nacional.

VI. FUNDAMENTOS

a) La competencia del Tribunal Constitucional para conocer de la inconstitucionalidad de una ley del año 1913

1. El Congreso de la República considera que la demanda debió ser declarada inadmisibile porque el plazo para interponer la demanda de inconstitucionalidad había prescrito ampliamente al tratarse de una Ley publicada en 1913. Añade que admitir la demanda genera una seria incertidumbre en el ordenamiento jurídico que atenta contra el principio de seguridad jurídica reconocido por el propio Tribunal Constitucional.

2. Al respecto, este Tribunal Constitucional ha establecido en las resoluciones de admisibilidad de los Exps. N.º 0017-2003-AI/TC, caso Defensoría del Pueblo contra diversos artículos de la Ley N.º 24150, modificada por el Decreto Legislativo N.º 749 y N.º 0023-2003-AI/TC, caso Defensoría del Pueblo contra los artículos II y III del Título Preliminar del Decreto N.º 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar, que, tratándose de leyes o normas con rango de ley anteriores a la constitución de este Tribunal, el plazo para interponer la acción de inconstitucionalidad no puede comenzar a contarse sino a partir del día en que éste quedó constituido; vale decir, a partir del 24 de junio de 1996. En tal sentido, conforme a la legislación correspondiente, la acción de inconstitucionalidad se puede interponer sólo dentro de los 6 años computados a partir de la publicación de la norma impugnada. Respecto de normas anteriores a la existencia del Tribunal, el plazo de los 6 años no podría correr sino a partir de la constitución del mismo. La Ley N.º 26618, publicada el 8 de junio de 1996, redujo el plazo a 6 meses; pero la Ley N.º 27780, publicada el 12 julio de 2002, restauró el plazo inicial de los 6 años.

3. En consecuencia, a partir del 12 de julio de 2002, respecto de leyes, tratados internacionales y las demás normas comprendidas en el inciso 4.º del artículo 200 de la Constitución, el plazo es de 6 años, y se cuenta sólo a partir de la constitución de este Tribunal. Asimismo

este Colegiado precisó que entre el 30 de mayo de 1997 y el 18 de noviembre del año 2000 el plazo no corrió, toda vez que en dicho periodo no había órgano jurisdiccional ante el cual pudiese plantearse demandas de inconstitucionalidad, habida cuenta de la inicua e inconstitucional "destitución" sufrida por tres de sus magistrados, quienes, separados, precisamente, el 30 de mayo de 1997, sólo fueron desagaviados y reincorporados en sus funciones el 18 de noviembre de 2000, haciendo así posible el funcionamiento constitucional de este Tribunal, y, con ello, la reanudación del plazo de los 6 años.

4. Consiguientemente, la demanda interpuesta con fecha 29 de setiembre de 2004, contra el artículo 4.º de la Ley N.º 1801, publicada antes de la constitución de este Tribunal, no ha rebasado el plazo legal de los 6 años. En efecto, hasta la fecha de presentación de la demanda de autos, 29 de setiembre de 2004, no habian corrido, a partir del día en que se instaló el Tribunal (24 de junio de 1996), descontando el lapso que media entre el 30 de mayo de 1997 y el 18 de noviembre de 2000, sino 4 años, 9 meses y 6 días.

5. De acuerdo a las consideraciones expuestas el plazo para la interposición de demandas de inconstitucionalidad contra leyes promulgadas con anterioridad a la constitución del Tribunal Constitucional vence el 08 de diciembre de 2005. Al vencimiento de tal plazo, conforme a ley, no se podrán interponer demandas de inconstitucionalidad contra normas con rango de ley expedidas con anterioridad a la constitución del Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, el Tribunal no comparte la afirmación del apoderado del Congreso de la República en el sentido de que la decisión del Tribunal Constitucional, referida al plazo para interponer dichas demandas, atenta contra la seguridad jurídica, porque precisamente existe un plazo claramente determinado para interponer este tipo de demandas que, en aras de la seguridad jurídica, debe respetarse.

b) La compatibilidad del artículo 4.º de la Ley N.º 1801 con el derecho constitucional a la propiedad de la creación intelectual y artística reconocido en el inciso 8.º del artículo 2.º de la Constitución

6. Los demandantes sostienen que el artículo 4.º de la Ley N.º 1801, que reconoce la letra del Himno Nacional, modifica el texto original escrito por don José de la Torre Ugarte, puesto que incluye una estrofa apócrifa y suprime la quinta estrofa.

7. El apoderado del Congreso de la República sostiene que la primera estrofa ingresó en la memoria del colectivo nacional reemplazando a una de las compuestas por don José de la Torre Ugarte, y pasó posteriormente a formar parte de la Ley N.º 1801.

Expone que el legislador de 1913 convirtió a la primera estrofa de autor anónimo en parte del Himno Oficial y logró que en aquella época se dejase de entonar tres versiones para que sólo exista una. Añade que es la Ley la

que declara que las estrofas del Himno Nacional son ésas y no otras, independientemente de su autoría.

8. El Tribunal Constitucional efectuará su juicio de constitucionalidad, en este apartado, evaluando si el artículo 4.º de la Ley N.º 1801 es compatible con el inciso 8.º del artículo 2.º de la Constitución, pero sólo en el extremo referido a si la mencionada norma habría modificado el texto original escrito por don José de la Torre Ugarte, tanto al no incluir una estrofa original, como al haber incluido la primera estrofa de autor anónimo.

b.1 El artículo 4.º de la Ley N.º 1801 y la omisión de una estrofa original en el Himno Nacional.

9. El artículo 1.º de la Ley N.º 1801 establece como oficiales e intangibles la letra y música del Himno Nacional, debidas respectivamente a la pluma de don José de la Torre Ugarte y a la música de don José Bernardo Alcedo.

Al respecto, este Colegiado ha establecido que "La inconstitucionalidad de una ley (...) se genera por la incompatibilidad entre las fuentes legales sometidas a control, y la Constitución, y no porque una de ellas colisione, viole o transgreda a otra de su misma jerarquía (...). Desde esta perspectiva (...) en una acción de inconstitucionalidad es absolutamente intrascendente que una ley determinada colisione contra otra ley u otra norma de su mismo rango, pues de allí no se deriva la invalidez constitucional de la ley colisionante" [caso Municipalidad Metropolitana de Lima contra la Ley N.º 27580, Exp. N.º 0007-2002-AI/TC, fundamento 3 y, *mutatis mutandis*, caso Colegio de Abogados del Cusco contra la Undécima Disposición Complementaria de la Ley N.º 28044, Exp. N.º 0005-2004-AI/TC, fundamento 2].

En el presente caso, nuestro análisis no se efectuará sobre la contradicción del artículo 4.º con el artículo 1.º de la Ley N.º 1801, sino entre el artículo 4.º de dicha ley y el artículo 2.º, inciso 8.º de la Constitución.

10. El inciso 8.º del artículo 2.º de la Constitución dispone que toda persona tiene derecho a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y su producto.

Al respecto, este Tribunal Constitucional ha declarado que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución tienen una doble dimensión; por un lado, una objetiva, dado que constituyen el orden material de valores en los cuales se sustenta el ordenamiento constitucional; y, por otro, una subjetiva, puesto que valen como derechos subjetivos de las personas [caso Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A., Exp. N.º 0976-2001-AA/TC]. Por consiguiente, el juicio que efectuará este Tribunal Constitucional será sobre la dimensión objetiva del derecho a la protección de la propiedad intelectual y artística de una obra literaria protegida por la Constitución, independientemente de su dimensión subjetiva, y que, conforme al artículo 38.º de la Constitución, todos los peruanos tienen el deber de respetar, cumplir y defender.

11. Según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, las normas relativas a los derechos y a las

libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. En consecuencia, dichos tratados y acuerdos servirán como parámetro constitucional para evaluar si la norma impugnada vulnera el derecho a la protección de la propiedad intelectual y artística de una obra literaria en su dimensión objetiva.

12. La Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone, en su artículo 27.º, que toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. Por su parte, el artículo 15.º del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece que se reconoce el derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le corresponden por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. Así también, el artículo 14.1.c. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone que toda persona tiene el derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le corresponden por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. Por tanto, hasta aquí, es evidente que el derecho de autor reconocido por nuestra Constitución comprende la protección de los derechos materiales y morales derivados de la producción científica, artística o literaria.

13. En esa misma línea, el artículo 6º bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, del que el Perú forma parte, relativo a los derechos morales, establece que, independientemente de los derechos patrimoniales del autor, este último conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma, y que estos derechos serán mantenidos después de su muerte. En el marco de la Comunidad Andina de Naciones, la Decisión 351, sobre el régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos, expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, dispone en su artículo 11 que el autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

14. En ese sentido, de la interpretación sistemática de las normas internacionales citadas y del inciso 8.º del artículo 2.º de la Constitución, se concluye que el derecho de autor comprende la creación intelectual, artística, técnica o científica, y la protección de su propiedad y de los derechos morales de paternidad e integridad que le son inherentes; asimismo, que estos últimos son imprescriptibles.

15. En efecto, esta conclusión se debe a la interpretación del derecho de autor conforme a la Cuarta Disposición

Final y Transitoria de la Constitución, la cual es compartida por los entendidos de nuestro medio en materia de derechos intelectuales. Así, en el informe solicitado por este Tribunal al experto en derechos intelectuales don Baldo Kresalja Roselló, éste refiere, en relación a los derechos morales de paternidad, que "En razón de su carácter perpetuo, el derecho de paternidad debe ser respetado aun después de la muerte del creador. Este derecho comprende el derecho de reivindicar la condición de autor y hacer figurar el nombre o seudónimo tal como lo ha decidido el creador, y el derecho a defender su autoría cuando ella es impugnada". Por su parte, el experto Rubén Ugarteche considera que por el derecho moral de paternidad "(...) el autor tiene el derecho de ser reconocido como tal, determinando que la obra lleve las indicaciones correspondientes y de resolver si la divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o en forma anónima".

16. En lo que se refiere a la integridad de la obra, Kresalja sostiene que: "(...) consiste en la facultad de oponerse a cualquier deformación, mutilación o modificación de la misma, o también a cualquier atentado que cause perjuicio al honor o a la reputación del autor. Como es fácil apreciar entre reivindicar la paternidad de la obra y exigir su respeto existe un nexo íntimo e indestructible".

Del mismo modo, Rubén Ugarteche afirma que por el derecho moral de integridad, el autor tiene, incluso frente al adquirente del objeto material que contiene la obra, la facultad de oponerse a toda deformación, modificación, mutilación o alteración de la misma".

17. En esa línea argumental, este Tribunal comparte la opinión de Baldo Kresalja en el sentido que el derecho de autor "(...) por esencia es imprescriptible, es decir, que el paso del tiempo no afecta las relaciones jurídicas ni los vínculos generados entre el autor y su obra. En efecto, el derecho al reconocimiento de la autoría expresa el vínculo que une al creador con la obra creada, revela el respeto a la paternidad como algo consustancial al autor. El mismo experto añade que puede "(...) afirmarse que el Derecho de Autor es uno de los pocos derechos (...) que en cierta manera, se fortalece y adquiere una dimensión nueva, luego de fallecido su titular".

En ese sentido, Ugarteche acota que los derechos morales, al menos en sus acepciones de respeto a la paternidad e integridad, son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles.

18. En el presente caso, ambas partes concuerdan en que el artículo 4.º de la Ley N.º 1801, que establece la letra del Himno Nacional, no consigna la quinta estrofa de la letra original compuesta por don José de la Torre Ugarte. Este hecho ha sido corroborado por los informes de los Ministerios de Defensa, de Educación y del experto nacional solicitados por este Tribunal Constitucional, así como por diversas obras de autores nacionales que este Colegiado ha tenido oportunidad de estudiar con detenimiento. Consecuentemente, existe consenso académico en que la quinta estrofa de la letra original

del Himno Nacional, compuesta por don José de La Torre Ugarte, no fue incorporada por el legislador de 1913.

El Tribunal Constitucional considera que este hecho constituye una omisión del legislador que vulnera el derecho de autor, en su acepción de derecho moral de integridad de la obra de carácter perpetuo y en su dimensión objetiva.

19. Para la resolución de varios casos de inconstitucionalidad este Tribunal Constitucional ha hecho uso de las denominadas sentencias manipulativas-interpretativas (normativas) creadas por la jurisprudencia de sus pares, a saber, Tribunales Constitucionales de Alemania, Italia y España.

En este caso, y respecto de la omisión legislativa que vulnera el inciso 8, del artículo 2º de la Constitución, este pronunciamiento se concretará a través de una sentencia estimativa aditiva.

En efecto, como este Colegiado ha afirmado "(...) mediante las sentencias denominadas aditivas, se declara la inconstitucionalidad de una disposición o una parte de ella, en cuanto se deja de mencionar algo ["en la parte en la que no prevé que (...)."] que era necesario que se previera para que ella resulte conforme a la Constitución. En tal caso, no se declara la inconstitucionalidad de todo el precepto legal, sino sólo de la omisión, de manera que, tras la declaración de inconstitucionalidad, será obligatorio comprender dentro de la disposición aquello omitido." [Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos, Exp. N.º 0010-2002-AI/TC, Fundamento 30]

20. Más recientemente se ha declarado que las sentencias aditivas son aquellas "(...) en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa. En ese contexto procede "añadir" algo al texto incompleto, para transformarlo en plenamente constitucional. En puridad, se expiden para completar leyes cuya redacción (...) presentan un contenido normativo "menor" respecto al exigible constitucionalmente. En consecuencia, se trata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad no del texto de la norma o disposición general cuestionada, sino más bien de lo que los textos o normas no consignaron o debieron consignar (...). La finalidad en este tipo de sentencias consiste en controlar e integrar las omisiones legislativas inconstitucionales; es decir, a través del acto de adición, evitar que una ley cree situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales (...). El contenido de lo "adicionado" surge de la interpretación extensiva, de la interpretación sistemática o de la interpretación analógica" (caso Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo, Exp. N.º 0004-2004-CC/TC, Fundamento 3.3.2.).

21. En consecuencia, en mérito a una interpretación extensiva y sistemática que se deriva del artículo 1.º de la Ley N.º 1801, que dispone que la letra del Himno Nacional es la debida a la pluma de don José de la Torre Ugarte, este Colegiado adiciona la quinta estrofa original del Himno Nacional, que obra en el Museo Nacional de Arqueología, Antropología e Historia del Perú, y que

los documentos históricos y bibliográficos reconocen como tal, al texto que el artículo 4.º de la Ley N.º 1801 identifica como Himno Nacional, restituyéndose de este modo la integridad de la obra del mencionado autor que está protegida por el inciso 8.º del artículo 2.º de la Constitución en su dimensión objetiva.

b.2 El artículo 4.º de la Ley N.º 1801 y la incorporación de la primera estrofa del Himno Nacional

22. De manera similar al cuestionamiento ya resuelto, en este punto el análisis se centrará en el referido artículo 4.º de la Ley N.º 1801, pero ahora por la inclusión en el Himno Nacional de una estrofa que no habría sido escrita por don José de la Torre Ugarte.

23. Ambas partes reconocen que la primera estrofa es de autor anónimo y existe consenso nacional, en que, independientemente de su contenido, corresponde a la primera canción patriótica cantada por el pueblo de Lima a la entrada de San Martín y que incluso ya se cantaba antes de la promulgación de la Ley N.º 1801. Consiguientemente, si bien el Tribunal Constitucional tiene una autoridad preponderante en la interpretación constitucional y sus decisiones son vinculantes para los Poderes del Estado, los órganos constitucionales, las entidades públicas y privadas y para los ciudadanos en general, en el caso cabe también que efectúe una interpretación previsoras de la Constitución, debido a la especial configuración del tema.

24. En tal sentido, si bien se ha restituido la integridad de la versión original del Himno Nacional ante la omisión del legislador, la adición de una estrofa cuya autoría no corresponde a don José de la Torre Ugarte constituye también una alteración de su obra en cuanto a su integridad –conforme las opiniones de los expertos Kresalja y Ugarteche, citadas en el fundamento N.º 16, *supra*, y que este Colegiado comparte– y, por tanto, vulnera también el derecho moral de integridad de la obra inherente al derecho de autor protegido por el inciso 8.º del artículo 2.º de la Constitución.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta, como ha precisado Néstor Pedro Sagües, que: “(...) el fallo judicial no puede emitirse en abstracto, sino debe medir los resultados o debe verificar las consecuencias de su decisorio, es decir, que la interpretación constitucional no termina en la mera interpretación, sino que pasa a una segunda etapa, donde el Magistrado constitucional debe preguntarse respecto del producto interpretativo al que ha arribado, qué resultados producen en la sociedad, tanto económicos, políticos (...) que puede acarrear el decisorio. La doctrina de la interpretación previsoras de la Constitución aconseja que el producto interpretativo, aunque sea formalmente correcto, no obstante debe ser desechado por el intérprete operador, si ese producto interpretativo formalmente pulcro, acarrea consecuencias negativas para el imputado o la sociedad y por lo tanto en tal hipótesis se acarrea consecuencias disvaliosas. Debe recomenzarse la tarea interpretativa hasta hallar un producto interpretativo aceptable, sensato, razonable, útil, provechoso”.

25. Así, de acuerdo al principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, y haciendo una interpretación previsoras de la Constitución, este Colegiado considera que cualquier declaración de inconstitucionalidad relativa al artículo 4.º de la Ley N.º 1801, en el extremo que incorpora la primera estrofa, generaría lo siguiente:

- a) Incertidumbre entre los peruanos.
- b) Afectaría indirectamente la música del Himno Nacional, puesto que las partituras musicales han sido compuestas considerando la primera estrofa.
- c) Afectaría el derecho a la cultura, reconocido en el inciso 8.º del artículo 2.º de la Constitución y;
- d) Se vulneraría el patrimonio cultural de la Nación protegido por el artículo 21.º de la Constitución, toda vez que esta estrofa se canta incluso desde antes de la promulgación de la Ley impugnada.

26. Por ello, a la luz del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, deben agotarse las posibilidades interpretativas antes de declarar la inconstitucionalidad de una ley.

Al respecto, se ha manifestado que “En el análisis de la constitucionalidad de las leyes, (...) este Tribunal se encuentra obligado a buscar, entre las diversas opciones interpretativas, una que armonice razonablemente con la Constitución; y sólo en el caso de no hallarla, se verá obligado a declararla inconstitucional”. (Caso Colegio de Abogados de Lima contra el artículo 4.2. de la Ley N.º 27056, Exp. N.º 0005-99-I/TC).

27. En consecuencia, este Colegiado declara que el Congreso de la República sí tenía competencia para incluir una primera estrofa de autor anónimo en la versión oficial del Himno Nacional que estableció, siempre que se interprete jurídicamente y se haga de público conocimiento que la letra del Himno Nacional del Perú establecido por el artículo 4.º de la Ley N.º 1801 comprende la versión original completa debida a la pluma de José de la Torre Ugarte, y que este Tribunal ha restituido, y una primera estrofa de autor anónimo establecida e incorporada por voluntad del pueblo peruano representado por el Congreso de la República.

c) La primera estrofa del Himno Nacional y la presunta vulneración del artículo 1.º de la Constitución referido a la dignidad de la persona como fin supremo del Estado.

28. Los demandantes alegan que el artículo 4.º de la Ley N.º 1801 afecta la dignidad de los peruanos, refiriendo que dicha estrofa ofende a nuestro pueblo y a la memoria de los próceres de la independencia, ya que al cantarla proclamamos que somos un pueblo de siervos y esclavos, con antepasados sumisos, que gimieron en silencio y que nunca lucharon por conseguir su independencia, la que se obtuvo gracias a la llegada de las corrientes libertadoras extranjeras.

29. Por su parte, el apoderado del Congreso de la República afirma que la dignidad de la persona humana regulada

en la Constitución no es una forma de comportamiento, sino un atributo de la persona humana, un valor de todo ser racional, por lo que ningún comportamiento indigno priva a las personas de los derechos humanos que le son inherentes.

30. El artículo 1.º de la Constitución dispone que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado. En torno a ello, este Tribunal ha establecido que "La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el sólo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En efecto, este es el imperativo que transita en el primer artículo de nuestra Constitución (...)". (Caso Marcelino Tineo Silva Exp. N.º 0010-2002-AI/TC, fundamento 160).

31. Asimismo, el artículo 3.º de la Norma Suprema establece que la enumeración de los derechos establecidos en el Capítulo I de la Constitución no excluye los demás que ella garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre. Esta norma guarda relación con el artículo 1.º de la Constitución, puesto que no sólo la dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, sino que incluso ella es el fundamento de otros derechos análogos que, por su mandato, también tendrán rango constitucional.

32. Desde esta perspectiva, la dignidad de la persona humana se configura como un principio-derecho constitutivo de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce. Al respecto, se ha declarado que "El principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada". (Caso Azanca Alhelí Meza García Exp. N.º 2945-2003-AA/TC). Del mismo modo, es un principio informador para la configuración de nuevos derechos de rango constitucional y es el presupuesto de nuestro Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho.

33. En el presente caso, en criterio que este Tribunal Constitucional comparte, la Corte Constitucional Colombiana ha establecido en la Sentencia C-469/97, que "Una cosa es la ley que adopta oficialmente un símbolo patrio, en este caso el texto del Himno Nacional, y otra el contenido de dicho símbolo". En efecto, como bien establece la aludida sentencia "El Himno Nacional es una composición poético musical cuyo sentido es honrar personajes y sucesos históricos, que contribuyeron al surgimiento de la nación (...). Su inspiración lírica, propia de la época de su composición, no adopta un contenido normativo de carácter abstracto que obligue a su realización por el conglomerado social. Materialmente,

no crea extingue o modifica situaciones jurídicas objetivas y generales; su alcance no es propiamente jurídico y, por tanto no va más allá del significado filosófico, histórico y patriótico expresado en sus estrofas. El himno cumple así una función expresiva que interpreta la gesta de la independencia, sin comprometer ni condicionar la conducta social al contenido de su texto y, en manera alguna, pueden desprenderse de su contenido, efectos contrarios a su origen, o interpretaciones diversas que se aparten del sentido histórico de su canto".

En efecto, para el Tribunal Constitucional la diferencia que existe entre la letra de nuestro Himno Nacional, en este caso el artículo 1.º de la Ley N.º 1801, y el artículo 4 de dicho texto legal, disposición normativa que la reconoce como oficial, ha sido el punto de partida para su evaluación en los fundamentos anteriores.

34. Por lo tanto, la letra del Himno Nacional no crea, extingue o modifica situaciones jurídicas objetivas y generales que eventualmente puedan vulnerar no solo el principio constitucional de la dignidad de la persona, sino también otros derechos y libertades que la Constitución garantiza.

En ese sentido, este Colegiado estima que las alegaciones de los demandantes sobre el contenido de la primera estrofa, incorporadas por el artículo 4.º de la ley impugnada, a lo sumo expresan solo una respetable y opinable interpretación subjetiva de parte de la letra del Himno Nacional.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 4.º de la ley N.º 1801, que incluye la primera estrofa, no vulnera el principio constitucional de la dignidad de la persona reconocida en los artículos 1.º y 3.º de la Constitución.

d) Los límites del Congreso de la República al momento de establecer o modificar el Himno Nacional

35. De lo actuado en el presente proceso se evidencia que históricamente existe un constante y creciente interés de parte de historiadores y expertos sobre la conveniencia, o no, de tocar y cantar en los actos oficiales y públicos la estrofa de autor anónimo inserta en el Himno Nacional.

La constitución y los símbolos patrios

36. La noción de patria y el señalamiento de sus símbolos se encuentran consignados en el artículo 49.º de la Constitución.

La idea de patria tiene connotaciones cívico-sociológicas. Ellas implican una suerte de amor al suelo, donde uno ha nacido, a un pasado común y sus tradiciones. En ese sentido, dicha noción no se agota en el sentimiento de afecto al lugar que nos cobija, sino que trasciende hacia los hombres que la "nutrieron" con su ejemplo y conducta. Surge como consecuencia de las experiencias de los años formativos en la niñez y la juventud, y por la adhesión elemental al medio en donde nuestros antepasados forjaron nuestro presente y las nuevas generaciones construyen el futuro.

Según Jorge Sarmiento García, entraña una "cierta proyección subjetiva de la nación, siendo uno y otro (...) el anverso y reverso de la misma".

La patria se traduce en el culto a los mártires y héroes defensores del suelo y su destino, así como en la exaltación y veneración cívica de las tradiciones forjadas en la interacción social.

En suma, expresa la comunión de afectos de los miembros de una nación que se reconoce y valora a sí misma con afecto, amor y ardor cívico.

La noción de símbolos patrios alude a un conjunto de figuras, objetos, divisas, obras poético-musicales y blasones cívicos que coadyuvan significativamente a la identificación, integración y reconocimiento del sentido de patria.

Dentro de una etnografía compleja y diversa como la peruana, los símbolos patrios se constituyen en elementos que contribuyen a unificar, distinguir y ensalzar la pertenencia a un colectivo nacional.

Expresan una representación material y tangible de una pluralidad de valores y vivencias comunes de una Nación constituida como Estado. Por ende, son objeto de respeto, enaltecimiento y veneración por parte de la comunidad que identificatoriamente simbolizan.

De allí que nuestro Código Penal señale, en su artículo 98°, que constituye delito de ultraje a la nación y sus símbolos representativos, el vilipendiar o menospreciar públicamente de obra, palabra o por escrito, los signos representativos de la patria.

Es innegable el papel formativo que desempeña la determinación, defensa y respeto a los símbolos patrios, ya que estos concretan la idea de patria como una experiencia cotidiana y consolidan el sentimiento de identidad común mediante relaciones cognitivas y afectivas.

37. Sobre el tema, la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia C-469/97 ha señalado que "Los símbolos patrios –la bandera, el escudo y el himno– son la representación material de toda una serie de valores comunes a una Nación constituida como Estado".

Este Tribunal Constitucional comparte la tesis de que "Independientemente de su origen, los símbolos patrios tienen una función de representación de sentimientos de identidad nacional. Su permanencia, estabilidad e intangibilidad es lo que permite que generaciones sucesivas se identifiquen con los símbolos y los conviertan en un factor de cohesión social y de orgullo. Muchos actos de heroísmo, en el mundo entero, se han producido con motivo de la defensa de algún símbolo patrio, particularmente de la bandera". Asimismo, considera que los valores comunes y la representación de sentimientos de identidad nacional deben ser preservados por el Estado a fin de cumplir el mandato constitucional de promover la integración nacional, conforme al artículo 17.º de la Constitución.

38. A tenor del artículo 49.º de la Constitución, si bien el Congreso de la República es el órgano competente para establecer el Himno Nacional, del mismo modo la Constitución impone una serie de mandatos que deberán ser plasmados por el legislador cuando mediante ley establezca o reforme dicho símbolo patrio.

En efecto, la Constitución dispone, en su artículo 2º, que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Por su parte, el artículo 17.º establece que el Estado fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona; asimismo, preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país y promueve la integración nacional.

Del mismo modo, el artículo 21.º dispone que los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación.

A su turno, el artículo 38.º establece que todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales.

Finalmente, el artículo 89.º dispone, en su última parte, que el Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

39. Este Tribunal estima que las normas constitucionales reseñadas imponen al legislador el deber de promover la integración nacional, honrar al Perú, proteger los intereses nacionales, reconocer y proteger nuestra pluralidad étnica y cultural como Nación y proteger el legado histórico de todas las culturas de las que somos herederos, cuando en el legítimo ejercicio de sus competencias, y en representación del pueblo peruano, considere establecer o modificar el Himno Nacional.

40. Este Tribunal considera que la determinación de la o las partes del Himno que deberán ser tocadas y entonadas en todos los actos oficiales y públicos, debe ser decidida por el pueblo, o sus representantes, esto es al Congreso de la República, conforme al principio representativo reconocido en el artículo 43.º la Constitución, y con vista a los lineamientos establecidos en el fundamento N.º 39, *supra*.

VI. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda de inconstitucionalidad de autos; en consecuencia, inconstitucional la omisión en el artículo 4.º de la Ley N.º 1801, debiéndose adicionar la quinta estrofa de la versión original del Himno Nacional debida a la autoría de don

José de la Torre Ugarte, conforme al fundamento N.º 21 de la presente Sentencia.

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad de autos en el extremo que solicita se declare inconstitucional el artículo 4.º de la Ley N.º 1801, por incorporar la estrofa de autor anónimo en el Himno Nacional, conforme al fundamento N.º 27, *supra*.

3. Declarar que en las publicaciones en donde se transcriba la letra del Himno Nacional debe expresamente señalarse que la estrofa adicionada al texto de don José de la Torre Ugarte es de autoría anónima y que su inserción expresa la voluntad del pueblo representada en el Parlamento Nacional, mediante la Ley N.º 1801 la misma que debe ser colocada al final del mismo

4. Declarar que corresponde al Congreso de la República determinar la o las estrofas del Himno Nacional del Perú que deben ser tocadas y entonadas en los actos oficiales y públicos. En tanto ello no se produzca mantiene su fuerza normativa la costumbre imperante.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

Exp. N° 0048-2004-PI/TC [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por José Miguel Morales Dasso y más de cinco mil ciudadanos. Se reafirma la constitucionalidad de los artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 5° de la Ley N° 28258, Ley de Regalía Minera].

Fecha de Resolución: 01 de abril de 2005

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 01 de abril de 2005

Resumen: El Tribunal Constitucional desestimó la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil ciudadanos contra los artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 5° de la Ley N.º 28258, Ley de Regalía Minera, y sus modificaciones, estimando que las disposiciones cuestionadas no resultan incompatibles con la Norma Fundamental.

Así, pues, declaró que no se vulnera el principio de igualdad invocado en la demanda, toda vez que la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho. Asimismo, destacó que el principio de igualdad no impide que el legislador diferencie, pues lo que se prohíbe es que se diferencie de una manera no objetiva, no razonable y no proporcionada; más aún si con tal diferenciación se persigue un fin constitucionalmente legítimo, urgente, necesario y posible, como es el de promover el desarrollo integral del país, en general, y de los sectores menos favorecidos, en particular (F.J.75). En ese sentido, el Tribunal consideró que en el caso concreto no son equiparables, en modo alguno, la actividad económica realizada por el sector minero con la efectuada por otros sectores productivos, ni tampoco con las de pequeñas empresas de explotación minera, tal como argumentó la parte demandante.

Por otro lado, estableció que no se vulnera el derecho de propiedad que nuestra Constitución garantiza, puntualizando que este derecho debe ser ejercido en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la Ley; así, "(...) debe entenderse que la regalía minera se exige por el uso o aprovechamiento de un bien que, siendo propiedad de la Nación, es concedido al titular de la actividad minera para que pueda obtener el dominio sobre los productos de este bien; por ello, mal podría alegarse una afectación a la propiedad cuando se exige el pago por algo que no es de propiedad innata de los particulares, sino que es más bien concedido, y cuando justamente dicho pago se sustenta en tal concesión" (F.J. 87).

Asimismo, la sentencia precisó que tampoco se afecta el derecho a la libertad contractual, toda vez que la concesión minera no es un contrato, sino un acto administrativo que determina una relación jurídica pública a través de la cual el Estado, otorga por un tiempo la explotación de los recursos naturales, condicionada al respeto de los términos de la concesión y conservando la capacidad de intervención si la justifica el interés público.

Respecto a la vigencia de la ley impugnada, el Tribunal sostuvo que la citada norma declarada constitucional es de cumplimiento obligatorio a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial "El Peruano", conforme se establece en los artículos 103° y 109° de la Constitución, entendiéndose que su espectro normativo incluye a todos aquellos que tenían concesiones vigentes, de modo que les será exigible su pago.

Finalmente, el Tribunal, tras declarar infundado el proceso de inconstitucionalidad, exhortó al Congreso de la República para que establezca los mecanismos legales pertinentes con el propósito de garantizar que la recaudación de la regalía minera cumpla con los objetivos señalados en la Ley y, también, para que diseñe y establezca mecanismos de control, información y transparencia con el fin de que la sociedad civil pueda efectuar el seguimiento del manejo y buen destino de los recursos.

Temas Claves: Concesión minera - Constitución ecológica - contenido esencial del derecho al medio ambiente equilibrado - derecho a la igualdad - derecho a la propiedad - derecho al medio ambiente equilibrado - doble dimensión del derecho a la propiedad - Estado social y democrático de Derecho - principios constitucionales ambientales - principio de desarrollo sostenible o sustentable - principio de reserva de ley - recursos naturales - regalía minera - responsabilidad social de las empresas.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
0048-2004-PI/TC**

**SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL**

José Miguel Morales Dasso, en representación de cinco mil ciudadanos (demandante) contra el Congreso de la República (demandado)

Resolución del 1 de abril de 2005

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por José Miguel Morales Dasso, en representación de más de cinco mil ciudadanos, contra los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley N.º 28258 —Ley de Regalía Minera—, sus modificatorias y las demás normas que por conexión sean materia de la causa.

Magistrados presentes:

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

**EXP.N.º 0048-2004-PI/TC
LIMA**

**JOSE MIGUEL MORALES DASSO
Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al 1 de abril de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirioyén, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por más de 5000 ciudadanos, con firmas debidamente certificadas por el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), contra los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley N.º 28258 —Ley de Regalía Minera—, de fecha 23 de junio de 2004, sus modificatorias y las demás normas que por conexión sean

materia de la causa, por considerar que contiene vicios de inconstitucionalidad por la forma y el fondo.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso : Proceso de Inconstitucionalidad.

Demandante : José Miguel Morales Dasso y más de 5000 ciudadanos.

Norma sometida a control : Ley N.º 28258 —Ley de Regalía Minera—, publicada el 23 de junio de 2004.

Bienes demandados : Artículo 66º que establece una reserva de ley orgánica para fijar las condiciones de la utilización y el otorgamiento a particulares de los recursos naturales; inciso 16 del artículo 2º y artículo 70º, que reconocen el derecho de propiedad; inciso 14 del artículo 2º y artículo 62º, que reconocen el derecho a la libertad contractual; inciso 2 del artículo 2º, que reconoce el derecho a la igualdad; y el artículo 103º, que recoge el principio de retroactividad de las leyes.

Petitorio : Que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley N.º 28258, sus modificatorias y normas conexas.

III. NORMA CUESTIONADA

LEY N.º 28258 – *Ley que crea la Regalía Minera como contraprestación económica que los titulares de las concesiones mineras pagan al Estado por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos. Se establece su cálculo sobre el valor del concentrado o su equivalente, conforme a la cotización de los precios del mercado internacional, debiendo ser determinada mensualmente, según los rangos establecidos en la ley.*

Su recaudación será distribuida según porcentajes establecidos por ley, a los gobiernos locales, regionales y a las universidades nacionales de la región donde está ubicada la mina.

IV. ANTECEDENTES

1. Argumentos de la demanda

Los demandantes alegan que la Ley N.º 28258 —Ley de Regalía Minera— vulnera la Constitución, por la forma y por el fondo. Respecto a la inconstitucionalidad por la forma, señalan que no se ha respetado el procedimiento formal para la creación de la denominada regalía minera, ya que de acuerdo al artículo 66º de la Constitución, las condiciones de utilización y otorgamiento de recursos naturales se fijan mediante Ley Orgánica.

Sobre la inconstitucionalidad por el fondo, sostienen que la Ley cuestionada transgrede las normas constitucionales referidas al derecho de propiedad (inciso 16 del artículo 2º y artículo 70º de la Constitución), así como el derecho a la libertad contractual (inciso 14 del artículo 2º y artículo 62º de la Constitución) y a la igualdad de trato (inciso 2 del artículo 2º y artículo 103º de la Constitución).

Señalan que en el Perú, la Constitución Económica consagra una economía social de mercado, sustentada en la generación de riqueza de los privados, cuya base se encuentra en dos componentes básicos: la propiedad y la libertad contractual. Así, en materia económica el sistema legal debe procurar la plena vigencia de estas libertades patrimoniales, las cuales sólo pueden ser afectadas por valores superiores, y no para planificar resultados económicos circunstanciales.

A su juicio, la regalía minera representa una clara intromisión en las libertades patrimoniales o libertades económicas, pues no ha revestido la formalidad exigida en el artículo 66º de la Constitución, ni tampoco ha respetado la esencia del derecho, pues se la denomina contraprestación sin que exista prestación recíproca que la justifique; es decir, es una contraprestación de nada.

Indican que el artículo 70º de la Constitución establece que nadie puede ser privado de su propiedad salvo por causa de seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Por ello, advierten que la regalía minera impone un pago que significa una detracción forzosa de un porcentaje del valor obtenido por la transformación del mineral bruto a concentrado. Esta detracción patrimonial, añaden, se impone sin que exista causa de seguridad nacional, necesidad pública y sin pago justipreciado por el valor de esa propiedad sobre el concentrado.

Señalan, además, que el Estado goza de un poder tributario que le permite extraer recursos de la propiedad de las personas; empero, la regalía minera no se ha establecido como una obligación tributaria.

Refieren, por otro lado, que la norma cuestionada infringe el artículo 62º de la Constitución, que reconoce el derecho a la libertad contractual, por cuanto irrumpe contra los contratos de concesión anteriores a su vigencia; y, respecto a concesiones futuras, constituye una condición que limita la libertad de estipular, creando una ventaja para el Estado que va más allá de lo razonable.

De este modo, aducen, mientras se haya otorgado y subsista la concesión minera, la naturaleza y contenido del derecho otorgado no puede ser cambiado unilateralmente por una de las partes de la relación jurídica; sin embargo, tal como se constata, lo que establece la regalía es un deber de pago no existente cuando la concesión fue otorgada y, por tanto, no querida originalmente por las partes.

Alegan que la forma como se ha establecido la regalía minera es discriminatoria, por las siguientes razones: a) si fuera válido imponer regalías en una actividad donde

el Estado autoriza la explotación de un bien sobre el cual la Nación goza de ciertos derechos en su origen, tendría que hacerlo en todas las actividades económicas en las que dicha situación se presenta, como son las telecomunicaciones, energía, hidrocarburos, educación, transporte, etc., lo cual no ha ocurrido; b) porque excluye del pago a los pequeños productores y a quienes ejercen actividad extractiva y de transformación a concentrados que no sean titulares de concesión; y c) porque establece que el porcentaje de contraprestación varía según el valor que resulta de la cantidad de concentrados.

Los demandantes sostienen que mediante la regalía minera se crea una obligación que pretende ser una contraprestación por bienes que no son propiedad del Estado (concentrados), ya que la propiedad de estos pertenece al titular de la actividad minera, desde el instante en que se extrae el mineral de la tierra. Agregan que la Ley Orgánica de Recursos Naturales establece, en el segundo párrafo de su artículo 23º, que la concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural obtenido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse.

Cuestionan que la regalía minera se aplique sobre el valor del concentrado, el cual es distinto al de la roca en su estado natural. Precisan que los minerales concentrados son resultado de labores industriales adicionales a la extracción, que imponen al titular de la actividad minera costos económicos diversos, y que, por ello, representa un valor totalmente distinto al recurso original, por lo que debe tomarse en cuenta que, en ese estado, ya no pertenecen al Estado ni a la Nación, sino al titular respectivo.

Finalmente, afirman que desde el punto de vista económico, el concesionario minero sólo está obligado a abonar al Estado un pago anual, llamado Derecho de Vigencia, regulado por los artículos 39º y siguientes de la Ley General de Minería, así como por los artículos 20º y 21º de la Ley Orgánica de Recursos Naturales. Refieren que hay una única retribución, que alternativamente puede ser contraprestación, o derecho de otorgamiento, o derecho de vigencia; y, en el caso de las concesiones mineras, sólo se paga el derecho de vigencia, como requisito previo para el otorgamiento de la concesión minera.

2. Argumentos de la contestación de la demanda

El Procurador Público del Estado a cargo de los asuntos judiciales del Poder Legislativo contesta la demanda y la contradice en todos sus extremos, con los siguiente argumentos:

En primer lugar, sobre la inconstitucionalidad por la forma, señala que las imposiciones que se hacen sobre los frutos que generen los recursos naturales no son materia de Ley Orgánica, pues sólo puede ser materia de dicha jerarquía normativa la determinación de condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares, mas no la parte impositiva.

De este modo, agrega, la regalía minera no es ni una condición para la utilización de los recursos naturales,

ni una condición para el otorgamiento de estos, pues se establece en un momento posterior al cumplimiento de las condiciones establecidas para la utilización y otorgamiento de la concesión a los particulares.

En segundo lugar, respecto al fondo, afirma que la regalía minera es un mecanismo de compensación económica al Estado por el provecho particular del que gozan los usuarios de este recurso. En ese sentido, debe entenderse que al tratarse del uso exclusivo y excluyente de recursos naturales no renovables por parte de quien se beneficia de la concesión minera, el Estado está facultado para establecer fórmulas mediante las cuales pueda conseguirse que la Nación participe de este beneficio económico, en su calidad de beneficiaria original del recurso. Esta fórmula es la regalía minera.

Al igual que los demandantes, refiere que la regalía minera no es un tributo, pues se trata de un mecanismo de obtención de recursos originarios, es decir, de fuentes propias, como es el patrimonio de la nación. Así, siendo el Estado el titular, a nombre de la Nación, de los recursos naturales no renovables, es plenamente justificado que exija este pago amparado en su dominio soberano.

Asimismo, advierte que el derecho de vigencia y la regalía minera, son conceptos distintos. El primero representa el pago por el derecho real de la concesión, mientras que el segundo consiste en el pago por la explotación del recurso natural; por lo tanto, no puede admitirse lo que sostienen los demandantes, respecto a que el único pago exigido a los beneficiarios de la concesión minera es el derecho de vigencia.

En cuanto al cálculo de la regalía sobre el valor de concentrado o su equivalente, y no de este en estado puro, indica que se debe a la imposibilidad de poder calcular el valor real de los minerales valiosos, esto es, susceptibles de valoración económica (oro, plata, cobre o zinc, entre otros), que se extraerán de un agregado de minerales, debido a que estos en estado natural no se encuentran aislados sino que están acompañados de otros minerales que muchas veces no tienen valoración económica.

Afirma que constitucionalmente se ha establecido que el derecho de propiedad se ejercita en armonía con el bien común, teniendo como prioridad el interés general frente al particular.

De igual modo, alega que la Ley en cuestión no transgrede el derecho a la libertad contractual, por cuanto, si bien debe mantenerse inalterable lo pactado entre partes, en lo que se refiere al reconocimiento de derechos como el establecimiento de obligaciones o cargas, sin embargo, por aplicación inmediata de la Ley, todas las operaciones o actividades de explotación de recursos minerales valiosos que se realicen a partir de la fecha de su vigencia, estarán comprendidas dentro de sus alcances y, por ende, estarán afectas al pago de la regalía correspondiente.

Sostiene que los compromisos asumidos en los contratos no inhiben al Estado en su soberanía ni impiden que por medio de una ley pueda hacer valer el reconocimiento de un derecho que le es propio, como el derecho de

propiedad sobre los recursos naturales y, por ende, a solicitar una contraprestación económica por su uso. La única excepción son aquellos casos en los cuales se haya celebrado contratos ley o convenios de estabilidad tributaria o administrativa, que acrediten una situación de protección e inalterabilidad contractual.

Sobre la alegada afectación del principio de igualdad, manifiesta que la Ley establece un tratamiento de igualdad a los iguales y de desigualdad a los desiguales. Añade que no podría generalizarse la regalía a todas las actividades económicas, ya que por su naturaleza no todas se abocan a la explotación de recursos naturales; y que incluso dentro de la misma actividad minera existen características disímiles, por lo que se ha considerado pertinente establecer el pago en base a rangos, así como el pago de 0% a los pequeños productores y mineros artesanales.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

La Constitución como concreción de la norma y de la realidad social, política y económica, es el parámetro fundamental para establecer la conformidad de la norma legal con dicha realidad constitucional. Los principios del Estado Social y Democrático de Derecho contenidos en la Constitución y que este Tribunal, como su supremo intérprete, ha venido desarrollando a través de su jurisprudencia, resultan también de vital importancia para evaluar la constitucionalidad de las leyes.

Dado el impacto social de la presente sentencia, que versará sobre el aprovechamiento de recursos naturales de vital importancia como son los minerales, este Colegiado considera indispensable referirse de manera previa a los siguientes temas:

1. La función del Tribunal Constitucional en el Estado Social y Democrático de Derecho.
2. El contenido de lo "social" en la actividad del Estado y de los particulares.
3. La responsabilidad social de la empresa.
4. La Constitución, el medio ambiente y la política nacional del ambiente.
 - a) El derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida.
 - b) El medio ambiente y los recursos naturales.
 - c) La política nacional del ambiente.
 - d) Los conceptos de sostenibilidad y solidaridad.
 - e) Medio ambiente y empresa.

Posteriormente, este Colegiado procederá a analizar las cuestiones jurídicas controvertidas, es decir:

5. Respecto a la inconstitucionalidad por la forma, corresponderá determinar si la creación de la regalía minera está sujeta a la reserva de ley orgánica a que se refiere el artículo 66º de la Constitución

Y respecto a la inconstitucionalidad por el fondo corresponderá evaluar:

6. La naturaleza jurídica de la regalía minera.
7. El principio de igualdad y el pago por las regalías mineras.
8. La regalía minera y el derecho de propiedad.
9. La concesión minera y la alegada afectación de la libertad contractual.

VI. FUNDAMENTOS

§1. La función del Tribunal Constitucional en el Estado Social y democrático de Derecho

1. La Constitución de 1993 (artículos 3º y 43º) establece que la República del Perú es Social y Democrática de Derecho, superando de este modo la concepción de un Estado Liberal de Derecho. El tránsito de uno a otro modelo no es sólo una cuestión semántica o de términos, sino que comporta el redimensionamiento de la función del propio Estado.

En efecto, si bien es cierto que los valores básicos del Estado liberal eran, precisamente, la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación, en todo ámbito, de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal, también lo es que «(...) el Estado social democrático y libre no sólo niega estos valores, sino que pretende hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material y partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro».

2. El Tribunal Constitucional con frecuencia debe hacer frente a conflictos de la más alta trascendencia social y política. Esto supone, muchas veces, que las decisiones jurisdiccionales que adopte, tengan un impacto en los medios académicos y de comunicación social.

No obstante, el reconocimiento del Estado Social y Democrático de Derecho como un espacio plural para la convivencia, hace posible que la labor del máximo intérprete de la Constitución sea la de un auténtico componedor de conflictos sociales, función que se canaliza, en forma institucional, a través de los procesos constitucionales.

3. La argumentación constitucional, es en este contexto, el mejor recurso de legitimación y persuasión con que cuenta este Tribunal para la búsqueda del consenso social y el retorno de la armonía. De este modo logra adhesiones y persuade y construye un espacio para su propia presencia en el Estado Social y Democrático de Derecho, erigiéndose como una institución de diálogo social y de construcción pacífica de la sociedad plural.

4. El Estado Social y Democrático de Derecho, como alternativa política frente al Estado Liberal, si bien asume los fundamentos de éste, le imprime funciones de

carácter social; su pretensión es que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido social. Ello porque en este modelo de Estado, los derechos del individuo no son excluyentes de los intereses de la sociedad, pues la realización de uno no puede ser sin el concurso del otro. Se trata, pues, de un tipo de Estado que procura la integración social y conciliar los legítimos intereses de la sociedad con los legítimos intereses de la persona, cuya defensa y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución).

5. De ahí que el Estado Social y Democrático de Derecho promueva, por un lado, la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus objetivos, lo cual exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y, por otro, la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con prudencia, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando constituirse en obstáculo para el desarrollo social.

6. Como ha señalado Peter Häberle, el Tribunal Constitucional, a través de los procesos constitucionales, sobre todo de aquellos que logran una "gran audiencia" en la sociedad, se vincula cada vez más con los actores directos, "se sociabiliza", lo que permite que "(...) cuanto más interviene en la conducción de la sociedad abierta, tanto más se adhiere la sociedad a él (...)".

7. El Tribunal Constitucional participa como un auténtico órgano con sentido social, estableciendo, a través de su jurisprudencia, las pautas por las que ha de recorrer la sociedad plural, advirtiendo los peligros de determinadas opciones del legislador democrático, a través de sus sentencias exhortativas, o, simplemente, llevando el mensaje de la Constitución a los lugares más alejados del país, a través de sus audiencias descentralizadas. En un país que busca desterrar el trauma de las dictaduras y las opciones autoritarias que aún rondan cercanas, la labor del Tribunal, en cada caso, supone la convicción y la esperanza de que es posible construir una sociedad justa y libre con garantía para las diferencias y la pluralidad de opciones.

Como bien precisa Kelsen: «(...) no puede comprenderse la democracia partiendo de la sola idea de libertad; ya que ésta, por sí misma, no puede fundar un orden social, cuyo sentido esencial es la vinculación; y sólo una vinculación normativa puede establecer vínculos sociales y establecer una comunidad. El sentido más profundo del principio democrático radica en que el sujeto no reclama para sí, sino para los demás; el "yo" quiere que también el "tú" sea libre, porque ve en él su igual. De ese modo, para que pueda originarse la noción de una forma social democrática, la idea de igualdad ha de agregarse a la de libertad, limitándola».

8. El Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, sustentándose en los artículos 3º y 43º de la Constitución, que reconocen al nuestro como Estado

Social y Democrático de Derecho, ha venido otorgando contenido a sus principios a través de su jurisprudencia. De este modo, desde la STC N.º 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero contra el artículo 4º del Decreto de Urgencia N.º 140-2001) y en causas subsiguientes, se ha marcado la pauta de lo que el constituyente histórico ha querido plasmar en la concepción de una Constitución como una realidad viviente.

9. La jurisprudencia constitucional es una herramienta fundamental para la construcción y defensa permanente del Estado Social y Democrático de Derecho, por cuanto permite que el modelo mismo de organización política no sólo se consolide, sino que se desarrolle en un diálogo fructífero y constante entre texto y realidad constitucional.

10. La jurisprudencia de este Tribunal Constitucional es también una fuente de primer orden no sólo para los tribunales ordinarios y los demás entes públicos, sino para el propio Tribunal a la hora de decidir un nuevo caso. En cada sentencia de principio, un nuevo dispositivo de nuestra Constitución es desarrollado sin olvidar que se trata de una obra duradera en el tiempo y en constante movimiento. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es, en buena cuenta, *Constitución viviente* de la sociedad plural.

§2. El contenido de lo "social" en la actividad del Estado y de los particulares

11. Este Colegiado, al dejar sentado que el Estado Social y Democrático de Derecho es una construcción complementaria del Estado Liberal de Derecho, precisó que: "[l]a configuración del Estado Social y Democrático de derecho requiere de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social (...)" (STC 0008-2003-AI, Fundamento N.º 12).

12. En términos económicos, en la precitada ejecutoria nos referimos a una actividad que "(...) debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia (...)" (Fundamento N.º 13). La Economía Social de Mercado parte de la premisa que el mejor sistema para la asignación y distribución de los recursos, es aquel que propicia la concertación libre entre oferta y demanda, puesto que de este modo se promueve el despliegue de las iniciativas de los seres humanos, se incentiva la competencia creadora y se impulsan las innovaciones tecnológicas. Al Estado en este esquema le corresponde crear las condiciones para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva, procurándoles un marco para su desarrollo eficiente, que redunde en mejores productos y a precios competitivos para los consumidores

y usuarios. De otro lado, el mandato constitucional cuyo enunciado es que el Estado debe velar por el bien común, implica que debe intervenir para corregir las inequidades sociales, a fin de que todos, y no unos pocos, sean partícipes de los beneficios del progreso y del desarrollo económico.

13. En este contexto, el papel del Estado implica la defensa del bien común y del interés público, la explotación y el uso racional y sostenible de los recursos naturales que como tales pertenecen a la Nación, y el desarrollo de acciones orientadas a propiciar la equidad social. Por ende, tiene la obligación de acentuar la búsqueda del equilibrio entre la libertad económica, la eficiencia económica, la equidad social y las condiciones dignas de vida material y espiritual para las actuales y venideras generaciones.

§3. Responsabilidad social de la empresa

14. El modelo del Estado Social y Democrático de Derecho representa un nivel de desarrollo mayor que el del Estado Liberal. Pero ¿qué supone la fórmula política o, más precisamente, el término "social" respecto a la actuación de los grupos económicos y las empresas privadas? ¿Es indiferente que el Estado se defina constitucionalmente como "Social y Democrático de Derecho" cuando se trata de extraer algunos efectos frente a los particulares? Respecto del Estado, ya sabemos que ha suscitado una especie de mutación estructural. No es lo mismo, ni en la perspectiva histórica, ni en cuanto a los alcances y contenidos concretos, la fórmula del Estado Liberal y la acuñada por el constitucionalismo de posguerra como "Estado Democrático y Social de Derecho".

15. En ese marco, la otrora relación liberal del individualismo frente al Estado y la relación social del Estado como garante del bienestar general, se complementan con la constitucionalización de la economía y de la tutela del medio ambiente y los recursos naturales. En esta perspectiva es que la empresa privada, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado. La Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto.

16. Lo "social", se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi "natural",

permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

Prima facie, la actividad de la empresa está sujeta a regulaciones constitucionales y legales a fin de que la organización política pueda lograr los objetivos establecidos en la propia Constitución. Por ello es que, cuando entran en conflicto determinados derechos o libertades individuales con las prerrogativas del Estado, resulta determinante establecer el marco jurídico y político en que se sustentan dichos derechos. Ni la propiedad ni la autonomía privada son irrestrictas *per se* en el constitucionalismo contemporáneo. Lo importante es que dichos derechos se interpreten a la luz de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho; de lo contrario, otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse. Sólo de este modo puede considerarse superado el viejo y equívoco postulado del mercado *per se* virtuoso y el Estado *per se* mínimo, para ser reemplazado por un nuevo paradigma cuyo enunciado es: "tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario".

§4. La Constitución, el medio ambiente y la política nacional del ambiente

El derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida

17. La Constitución Política de 1993 (artículo 2º, inciso 22) reputa como fundamental el derecho de la persona «(...) a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida». El constituyente, al incluir dicho derecho en el Título I, Capítulo I, referido a los derechos fundamentales, ha tenido como propósito catalogar el derecho de las personas a disfrutar de un medio ambiente sano, como un derecho de la persona. El carácter de este derecho impone delimitar, principalmente, su contenido. Ello, no obstante, exige analizar previamente el significado de «medio ambiente», pues es un concepto que es consustancial al contenido mismo del derecho en cuestión.

Desde la perspectiva constitucional, y a efectos de su protección, se hace referencia, de modo general, al medio ambiente como el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven. En dicha definición se incluye «(...) tanto el entorno globalmente considerado –espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza: aire, agua, suelo, flora, fauna– como el entorno urbano»; además, el medio ambiente, así entendido, implica las interrelaciones que entre ellos se producen: clima, paisaje, ecosistema, entre otros.

Una vez precisado el concepto de medio ambiente, debemos referirnos al derecho en sí. Nuestra Constitución ha elevado al nivel de fundamental dicho derecho; siendo ello así, el Estado tiene el deber de efectivizar su plena vigencia, así como prever los mecanismos de su garantía y defensa en caso de transgresión.

El contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos, a saber: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve.

En su primera manifestación, esto es, *el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado*, dicho derecho comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1º de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.

Pero también el derecho en análisis se concretiza en el *derecho a que el medio ambiente se preserve*. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente.

18. En cuanto al vínculo existente entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, se materializa en función a los principios siguientes: a) el principio de desarrollo sostenible o sustentable (que merecerá luego un análisis); b) el principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales; c) el principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia; d) el principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados; e) el principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano; f) el principio precautorio, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente; y, g) el principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables.

19. En lo que respecta al principio de desarrollo sostenible o sustentable, constituye una pauta basilar para que la gestión humana sea capaz de generar una mayor calidad y condiciones de vida en beneficio de la población actual, pero manteniendo la potencialidad del ambiente para satisfacer las necesidades y las aspiraciones de vida de las generaciones futuras. Por ende, propugna que la utilización de los bienes ambientales para el consumo no se "financien" incurriendo en "deudas" sociales para el porvenir.

20. Al respecto, en 1987, la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, conocida también como la Comisión Brundtland, emitió su informe en el que definió el desarrollo sostenible como aquel proceso en donde se asegura la satisfacción de las necesidades humanas del presente sin que se ponga en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades y que, por ende, involucre la utilización de recursos, la dirección de las inversiones y la orientación de los cambios tecnológicos e institucionales que acrecienten el potencial actual y futuro de los recursos naturales en aras de atender las necesidades y aspiraciones humanas.

21. Por su parte, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, del mes de junio de 1992, que recoge entre sus principales fines la integridad del sistema ambiental y de desarrollo mundial, proclama, entre otras cosas, una serie de principios, entre los que destacamos lo siguiente:

- Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.

- El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.

- Todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como presupuesto indispensable para el desarrollo sostenible, a fin de reducir las disparidades en los niveles de vida y responder adecuadamente a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo.

- Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen.

- Las autoridades nacionales deberán procurar y fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, priorizando el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.

22. En atención a lo expuesto, el desarrollo sostenible o sustentable *requiere de la responsabilidad social*: ello implica la generación de actitudes y comportamientos de los agentes económicos y el establecimiento de políticas de promoción y el desarrollo de actividades que, en función del aprovechamiento o uso de los bienes ambientales, procuren el bien común y el bienestar general.

23. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido, en el caso Elizabeth Ponce Pescorán vs. Municipalidad Provincial del Callao y Depósitos Químicos Mineros S.A. (Exp. N.º 1752-2004-AA/TC, Fundamento 23), que, conforme al artículo 59º de la Constitución, el Estado estimula la creación de la riqueza y la libertad de empresa, comercio e industria, y que estas se ejercen en una economía social de mercado según lo dispone el artículo 58º de la Constitución, de manera que la responsabilidad social de la empresa es plenamente compatible con las disposiciones constitucionales citadas.

24. Es de verse en dicha sentencia, que alude expresamente a la relación de las empresas con las preocupaciones sociales y medioambientales a través de sus actividades comerciales, que ser socialmente responsable no significa solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá del cumplimiento invirtiendo en el entorno local y contribuyendo al desarrollo de las comunidades en que se inserta, sobre todo de las comunidades locales.

25. En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, de la Economía Social de Mercado y del Desarrollo Sostenible, la responsabilidad social se constituye en una conducta exigible a las empresas, de forma ineludible.

26. En el caso del medio ambiente, la responsabilidad social debe implicar el mantenimiento de un enfoque preventivo que favorezca su conservación; el fomento de iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental; el fomento de inversiones en pro de las comunidades afincadas en el área de explotación; la búsqueda del desarrollo y la difusión de tecnologías compatibles con la conservación del ambiente, entre otras.

Medio ambiente y recursos naturales

27. La Real Academia de la Lengua define naturaleza como aquella realidad objetiva que existe independientemente de la conciencia y que está en incesante movimiento y cambio; por ende, sujeta a evolución continua. La parte de la naturaleza que rodea o circunda los hábitat de la pluralidad de especies vivas se denomina ambiente o medio ambiente.

El medio ambiente es el mundo exterior que rodea a todos los seres vivos y que determina y condiciona su existencia. Es el ámbito en que se desarrolla la vida y en cuya creación no ha intervenido la acción humana. En puridad, medio ambiente alude al compendio de elementos naturales —vivos e inanimados— sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivos (plantas, animales y microorganismos).

El medio ambiente se define como "(...) el conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interactúa en un espacio y tiempo determinado; lo cual podría graficarse como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos".

El término biótico se refiere a todos los seres vivos de una misma región, que coexisten y se influyen entre sí; en cambio lo abiótico alude a lo no viviente, como el agua, el aire, el subsuelo, etc.

El medio ambiente se compone de los denominados elementos naturales, los cuales pueden generar, según sea el caso, algún tipo de utilidad, beneficio o aprovechamiento para la existencia o coexistencia humana.

Así, entre los elementos carentes de utilidad y beneficio y que, incluso, pueden afectar la vida humana tenemos los terremotos, maremotos, ondas de frío o calor, etc. En cambio, aquellos que pueden ser de utilidad, beneficio o aprovechamiento material o espiritual para el hombre son los denominados *recursos naturales*.

28. Los recursos naturales pueden definirse como el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular, y las biológicas, en general. Representan aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre. En otras palabras, son los elementos naturales que el ser humano aprovecha para satisfacer sus necesidades materiales o espirituales; vale decir, que gozan de aptitud para generar algún tipo de provecho y bienestar.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha declarado que los recursos naturales son todos aquellos recursos que el hombre encuentra en su ambiente y que puede utilizar en su beneficio. Estos se clasifican en:

a) Recursos renovables: Son aquellos que, a pesar de ser utilizados, pueden regenerarse y, por ende, no perecen para su posterior aprovechamiento. Es el caso del suelo, el agua, las plantas y los animales. En tal sentido, devienen en duraderos y obtienen permanencia de utilidad. Los procesos de autoregeneración y autodepuración se denominan resiliencia, y sólo tienen lugar cuando el ser humano no excede la capacidad de carga en su aprovechamiento. Por tal motivo, un recurso será renovable en la medida que su utilización o aprovechamiento no se realice de manera desmesurada e irracional. Sólo así se podrá alcanzar el aprovechamiento sostenible del bien ambiental.

b) Recursos no renovables: Son aquellos que, al ser utilizados, se agotan irremediamente. Es el caso de los minerales, el petróleo, el carbón, el gas natural, etc. Su utilización o provecho comporta inexorablemente la extinción de su fuente productiva, habida cuenta de su incapacidad de alcanzar autoregeneración o autodepuración.

29. El artículo 66º de la Constitución señala que los recursos naturales, *in totum*, son patrimonio de la Nación. Ello implica que su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscriben su exclusivo y particular goce.

En ese sentido, los recursos naturales —como expresión de la heredad nacional— reposan jurídicamente en el dominio del Estado. El Estado, como la expresión jurídico-política de la nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce.

El dominio estatal sobre dichos recursos es eminente, es decir, el cuerpo político tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento.

30. El Tribunal Constitucional considera que el medio ambiente, entendido sistemáticamente como el conjunto de fenómenos naturales en que existen y se desarrollan los organismos humanos, encuentra en el comportamiento humano una forma de acción y de creación que *condiciona el presente y el futuro de la comunidad humana*.

Política Nacional del Ambiente

31. El artículo 67º de la Constitución establece la obligación perentoria del Estado de instituir la *política nacional del ambiente*. Ello implica un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar o promover, con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo.

Esta política nacional -entendida como el conjunto de directivas para la acción orgánica del Estado a favor de la defensa y conservación del ambiente- debe permitir el desarrollo integral de todas las generaciones de peruanos que tienen el derecho de gozar de un ambiente adecuado para el bienestar de su existencia. Esta responsabilidad estatal guarda relación con lo dispuesto en el artículo 2º, inciso 22) de la Constitución, que reconoce el derecho fundamental de toda persona "a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida".

Dicha política debe promover el uso sostenible de los recursos naturales; ergo, debe auspiciar el goce de sus beneficios resguardando el equilibrio dinámico entre el desarrollo socioeconómico de la Nación y la protección y conservación de un disfrute permanente.

32. El uso sostenible obliga a la tarea de rehabilitar aquellas zonas que hubieren resultado afectadas por actividades humanas destructoras del ambiente y, específicamente, de sus recursos naturales. Por ende, el Estado se encuentra obligado a promover y aceptar únicamente la utilización de tecnologías que garanticen la continuidad y calidad de dichos recursos, evitando que su uso no sostenido los extinga o deprede.

Es dentro de ese contexto que el Estado se encuentra obligado a auspiciar la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales objeto de protección.

33. En consecuencia, de una interpretación sistemática del artículo 2º, inciso 22) y de los artículos 66º y 67º de la Constitución, se concluye que una manifestación concreta del derecho de toda persona a disfrutar de un entorno ambiental idóneo para el desarrollo de su existencia, es el reconocimiento de que los recursos naturales -especialmente los no renovables- en tanto patrimonio

de la Nación, deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible, y los beneficios resultantes de tal aprovechamiento deben ser a favor de la colectividad en general, correspondiendo al Estado el deber de promover las políticas adecuadas a tal efecto.

Los conceptos de sostenibilidad, solidaridad y la responsabilidad social de la empresa minera.

34. Las cláusulas de protección del medio ambiente y los recursos naturales, prescritas básicamente en los artículos 66º, 67º, 68º y 69º de la Constitución, establecen el marco de actuación del Tribunal y la responsabilidad de los actores económicos en la preservación de los recursos y medios indispensables para nuestra propia subsistencia como especie. En efecto, la actividad de las empresas mineras, por el mismo hecho de estar vinculada a la explotación de recursos naturales, comparte una responsabilidad de primer orden en la implementación de políticas públicas orientadas a la preservación del medio ambiente, debido a los riesgos que supone su actuación en el ámbito de la exploración y la explotación minera misma.

35. La preocupación por la preservación de los recursos naturales y el medio ambiente, desde luego, no es un tema plausible solo desde una perspectiva constitucional. El enfoque económico se ha orientado en los últimos años a la necesidad de cambiar la perspectiva de rentabilidad inmediata en el ámbito de la explotación de los recursos, por la de una rentabilidad estratégica, donde el concepto "sostenibilidad" resulta clave. De este modo, se ha puesto en tela de juicio una idea que parecía irrefutable hasta hace poco, y que consistía en sostener que "el crecimiento económico ininterrumpido conduce al mayor bienestar general"; ahora se considera que en algunos casos el propio crecimiento puede ser motivo de alarma por el nivel de deterioro que puede significar el agotamiento de algunos recursos no renovables o el daño que puede acarrear para el medio ambiente. El desarrollo sostenido significa, desde esta perspectiva, "(...) que los procesos de inversión no se entiendan y manejen únicamente con el fin de obtener beneficios monetarios, sino que se consideren asimismo factores no monetarios (por ejemplo las realidades sociales, culturales y ecológicas). Esto significa que el valor de los servicios y los bienes medioambientales debe estimarse en el proceso de formación de las decisiones e incorporarse al mismo".

36. Por "sostenibilidad" debe entenderse "(...) a la relación que existe entre los sistemas dinámicos de la economía humana, y los sistemas ecológicos, asimismo dinámicos pero que normalmente cambian a un ritmo más lento, y donde a) la vida humana puede continuar indefinidamente; b) los individuos humanos pueden prosperar; c) las culturas humanas pueden desarrollarse; pero en la que d) los efectos de la actividad humana se mantienen de unos límites, de forma que no se destruya la diversidad, la complejidad y el funcionamiento del sistema ecológico que sirve de sostenimiento a la vida". Esto pone de manifiesto que no se trata ya solamente de las posibles restricciones con una finalidad solidaria o para cumplir con determinadas prestaciones propias del

Estado Social y Democrático de Derecho, sino incluso, como una necesidad de mantener y preservar nuestra propia especie. Como ha precisado Costanza, "(...) en un sentido importante, sostenibilidad es mera justicia con relación a las generaciones futuras. En donde hay que incluir también a las futuras generaciones de otras especies, aun cuando nuestro interés principal se centre en nuestra propia especie". Ese es pues el criterio que debe informar a este Colegiado para decidir un caso como este, donde, en buena cuenta, las restricciones o el cumplimiento de algunas obligaciones impuestas a las empresas mineras se sustentan en el hecho que la comunidad organizada pueda orientar los recursos económicos resultantes a mejorar la calidad de vida, a propiciar investigaciones para prevenir desastres ecológicos o a satisfacer necesidades básicas como puede ser la salud o la educación.

37. El principio de solidaridad, directamente relacionado con la naturaleza misma del Estado Social y Democrático de Derecho, está en la base misma de nuestro sistema jurídico, que ha puesto al hombre y no a la empresa ni a la economía, en el punto central de su *ethos* organizativo. Así, el Constituyente, al establecer en el artículo 1º de la Constitución Política, que "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado", ha dejado un mensaje claro para las generaciones futuras; por ello, tanto el Estado como la sociedad se organizan y toman sus decisiones teniendo como centro al ser humano. Cuando entran en conflicto la generación lucrativa o la mayor rentabilidad de ciertos grupos económicos, con el bienestar colectivo o la defensa de los bienes que resultan indispensables para que la vida humana siga desarrollándose, la interpretación que de la Constitución se haga debe preferir el bienestar de todos y la preservación de la especie, así como también de las demás especies, como ya se ha dicho.

Medio ambiente y empresa

38. En la medida que la protección del medio ambiente constituye una preocupación principal de las actuales sociedades, se impone la necesidad de implementar fórmulas que permitan la conciliación del paradigma del desarrollo con la necesaria conservación de los recursos y elementos ambientales que se interrelacionan con el entorno natural y urbano. Se busca con ello preterir formas de desarrollo irrazonable, que en sí mismo es destructivo y no sostenible para el beneficio de las generaciones presentes y futuras.

Ello exige que el Estado -a través de la Administración como gestora pública- asuma el deber que le impone la Constitución en su artículo 44º, consistente en "promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación"; para la consecución de dicho fin debe emplear todos los medios legítimos y razonables que se encuentren a su alcance, limitando, condicionando, regulando, fiscalizando y sancionando las actividades de los particulares hasta donde tenga competencias para ello, sea que éstas se realicen de forma independiente o asociada.

Estos principios se concretizan en una política de Estado orientada a conseguir una mejor calidad de vida para la población, cuyo contenido excluya criterios residuales o de conveniencia coyuntural que sólo acarreen desarrollos legislativos inorgánicos, en consonancia con lo establecido por el artículo 67 de la Constitución. Además exige que los poderes públicos controlen el uso racional de los recursos naturales dentro de un desarrollo económico armónico, como doctrinariamente se enuncia, criterio que el Tribunal Constitucional busca enfatizar en esta sentencia.

No obstante, un límite constitucional a esta política nacional del ambiente es el reconocimiento de la libertad de empresa consagrada en el artículo 59° de la Constitución, derecho fundamental que no se encuentra en conflicto con la regulación estatal de la materia, sino que se realiza a través de ella.

§5. Sobre la supuesta inconstitucionalidad formal de la Ley N.º 28258: La materia reservada a ley orgánica por el artículo 66° de la Constitución

39. Los demandantes señalan que al establecer la contraprestación denominada regalía minera, la Ley N.º 28258 incurre en una inconstitucionalidad formal, puesto que, de acuerdo con el artículo 66° de la Constitución, sólo por ley orgánica pueden fijarse las condiciones de la utilización de recursos naturales y su concesión a particulares.

Por su parte, el demandado arguye que la regalía minera no es una condición para la utilización de los recursos naturales, ni tampoco una condición para su otorgamiento, de modo que su regulación no está sujeta a reserva de ley orgánica.

Al respecto, lo primero que este Tribunal debe recordar es que la ley orgánica no es una categoría normativa que pueda entenderse en los mismos términos que la ley ordinaria. Y no porque su ubicación en el sistema de fuentes diseñado por la Constitución de 1993 sea distinta (pues ambas comparten el mismo rango), sino por su disímil naturaleza.

En efecto, a diferencia de la ley ordinaria, la ley orgánica es una categoría normativa cuyo uso legislativo es excepcional, ya que, por un lado, se aparta de la común manifestación del principio democrático en el ámbito del procedimiento legislativo (sostenido en la preponderancia de las mayorías simples sobre las minorías), para imponer una democracia basada en mayorías cualificadas o reforzadas; y, por otro, se ocupa de materias específicas y directamente reservadas por la propia Constitución.

Así, el artículo 106° de la Constitución establece que: “Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida por la Constitución. (...) Para su aprobación o modificación se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso”.

40. Debido a su carácter excepcional, el ámbito material reservado para las leyes orgánicas no puede entenderse en términos amplios o extensivos, sino de manera especialmente restrictiva. La regla de la aplicación no extensiva de las normas que establecen excepciones está prescrita, además, en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.

41. El artículo 66° de la Carta Fundamental, reserva a la ley orgánica la fijación de las condiciones de utilización y otorgamiento a particulares de los recursos naturales, renovables o no renovables.

A juicio del Tribunal, la determinación de las materias sujetas a reserva de ley orgánica, se ha efectuado en la Ley N.º 26821 —Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales—, básicamente en su Título IV (Otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales) y el Título V (Condiciones de aprovechamiento sostenible de recursos naturales), norma que se encuentra vigente y que no ha sido impugnada.

42. El artículo 1° de dicha Ley N.º 26821 precisa el ámbito de su aplicación: “La presente Ley Orgánica norma el régimen de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, en tanto constituyen patrimonio de la Nación, estableciendo sus condiciones y las modalidades de otorgamiento a particulares, en cumplimiento del mandato contenido en los artículos 66° y 67° del Capítulo II del Título III de la Constitución Política del Perú y en concordancia con lo establecido en el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales y los convenios internacionales suscritos por el Perú”.

43. Asimismo, es menester destacar que el artículo 3° de la mencionada Ley N.º 26821 define la naturaleza y señala cuáles son los recursos naturales; al respecto, declara que: “Se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado tales como:

- a. Las aguas: superficiales y subterráneas;
- b. El suelo, el subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección;
- c. La diversidad biológica: como la diversidad de flora, de la fauna y de los microorganismos o protistas; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida;
- d. Los recursos hidrocarboníferos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares;
- e. La atmósfera y el espectro radioeléctrico;
- f. Los minerales;
- g. Los demás considerados como tales.

El paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico, es considerado recurso natural para efectos de la presente ley”.

44. De igual forma, es preciso enfatizar que el artículo 4° de la misma Ley N.° 26821 precisa el ámbito del dominio sobre los recursos naturales, e indica que: "Los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los recursos naturales obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos". El dominio, vale decir la propiedad de los frutos y productos obtenidos conforme a la referida ley orgánica, corresponde a los titulares de los derechos concedidos sobre ellos.

Empero, resulta obvio que la regulación legal para la concesión a particulares de derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales, renovables y no renovables, tiene que ser diversa, según la naturaleza de dichos recursos.

45. En ningún caso el Estado puede abdicar de su *ius imperium* para regular el aprovechamiento de los recursos naturales que son de la Nación. Así lo indica -aunque en la teoría del derecho constitucional era innecesario- el artículo 6° de la aludida Ley N.° 26821, al disponer que: "El Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales. Su soberanía se traduce en la competencia que tiene para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre ellos" (subrayado nuestro).

46. Los derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las **leyes especiales** para cada recurso natural, según lo determina el artículo 19° de la Ley N.° 26281, que -como se ha indicado-, es ley orgánica. En cuanto a las condiciones de su otorgamiento a particulares, el artículo 20° de la Ley N.° 26821 precisa, como una de sus condiciones, el pago de una retribución económica. En concreto, dicho precepto establece que:

"Todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales.

La retribución económica a que se refiere el párrafo precedente, incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, ya sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho, establecidos por las leyes especiales".

Consecuentemente, de conformidad con dicho dispositivo:

a) todo aprovechamiento particular de recursos naturales debe retribuirse económicamente; b) la retribución que establezca el Estado debe fundamentarse en *criterios económicos, sociales y ambientales*; c) la categoría retribución económica puede incluir *todo concepto* que deba aportarse al Estado por el recurso natural; d) dentro de los conceptos entendidos como retribución económica, pueden considerarse, por un lado, a las contraprestaciones y, por otro, al derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho; y e) dichas retribuciones económicas son establecidas por leyes especiales.

47. Así, tal como lo dispone el artículo 66° de la Constitución, la condición para exigir a los particulares el pago de una retribución económica por la concesión de los recursos naturales, se encuentra fijada en una ley orgánica (en este caso la Ley N.° 26821). No obstante, la regulación específica de cada una de las modalidades como pueda materializarse dicha retribución, corresponde ser desarrollada por leyes especiales. Y no podría ser de otro modo, pues, si como quedó dicho, las leyes orgánicas tienen naturaleza excepcional y su contenido es eminentemente restringido, sería constitucionalmente inaceptable extender la materia reservada a la regulación y reglamentación de los muy diversos modos como tal retribución económica pueda hacerse efectiva. Justamente, es por ley especial como se regula la regalía minera.

§6. Naturaleza de la regalía minera

48. Luego de haber sentado el marco teórico pertinente y de haber desvirtuado la supuesta inconstitucionalidad formal de la norma cuestionada, corresponde ingresar en el análisis de la alegada inconstitucionalidad material de dicha norma.

49. Cuando el Estado interviene en materia económica a través de la creación de tributos, su actuación se encuentra sujeta al respeto de los principios constitucionales establecidos en el artículo 74° de nuestra Constitución (principios de legalidad, igualdad, capacidad contributiva, no confiscatoriedad y respeto a los derechos fundamentales). Ello no quiere decir, claro está, que si una exigencia económica -como la regalía minera- no reviste cariz tributario, el legislador quede habilitado para establecerla sin ningún parámetro de objetividad y razonabilidad.

La intervención del Estado se considera como legítima y acorde con la Constitución, cuando es producto de una medida razonable y adecuada a los fines de las políticas que se persiguen. Es necesario, en consecuencia, que dicha medida no transgreda los derechos fundamentales de las personas o, en todo caso, que dicha afectación se lleve a cabo bajo cánones de razonabilidad y proporcionalidad.

50. De otro lado, es importante tener en cuenta que la regalía minera no es una creación novedosa del legislador peruano, pues también está regulada por otros ordenamientos jurídicos de alta rentabilidad en el sector minero, en los cuales adopta la denominación de regalía minera o *royalty*, siendo normalmente incorporada en los costos de producción de las empresas. Por tal motivo, mal podría desconocerse su existencia o argumentarse que ella resta competitividad minera al país.

Diferencia frente al canon minero

51. En nuestro ordenamiento jurídico, el canon ha sido previsto constitucionalmente en el artículo 77°, como el reconocimiento del derecho que le asiste a los gobiernos locales y regionales para recibir una porción de lo recaudado en beneficio de su comunidad; debiendo

calcularse, sobre la base de la totalidad de ingresos y rentas provenientes de la explotación de recursos naturales de sus circunscripciones.

52. Por consiguiente, no se trata de un pago, sino de una compensación del Estado a los Gobiernos Regionales y Locales respecto a la distribución de ingresos ya recaudados. En nuestro país coexisten 6 tipos de canon, a saber: minero, petrolero, pesquero, forestal, gasífero y de hidrocarburos. En el caso del canon minero, la compensación será la distribución de los ingresos recaudados a las zonas donde se explotan los recursos minerales, garantizándose la participación directa de la población local en el beneficio del reparto. Medida que se justifica porque dicha población será la que recibirá el mayor impacto cuando estos recursos se agoten.

53. Como se advierte, la regalía es la contraprestación del titular de la concesión minera a los gobiernos regionales y locales por la explotación de recursos naturales no renovables, justificada en la necesidad de la Nación de recibir beneficios de sus propios recursos antes de que se agoten. En tanto que, el canon, es la participación de la renta económica ya recaudada dispuesta por el Estado a favor de los gobiernos regionales y locales de las zonas de explotación de recursos.

Diferencia con el derecho de vigencia

54. Los demandantes sostienen que mediante el pago por derecho de vigencia de la concesión, los titulares de actividad minera ya retribuyen al Estado por el uso de recursos naturales, y que ello se encuentra establecido en el artículo 20° de la Ley N.º 26821 -Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales-.

55. Conforme ya lo hemos señalado precedentemente, estamos frente a dos tipos diferentes de retribución económica. La regalía minera –como ya se señaló– es una retribución económica contraprestativa o compensatoria por el usufructo de lo que se extrae. En tanto que el derecho de vigencia es una retribución económica por el mantenimiento de la concesión, y cuyo incumplimiento priva de efecto a la concesión misma, constituyéndose en causal de caducidad de la concesión. Esta diferencia, además, puede constatarse en la forma de cálculo de cada una; así, el derecho de vigencia, de periodicidad anual, tomará en cuenta el número de hectáreas otorgadas o solicitadas en concesión, y no la producción obtenida, como en el caso de la regalía.

56. La diferencia es contemplada por la propia Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales; su artículo 29°, al establecer las condiciones del aprovechamiento sostenible, estipula de manera independiente, por un lado, que se cumpla con la retribución económica correspondiente de acuerdo a las leyes especiales (literal d); y, por otro, que se mantenga al día el derecho de vigencia (literal e). Tal como quedó dicho al analizar el supuesto alegado de inconstitucionalidad formal, el artículo 20° de esta ley orgánica es el que establece las diferentes retribuciones económicas a que

tiene derecho el Estado por la explotación de sus recursos naturales no renovables, diferenciando el derecho de vigencia de otras contraprestaciones.

§7. El principio de igualdad y el pago por regalías mineras

57. Los demandantes alegan que el establecimiento de la regalía minera también infringe el principio de igualdad jurídica, ya que realiza un trato discriminatorio cuando impone su pago en el sector minero, obviando al resto de sectores productivos. Asimismo, aducen que dicho trato discriminatorio también se produce dentro del propio sector minero, al dejar fuera de su ámbito de aplicación a los pequeños productores mineros.

58. De manera previa a la dilucidación de tal tema, este Colegiado considera necesario efectuar algunas precisiones a fin de que se comprenda, cabalmente, el análisis que se va a realizar. En primer lugar, se delimitará la igualdad: como derecho y como principio constitucional; y, en segundo, se aplicará el *test* de razonabilidad o proporcionalidad, a fin de determinar, en el caso concreto, si existe o no la alegada transgresión.

59. La igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2° de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: «(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole». Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación.

60. Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

61. Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscriben todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.

62. Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, **diferenciación** y **discriminación**. En principio, debe precisarse que la **diferenciación** está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una **discriminación** y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.

63. Por otro lado, debe tenerse en consideración que el Estado en algunas oportunidades promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o, en general, tratamientos más favorables. Esto es lo que en doctrina constitucional se conoce como "discriminación positiva o acción positiva *–affirmative action–*". La finalidad de esta acción afirmativa no es otra que compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente; persigue, pues, que dichos grupos puedan superar la inferioridad real en la que se encuentran con acciones concretas del Estado.

64. Ahora bien, a efectos de determinar si en un caso concreto se está frente a una quiebra del derecho-principio a la igualdad, la doctrina constitucional ha desarrollado mecanismos para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o cuándo frente a un trato arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio. Precisamente, uno de esos instrumentos a los que habrá de recurrir nuevamente este Tribunal es al *test* de razonabilidad.

65. El *test* de razonabilidad o proporcionalidad, como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia N.º C-022/96), es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho-principio a la igualdad. Dicho *test* se realiza a través tres subprincipios: 1. subprincipio de idoneidad o de adecuación; 2º subprincipio de necesidad; y 3. subprincipio de proporcionalidad *strictu sensu*. Criterios que en su momento fueron utilizados por este Colegiado en las sentencias 0016-2002-AI y 0008-2003-AI, entre otras.

1. *Subprincipio de idoneidad o de adecuación*. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

2. *Subprincipio de necesidad*. Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la

cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

3. *Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu*. Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental.

66. Expuestas estas precisiones, se procederá a aplicar el *test* mencionado al caso que hoy nos convoca.

67. Los demandantes argumentan que el establecimiento de la regalía minera vulnera el principio de igualdad jurídica, ya que realiza un trato discriminatorio al imponer su pago en el sector minero, obviando al resto de los sectores productivos. Asimismo, alegan que dicho trato diferenciado, contrario al principio de igualdad, también se produce dentro del propio sector minero, al dejar fuera de su ámbito de aplicación a los pequeños productores mineros.

68. En primer lugar, debe analizarse, a la luz del *subprincipio de idoneidad o de adecuación*, si con el establecimiento del pago de las regalías mineras se persigue un fin constitucionalmente legítimo y si, para ello, dicho pago es idóneo. Con respecto al primero, esto es, el objetivo constitucionalmente legítimo, debe tenerse en cuenta que la Constitución declara que «(...) el Estado promueve condiciones para el progreso social y económico (...)» (artículo 23"); asimismo, que «(...) son deberes primordiales del Estado (...) promover el desarrollo general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equitativo de la Nación» (artículo 44"); también, que «(...) el Estado orienta el desarrollo del país»; y, finalmente, que la descentralización «tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país(...)» (artículo 188").

69. De una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales mencionadas, puede concluirse que una de las finalidades esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho es promover el desarrollo integral del país, y que su legitimidad radica en alcanzar el progreso social y económico de la Nación; ello quiere decir que todos los sectores de la población deben gozar de las mismas oportunidades y condiciones para alcanzar su pleno desarrollo social, económico y cultural. Especialmente, como señala la Constitución (artículo 59") «(...) los sectores que sufren cualquier desigualdad (...)».

70. Por otro lado, debe esclarecerse si el pago de las regalías es un medio idóneo para alcanzar el desarrollo integral del país. La Constitución atribuye al Estado la soberanía en el aprovechamiento de los recursos naturales renovables y no renovables (artículo 58"); además, la Ley de Regalía Minera (artículo 8"), establece una distribución equitativa de la regalía entre las comunidades, municipalidades distritales y provinciales, gobiernos regionales y

universidades nacionales. En consecuencia, a juicio de este Tribunal, el pago de la regalía minera constituye un medio idóneo para el logro de los fines de desarrollo equitativo e integral que subyacen a los postulados propios de un Estado Social y Democrático de Derecho. Por tanto, el primer principio constitutivo del *test* de razonabilidad o proporcionalidad se cumple en los términos que el propio subprincipio exige.

71. En cuanto al *subprincipio de necesidad*, debe tenerse presente, como ya ha sido precedentemente expuesto, que existe la obligación de retribuir, mediante el pago de las regalías mineras, por la obtención de un beneficio patrimonial producto de la explotación de los recursos minerales no renovables, de los cuales es soberano el Estado. Siendo este medio idóneo para tal fin, el legislador ha previsto el pago de la regalía como una contraprestación económica directa e inmediata que los titulares de las concesiones mineras deben pagar al Estado por la explotación de los recursos minerales que se detraen y no son recuperables. Por tal motivo, y a criterio de este Colegiado, el pago de la regalía no es gravoso ni tampoco vulnera el derecho-principio a la igualdad.

72. Finalmente, y en cuanto al *subprincipio de proporcionalidad strictu sensu*, debe esclarecerse si la realización del fin perseguido es proporcional a la exigencia del pago de la regalía minera. Una de las características de los recursos minerales es que son limitados y no renovables. Siendo así, el Estado, en nombre de la Nación, asume la obligación de adoptar las medidas correspondientes ante un eventual agotamiento del recurso, por lo que dichas acciones deben ser oportunas y preventivas. En este sentido, el pago de la regalía minera es razonable y proporcional no sólo para afrontar el agotamiento de nuestros recursos minerales y los daños que sobre el medio ambiente ineludiblemente provoca su explotación, sino también por los beneficios económicos que dicha actividad extractiva proporciona a las empresas mineras, a efectos de generar paralelamente el desarrollo alternativo. A criterio de este Tribunal, por tanto, es plenamente exigible el pago de la regalía minera.

73. Ahora bien, la aplicación del *test* de razonabilidad o proporcionalidad a este caso concreto, en cuanto se refiere a la supuesta vulneración del principio de igualdad, permite concluir en que la Ley de Regalía Minera no es discriminatoria y, por tanto, no vulnera el mencionado principio.

74. De otro lado, es evidente que no son equiparables, en modo alguno, la actividad económica realizada por el sector minero con la efectuada por otros sectores productivos, ni tampoco con las de pequeñas empresas de explotación minera. Por ello, el término de comparación *-tertium comparationis-* que aducen los demandantes, para sustentar una supuesta vulneración del derecho-principio a la igualdad, no constituye un supuesto de hecho del cual pueda exigirse consecuencias jurídicas iguales.

75. Debe considerarse, por último, como señala Pérez Royo, que el principio de igualdad no impide que

el legislador diferencie; lo que proscribire es que se diferencie de una manera no objetiva, no razonable y no proporcionada; lo cual, dicho sea de paso, no ha sucedido en el presente caso. Más aún si con tal diferenciación se persigue un fin constitucionalmente legítimo, urgente, necesario y posible, como es el de promover el desarrollo integral del país, en general, y de los sectores menos favorecidos, en particular.

§8. La regalía minera y el derecho de propiedad

76. Nuestra Constitución reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo, conforme a los incisos 8) y 16) del artículo 2º de la Constitución, sino como una garantía institucional, a tenor del artículo 70º, según el cual el Estado garantiza la inviolabilidad de la propiedad, la cual debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley.

77. Dicho artículo es acorde con las finalidades del Estado Social y Democrático de Derecho, que reconoce la **función social** que el ordenamiento reserva a la propiedad, la cual es inherente al derecho mismo.

La función social de la propiedad

78. Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, no hace más que referirse a la función social que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial.

79. Esta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación.

80. En consecuencia, el contenido esencial del derecho de propiedad no puede determinarse únicamente bajo la óptica de los intereses particulares, como lo enfocan los demandantes, sino que debe tomarse en cuenta, necesariamente, el derecho de propiedad en su dimensión de función social. No hay duda que las acciones que el Estado lleve a cabo respecto a los bienes que, siendo patrimonio de la Nación, son concedidos en dominio privado, se encuentran legitimadas cuando se justifican en la obligación de atender el bien común, que es la función social de la propiedad en sí misma.

81. En una economía social de mercado, tanto la iniciativa privada como la inversión cumplen también una función social, a fin de coadyuvar a logro del bienestar general. En consecuencia, atendiendo a la utilidad y beneficio que los recursos naturales -en este caso, los minerales no renovables- pueden generar a la Nación, es justificable la exigencia de deberes y obligaciones que las empresas que los reciben en concesión tienen frente a la colectividad.

82. Por consiguiente, conforme se ha sostenido, el otorgamiento de una concesión minera implica la cesión

a particulares del bien natural extraído para su provecho económico, pero bajo los parámetros del interés general de la Nación.

83. Los recursos naturales no renovables nunca pasan a ser propiedad absoluta de quien los recibe en concesión. En el ejercicio del dominio que el Estado otorga a los particulares, se debe tomar en cuenta que el artículo 23° de la Ley N.º 26821, establece como regla imperativa el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo.

El aprovechamiento sostenible de los recursos no renovables según nuestra legislación y conforme ha quedado dicho, consiste en su explotación eficiente, bajo el principio de sustitución de valores y beneficios reales, evitando o mitigando el impacto sobre otros recursos del entorno y del ambiente.

84. Ahora bien, como ya se ha señalado, cuando el artículo 70° de la Constitución establece que el derecho de propiedad se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley, presupone, de un lado, que el ejercicio del derecho de propiedad de los particulares se desenvuelva de manera acorde con la función social que es parte del contenido esencial del derecho; y, por otro, que las actuaciones e intervenciones del Estado se sustenten en el interés general para el logro del bien común.

85. El bien común y el interés general son principios componentes de la función social de la propiedad. Cuando se lleva a cabo la concesión de recursos naturales, tales principios deben adquirir su concreta manifestación en el aprovechamiento sostenible del patrimonio nacional, en la protección del medio ambiente, de la vida y de la salud de la población, y, desde luego, en la búsqueda de equidad en la distribución de la riqueza.

Por lo demás, así lo establece el artículo 8° de la propia Ley N.º 26821, al disponer que: "El Estado vela para que el otorgamiento del derecho de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se realice en armonía con el interés de la Nación [y] el bien común (...)".

El Estado, así como tiene el deber de garantizar la propiedad privada, tiene también la obligación de proteger y garantizar la propiedad pública. Al respecto, y a efectos de la protección de la propiedad, nuestra Constitución no distingue entre propiedad pública y privada. En efecto, el artículo 70° de nuestra Ley Fundamental, cuando establece que el derecho de propiedad es inviolable y que el Estado lo garantiza, no sólo se limita a la protección de la propiedad de los particulares, sino también de la propiedad pública.

Por ello, como ha señalado Pierre Bonn, «(...) no hay ninguna razón que impida que la propiedad pública pueda ser tutelada con el mismo fundamento que la propiedad privada». Es por ello que la Constitución no distingue, a efectos de su protección, entre propiedad pública y propiedad privada, reconociendo la legítima facultad del Estado para velar también por la propiedad

pública. Dicha protección cobra especial relevancia cuando se trata de recursos naturales, pues de acuerdo con la Constitución (artículo 66°), estos son patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento.

86. Por lo expuesto, el Tribunal Constitucional no comparte la posición de los demandantes, cuando afirman que la regalía vulnera su derecho de propiedad sin justiprecio. En concreto por dos razones fundamentales: la primera, porque las limitaciones que se establecen al derecho de propiedad en función al interés general y el bien común, son admitidas; y, la segunda, porque el dominio sobre los recursos naturales no renovables que ostentan los titulares de la actividad minera es sobre el bien extraído y no sobre el situado en tierra, el cual, en tal estado, es patrimonio de la Nación.

Con el mismo razonamiento de los demandantes, el Estado tampoco podría ejercer su atribución de legislar sobre la atención prioritaria del trabajo, en sus diversas modalidades; sobre la prohibición de limitar el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores mineros y el respeto a la dignidad de los mismos; sobre la remuneración mínima, equitativa y suficiente, de dichos trabajadores; sobre la seguridad en la explotación industrial; sobre la jornada de trabajo; sobre el descanso anual remunerado; sobre los derechos de sindicación, negociación colectiva y fomento de solución pacífica de los conflictos laborales: ni tampoco sobre el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promover otras formas de participación, de conformidad con las disposiciones de los artículos 23°, 24°, 25°, 26, 27°, 28° y 29° de la Constitución. Resulta obvio que ninguna persona natural o jurídica, nacional o extranjera, puede estar por encima del ordenamiento jurídico y constitucional de la República.

87. En ese sentido, debe entenderse que la regalía minera se exige por el uso o aprovechamiento de un bien que, siendo propiedad de la nación, es concedido al titular de la actividad minera para que pueda obtener el dominio sobre los productos de este bien; por ello, mal podría alegarse una afectación a la propiedad cuando se exige el pago por algo que no es de propiedad innata de los particulares, sino que es más bien concedido, y cuando justamente dicho pago se sustenta en tal concesión.

88. Finalmente, carece de fundamento la afirmación de los demandantes según la cual la regalía minera es una contraprestación de nada (pág. 9 de la demanda). Tal argumento soslaya que los recursos naturales integran el patrimonio de la Nación; y que, justamente, sería irrazonable traspasarlos gratuitamente sin que su dueña sea debidamente compensada. Es por el traspaso del dominio sobre productos extraídos no renovables y por la afectación al medio ambiente, por los cuales se cobra esta contraprestación.

El cálculo sobre el valor del concentrado

89. Los demandantes cuestionan la fórmula de cálculo de la regalía sobre el valor de concentrado o su equivalente, aduciendo que se trata de bienes distintos a los minerales

en su fuente, y que, en la etapa de concentración, ya son propiedad del concesionario minero, motivo por lo cual no se justifica la intervención del Estado en este nivel.

90. El artículo 3° de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales -N.º 26821-, establece que se considera como recursos naturales, a todo componente de la naturaleza susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades, y que tenga un valor actual o potencial en el mercado.

91. El demandado argumenta que el cálculo de la regalía sobre el valor concentrado o su equivalente, se justifica por la dificultad de poder calcular el valor real de los minerales valiosos en estado puro, debido a que no son susceptibles de valoración económica en el mercado.

En efecto, el mineral, en su estado concentrado, es propiedad de quien lo extrae, pero ello no impide utilizarlo como parámetro de medición. Conforme se describe en la propia Ley Orgánica de Recursos Naturales, los minerales deben tener un valor actual o potencial en el mercado, por lo que el legislador necesariamente deberá remitirse a alguna valoración para el cálculo de la regalía, sea a boca de mina o a valor concentrado.

92. El cálculo de la regalía sobre el valor del concentrado permite al Estado ejercer una adecuada fiscalización respecto a los montos declarados por los titulares de la actividad minera; toda vez que, a este nivel, existen valores referenciales en el mercado internacional que hacen posible comparar los montos declarados; lo que no sucede en el caso del mineral inmediatamente extraído a boca de mina.

93. Para este Tribunal, esta opción legislativa, compatible con la Constitución, es razonable tomando en cuenta que, para establecer la base de referencia de la regalía, el artículo 4° del Reglamento de la Ley de Regalía Minera ha previsto una serie de deducciones y ajustes que permiten descontar algunos gastos efectuados por la empresa para llegar a obtener el concentrado.

§9. Concesión minera y la alegada afectación de la libertad contractual

94. Los demandados sostienen que el establecimiento de la regalía minera transgrede la libertad contractual de los titulares afectos, establecida en por el artículo 62° de la Constitución, ya que impone un deber de pago no existente cuando la concesión fue otorgada. Asimismo, refieren que se aplica sin discriminar a las empresas mineras con concesiones vigentes, y a las que obtuvieron sus concesiones después de la vigencia de la Ley.

Agregan que una de las manifestaciones de la libertad contractual es la inmutabilidad del negocio celebrado, según las normas vigentes al tiempo de su celebración, de modo que no puede ser modificado por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

95. El representante del Poder Legislativo, respecto a lo alegado por los demandantes, manifiesta que los

compromisos asumidos en los contratos no inhiben al Estado de su soberanía ni impiden que por medio de una ley pueda hacer valer el reconocimiento de un derecho que le es propio, como el derecho de propiedad sobre los recursos naturales. Asimismo, afirma que la única excepción es la de aquellos casos en los cuales se hayan celebrado contratos ley o convenios de estabilidad tributaria o administrativa, que acrediten una situación de protección e inalterabilidad contractual; en ese sentido, añade, lo pactado entre las partes –en lo que se refiere al reconocimiento de derechos como el establecimiento de obligaciones o cargas- se mantendrá inalterable para ambas partes, pues a ello se habrían comprometido.

Estado y concesión

96. La naturaleza de la concesión mantiene una relación unívoca con la naturaleza misma de los recursos sujetos a explotación minera, puesto que se trata de recursos naturales renovables y no renovables cuya titularidad la ejerce la Nación, en tanto que el Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ello, su apropiación y utilización no están sometidas a la libre empresa, "(...) que parte de la iniciativa de sus respectivos propietarios en la correspondiente explotación y se ordena sobre fórmulas de transmisión total o parcial de derechos o de los productos respectivos según el Derecho Privado".

Ningún privado puede utilizar dichos recursos sin una previa concesión administrativa, "(...) la cual se otorgará con fines distributivos de recursos de alta significación económica y social, desde la perspectiva de su mejor utilización social".

97. La primera disposición del artículo 66° de la Constitución Política, que establece que "Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento", es el punto de partida del análisis que ha continuación se efectuará, a fin de establecer la naturaleza y el régimen jurídico que les corresponde a los recursos naturales en su condición de patrimonio nacional.

98. Los recursos naturales renovables y no renovables, al ser bienes que integran el dominio público cuyo titular es la Nación -no son objeto de un derecho real de propiedad en el sentido civilista del mismo- configuran lo que se denomina una "propiedad especial". Esta se caracteriza por estar sometida a una normativa específica de Derecho Público, que consagra su indisponibilidad, dada su naturaleza de inalienable e imprescriptible, a tenor del artículo 73° de la Constitución Política del Perú, quedando, en consecuencia, excluida del régimen jurídico sobre la propiedad civil.

Para ejercer un control de constitucionalidad acorde con las instituciones y valores consagrados por la Constitución, este Tribunal considera necesario enfatizar que existe un régimen jurídico propio y autónomo de los bienes objeto del dominio público, que no se funda en la idea de un poder concreto sobre las cosas en el sentido jurídico-civil y, por tanto, de señorío.

99. En el caso, se está ante un dominio público que si bien mantiene alguna conexión con el sentido privatista de la propiedad, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean del Derecho Civil. Enfocarlo de modo contrario implicaría soslayar su esencia, dados los deberes primordiales del Estado establecidos en el artículo 44º de la Constitución. El crecimiento económico y el fomento de la inversión son bienes que merecen protección constitucional siempre que mantengan un equilibrio dinámico con la conservación de los recursos naturales, el medio ambiente y el desarrollo integral de la persona humana.

100. El Estado no ostenta una situación subjetiva de propietario de los recursos naturales que le otorgue una serie de potestades exclusivas sobre dichos bienes en concepto de dueño, pues tales facultades se inspiran en una concepción patrimonialista del dominio privado. Al respecto, el Tribunal Constitucional Español, en la STC 227/1988, de fecha 29 de noviembre, (Fundamento 14) con criterio esclarecedor formula lo siguiente: "(...) en efecto, la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*".

101. El estatuto subjetivo constitucional del Estado –como personificación jurídica de la Administración- frente a los bienes dominiales será el de un deber de garantía, protección y aprovechamiento del patrimonio de la Nación, consistente en asegurar la afectación íntegra de dichos bienes para promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, de conformidad con el artículo 44º de la Constitución.

Voluntad constituyente que encuentra su soporte legislativo en la primera parte del artículo 4º de la Ley N.º 26821, que señala que: "Los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean estos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación". Son los frutos o los productos -como en este caso el producto mineros- que sí pueden ser objeto de dominio privado por parte de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos. Por ello es que el artículo 66º, *in fine*, de la Constitución, reconoce que "La concesión otorga a su titular un derecho real", que, sin embargo, dada la especial naturaleza del objeto sobre el cual recae, no puede ejercitarse afectando los fines públicos concomitantes de dichos bienes.

En igual sentido, el artículo 10º del D.S. N.º 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, establece que: "La concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario. Las concesiones son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta ley exige para mantener su vigencia."

La definición precedente es la que ahora nos permite abordar la naturaleza de la concesión, que es un

supuesto de cesión unilateral a terceros, dispuesta por la Administración Pública, de los bienes comprendidos bajo la esfera del dominio público.

102. En una economía social de mercado, la concesión es una técnica reconocida en el Derecho Administrativo, mediante la cual se atribuyen derechos a privados para el ejercicio de una actividad económica, por ejemplo sobre los recursos naturales renovables y no renovables, como potestad soberana del Estado para regular su aprovechamiento. Es, en sí misma, un título que "(...) hace nacer en la esfera jurídica de su destinatario privado derechos, facultades, poderes nuevos hasta entonces inexistentes (...)"; es decir, se trata de un acto administrativo de carácter favorable o ampliatorio para la esfera jurídica del destinatario, e implica la entrega, sólo en aprovechamiento temporal, de los bienes de dominio público, estableciéndose una relación jurídica pública subordinada al interés público, y no de carácter sinalagmático. Por ello, es la declaración o autonomía de la voluntad estatal la que establece la concesión para un particular.

Por lo expuesto, "(...) la concesión es siempre un acto constitutivo de derechos, por el que se da al sujeto un poder jurídico sobre una manifestación de la Administración". Es decir, el particular, antes de que se celebre el acto de concesión, carecía absolutamente de dicha capacidad o derecho, que surge *ex novo*.

103. La concesión administrativa tiene su origen en una facultad discrecional de la Administración, que se exterioriza mediante un acto de autoridad, por el cual se decide transferir unilateralmente a los particulares que cumplan las condiciones legales y reglamentarias de la concesión determinadas por el Estado, el desarrollo de determinada actividad económica que tiene un carácter predominantemente público. La contraprestación por este acto administrativo es el denominado pago del derecho de vigencia del título que contiene el derecho otorgado en virtud de la concesión, previsto en el artículo 20º de la Ley N.º 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales.

Empero, si la Administración decide dar en concesión la explotación de recursos naturales no renovables a un número limitado de administrados para que la indicada actividad se cumpla a través del título de concesión, no supone que queda anulada su injerencia ni que renuncie a sus competencias propias y exclusivas de carácter indelegable.

Por el contrario, deberá obrar por vía de limitación o de imposición de deberes o cargas para que dicha actividad pueda desenvolverse en el sentido que al interés público convenga, como es la protección del medio ambiente.

Es decir, la acción estatal no se agota en el acto mismo de concesión, sino que se desenvuelve con especiales formas a lo largo de todo el período fijado para el desarrollo de la actividad. El Estado no cede su *ius imperium*, sino que a través de la Administración realizará una intervención legítima sobre los derechos de quienes se muestran

dispuestos y aptos para la explotación efectiva del recurso, con la finalidad precisamente de aseguararla.

Concesión minera

104. De acuerdo a lo expuesto en los fundamentos precedentes, el Estado no sólo conserva los poderes de vigilancia y control, que implican no sólo velar por el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas por los titulares de las concesiones mineras, enunciadas en el Capítulo I, Título VI del D.S. N.º 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, sino también establecer las condiciones de la utilización de los recursos naturales. Por ello, el particular se encuentra subordinado al desarrollo legislativo y reglamentario que realice la Administración a la luz de la Constitución y atendiendo a razones superiores de interés general. En este sentido es que el artículo 64º del D.S. N.º 014-92-EM. ha previsto la cancelación como un supuesto de extinción de la concesión, en los siguientes términos: "Se cancelarán los petitorios o concesiones, cuando se superpongan a derechos prioritarios, o cuando el derecho resulte inubicable".

105. El ejercicio de las potestades que forman parte de la naturaleza esencial de la Administración no será, desde luego, abusivo ni supondrá la imposición de medidas irrazonables y desproporcionadas, ni la aplicación de gravámenes o cargas administrativas que lesionen los derechos fundamentales de contenido patrimonial -las libertades de empresa y de contratar-, de los cuales son titulares las empresas mineras concesionarias.

Si bien es cierto que la libertad contractual deriva de la ley, no puede discutirse la facultad administrativa de regularla por razones del orden público; ello, empero, no es óbice para discutir la legitimidad de la Ley cuestionada respecto a la posible vulneración de otros bienes jurídicos constitucionales.

En tales términos, la concesión minera también supone un reconocimiento a la iniciativa privada de la explotación minera, que otorga beneficios económicos a la empresa concesionaria -bajo la forma de renta y utilidades- por las cargas que la concesión le impone. Ambos intereses son, en sí mismos, bienes jurídicos protegidos constitucionalmente en el marco de la Economía Social de Mercado consagrada en el artículo 58º de la Constitución, pero que en el caso no muestran una relación conflictiva, de acuerdo a lo expresado en esta sentencia.

106. El Tribunal Constitucional, atendiendo a su función pacificadora, que "(...) está orientada a crear certidumbre, estabilidad y seguridad respecto de los hechos que, directa o indirectamente, sean sometidos a su conocimiento o que puedan tener lugar como consecuencia de la expedición de sus sentencias.", pretende, mediante el presente pronunciamiento, resolver las situaciones de tensión -no de colisión- entre el interés general, que representa el Estado, y los intereses privados, para alcanzar su más óptima realización en el marco de los principios de la Constitución Económica.

107. Si bien el carácter esencial de los recursos naturales, conforme al artículo 67º de la Constitución, permite justificar "la reserva de titularidad de recursos esenciales (...), con la finalidad última de ordenar o regular el uso general -p. ej., la pesca en la zona económica- y explotación de los recursos (p. ej. las minas), fijando un orden de preferencia (...), en función del interés público, y de establecer límites en cuanto al posible alcance del derecho de propiedad privada sobre el suelo, cuando los recursos se encuentran en el subsuelo (...)"; no comporta el desconocimiento de los límites constitucionales a la actuación de la Administración, como son los principios del modelo económico contenido en la Constitución, el principio de justicia social, de igualdad jurídica y los derechos y libertades de los administrados.

Así, la reserva de determinados bienes al dominio público atendiendo a su carácter esencial -normalmente escasos y no renovables, como son los minerales-, cumple la función de ordenar y racionalizar su explotación y utilización; mas ello no justifica una reserva en términos absolutos, y que tenga tal entidad y naturaleza que pueda desvirtuar la libertad de empresa y demás libertades económicas consagradas en el artículo 59º de la Constitución.

En suma, atendiendo a la naturaleza de la actividad de explotación minera, que se concentra en recursos no renovables enmarcados en el dominio público, la teoría construida por la doctrina en torno a la concesión adquiere especial relevancia, y obliga a efectuar una lectura iuspublicista de esta institución, y no privatista, ya que puede desdibujar sus contornos.

108. La concesión minera no es un contrato sino un acto administrativo, que determina una relación jurídica pública a través de la cual el Estado otorga, por un tiempo, la explotación de los recursos naturales, condicionada al respeto de los términos de la concesión y conservando la capacidad de intervención si la justifica el interés público.

La concesión minera debe entenderse como un acto jurídico de Derecho Público en virtud del cual la Administración Pública, sustentándose en el principio de legalidad, establece el régimen jurídico de derechos y obligaciones en la explotación de los recursos minerales no renovables.

109. A criterio de este Tribunal, con el establecimiento de la regalía minera el Estado no ha incumplido el compromiso de respetar los atributos que la Ley confiere a los inversionistas titulares de la concesión, pues la naturaleza de estos actos -adscritos al derecho público- no otorgan al concesionario la inmutabilidad del régimen jurídico, para cuyo caso operan los contratos ley; ni imposibilitan la intervención del Estado mediante el ejercicio de su *ius imperium* y cuando así lo justifique el interés público.

110. De otro lado, tampoco se han cambiado las reglas de juego para los inversionistas del sector minero, pues no se ha alterado la naturaleza jurídica de la concesión ni las condiciones para su otorgamiento, manteniéndose los plazos de vigencia y las causales de caducidad; es decir,

no se ha alterado el régimen de dominio al que tiene derecho el titular de la actividad minera como producto de la concesión. Más aún si se toma en cuenta que la posibilidad del cobro de la regalía minera, ya estaba prevista en el artículo 20° de la Ley Orgánica para el Mantenimiento Sostenible de los Recursos Naturales, cuando incluye entre las retribuciones económicas a las que el Estado tiene derecho, a la de carácter contraprestativo, como la regalía minera; obviamente, tal disposición era susceptible de ser materializada en cualquier momento por el Estado.

111. Para este Tribunal, es incuestionable que la retribución a la Nación por los beneficios y ventajas obtenidos por la explotación de los recursos que le son originarios -dado su carácter limitado y los perjuicios directos ocasionados a las localidades donde se encuentra ubicada la mina, una vez que los recursos explotados se hayan agotado-, resulta un tema de evidente interés general. Y adquiere mayor dimensión cuando, en pleno proceso de descentralización, resulta necesario que la población de las regiones y municipios obtenga recursos directos para gestionar sus proyectos de inversión.

Por consiguiente, el establecimiento de la regalía minera no vulnera la libertad contractual de los concesionarios de la actividad minera.

§10. Entrada en vigencia de la Ley de Regalía Minera

112. Por los fundamentos antes expuestos, se concluyen tres premisas: a) la concesión minera no determina, *prima facie*, la estabilidad o inmutabilidad de lo pactado, para lo cual existen los contratos ley; b) el Estado podrá intervenir razonablemente modificando sus cláusulas, no en cualquier circunstancia, sino cuando el interés público lo amerite; c) la protección, control y conservación de los recursos naturales son de interés general de la nación, y el Estado debe preservar su aprovechamiento en su beneficio.

113. Por consiguiente, la Ley de Regalías Mineras es de cumplimiento obligatorio a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, conforme se establece en los artículos 103° y 109° de la Constitución, entendiéndose que su espectro normativo incluye a todos aquellos que ya tenían *contratos de concesión* vigentes, de modo que les será exigible su pago.

§11. La supervisión del destino de lo recaudado por regalía minera

114. Si bien la distribución de lo recaudado no es un asunto planteado en la demanda, este Tribunal considera importante pronunciarse sobre ese aspecto, por cuanto la justificación constitucional del cobro de regalías es precisamente beneficiar a la Nación por la explotación de sus recursos naturales. Al respecto, para los gobiernos locales y regionales, se ha establecido que las regalías se utilizarán, "(...) exclusivamente para el financiamiento o cofinanciamiento de proyectos de inversión productiva que articule la minería al desarrollo económico de cada región para asegurar el desarrollo sostenible de las áreas

urbanas y rurales (...);" y para el caso de las universidades nacionales, se ha determinado que las regalías mineras "(...) sean destinadas exclusivamente a la inversión en investigación científica y tecnológica." Evidentemente, si estos objetivos no se cumplen, conforme se establece en los artículos 8° y 9° de la Ley de Regalía Minera, mal podría justificarse la propia exigencia de la norma.

115. Si, en general, la vinculación entre los ingresos públicos y su aplicación a los fines estatales, comporta implícitamente un deber especial del Estado y de cada uno de sus órganos, dentro del ámbito competencial respectivo, de adoptar las medidas necesarias para que dichos fines se cumplan; en el caso de las regalías, este deber adquiere mayor magnitud, pues se trata de compensaciones por la explotación de recursos naturales no renovables y cuyo fin no es otro que el de amortiguar el daño que se causa a futuro y hacer viable el desarrollo sostenible de los pueblos una vez que dichos recursos se agoten. En este contexto adquiere relevante importancia la función de control que desde distintos ámbitos debe ejercerse sobre la utilización de estos recursos, no sólo para asegurar la legalidad de su aplicación, sino también para determinar las responsabilidades funcionales si se hubiera hecho mal uso de lo recaudado.

116. De igual modo, se recomienda a la Contraloría General de la República para que, en las acciones de control que programe a los gobiernos locales y regionales, fiscalice el adecuado uso de estos recursos, bajo responsabilidad de quienes lo administren.

§12. La regalía minera y la defensa nacional: la correcta distribución de lo recaudado

117. A fin de que los objetivos reseñados se cumplan adecuadamente y tengan consonancia con los dispositivos constitucionales, es necesario pronunciarse sobre la relación entre la regalía minera y la defensa nacional. Al respecto, la Ley de Regalía Minera -N.º 28258- señala, en su artículo 8°, cómo debe efectuarse tal distribución: del 100%, "a) El veinte por ciento (20%) del total recaudado para los gobiernos locales del distrito o distritos donde se explota el recurso natural, de los cuales el cincuenta por ciento (50%) será invertido en las comunidades donde se explota el recurso natural. b) El veinte por ciento (20%) del total recaudado para los gobiernos locales de la provincia o provincias donde se encuentra en explotación el recurso natural. c) El 40% (cuarenta por ciento) del total recaudado para las municipalidades distritales y provinciales del departamento o departamentos de las regiones donde se encuentra en explotación el recurso natural. d) El 15% (quince por ciento) del total recaudado para el o los gobiernos regionales donde se encuentra en explotación el recurso natural. e) El 5% (cinco por ciento) del total recaudado para las universidades nacionales de la región donde se explota el recurso natural". Estas disposiciones guardan coherente relación con los fines constitucionales del Estado Democrático y Social de Derecho establecidos en la Constitución, tanto respecto al proceso descentralizador del país -que establece que el Estado "tiene como objetivo fundamental el desarrollo

integral del país" (artículo 188°)-, como en lo referido a la educación universitaria -cuando se señala también como objetivo "la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica" (artículo 18°).

118. Sin embargo, existe un cometido que la ley en cuestión no recoge al momento de distribuir lo recaudado, y que igualmente fluye del propio cuerpo preceptivo de la Norma Fundamental. Nos referimos al artículo 44° de la Constitución, en virtud del cual, el Estado debe "defender la soberanía nacional; (...) 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". Las Fuerzas Armadas y Policía Nacional son instituciones que coadyuvan al desarrollo sostenible del país, lo cual motiva la necesidad de un estímulo y un beneficio para tales instituciones, y hacia ese punto debe estar orientada la Ley de la Regalía Minera para ser plenamente constitucional. Por tanto, asumiendo que, como bien lo señala el artículo 171° de la Constitución, "las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional participan en el desarrollo económico y social del país, y en la defensa civil de acuerdo a ley", es correcto concluir, a la luz del artículo 2° de la Ley N.° 28258, que las contraprestaciones económicas que paguen los concesionarios por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos, se destinen también a la Defensa Nacional, tal como se desprende del artículo 163° de la Constitución.

119.No escapa al criterio de este Tribunal el análisis de datos fácticos que puedan justificar una medida de este tipo. Por tanto, esta sentencia no tendrá asideros estrictamente jurídicos, sino que invocará argumentos materiales, es decir, aquellos que justifican la incorporación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en la distribución de los fondos de la regalía minera. En tal sentido, es esencial recordar la importante producción minera y de hidrocarburos existente en el Perú. Durante el año 2004, se produjeron en el país 813,300 toneladas métricas de cobre, 2,900 toneladas métricas de estaño, 4 315,100 toneladas métricas de hierro, 174,600 kilogramos de oro, 2 685,200 kilogramos de plata, 274,300 toneladas métricas de plomo, 1 024,700 toneladas métricas de zinc, 34,448 miles de barriles de petróleo crudo y 30,356 millones de pies cúbicos de gas natural; cifras que pueden traducirse en un ingreso de 6,880.5 millones dólares estadounidenses por su exportación, suma que ha redundado exiguamente en el desarrollo del país.

120.Por tanto, la forma en que se redistribuya el monto recaudado a través de la regalía minera debería incorporar, aparte de las entidades locales y regionales, y de las universidades nacionales de la región, una cuota de participación para las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Una situación similar ocurre, por ejemplo, en Chile, con la Ley N.° 13.196, Ley Reservada del Cobre,

emitida en 1958 y modificada en 1985, que determina que, de las exportaciones que realiza CODELCO (Corporación Nacional del Cobre) un monto del 10% sea destinado a las Fuerzas Armadas. No obstante, en el caso nacional, la distribución de tal fondo deberá realizarse en concordancia con la Ley N.° 28455, Ley que crea el Fondo para las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, especialmente con su artículo 4.1, respecto al destino único y exclusivo del fondo. Asimismo, la dirección de lo que se recaude debe tener conexión, en el caso de la regalía minera, con el fin establecido en el artículo 171° de la Constitución. Es importante señalar que, tal como lo prescribe el artículo 4.4 de la mencionada Ley N.° 28455, el uso indebido de los fondos que se asignen, "(...) meritúa responsabilidad penal, civil y administrativa". Por tal razón, este Colegiado considera pertinente exhortar al Congreso para que modifique la Ley de la Regalía Minera y la adecue a los cometidos constitucionales establecidos, a fin de incluir a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional en el grupo de beneficiarios de la distribución del monto recaudado, con la condición de que tal participación esté referida a las actividades reconocidas como prioritarias, con la responsabilidad subyacente en caso de incumplimiento.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad de autos.
2. Exhortar al Congreso para que: a) establezca los mecanismos legales pertinentes, a fin de garantizar que la recaudación de la regalía minera cumpla los objetivos de los artículos 8° y 9° de la Ley de Regalía Minera, Ley N.° 28258; b) diseñe y establezca mecanismos de control, información y transparencia para que la sociedad civil pueda efectuar el seguimiento del manejo y buen destino de estos recursos; c) integre en la distribución de los montos recaudados, dispuesta por el artículo 4° de la Ley de Regalía Minera, N.° 28258, a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
3. Exhortar a la Contraloría General de la República para que, en las acciones de control que se programen a los gobiernos locales y regionales, fiscalice el adecuado uso de estos recursos, bajo responsabilidad de quienes lo administren.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

Exp. N° 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-AI/TC, 0007-2005-AI/TC, 0009-2005-AI/TC (acumulados) [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Abogados del Cusco. Se reafirma la constitucionalidad de la ley de reforma constitucional del Decreto Ley N° 20530 (cédula viva) y se declara la inconstitucionalidad parcial de la ley que establece nuevas reglas al régimen de pensiones].

Fecha de Resolución: 03 de junio de 2005

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 06 de junio de 2005

Resumen: Se declararon infundadas las demandas acumuladas en el extremo que impugnaban la inconstitucionalidad de la Ley de Reforma Constitucional N.º 28389, estimando que, por la forma, se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 206º de la Constitución; y por el fondo, se ha respetado el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión. En consecuencia, el Tribunal señaló que no era incompatible con la Norma Fundamental el cierre definitivo del régimen pensionario del Decreto Ley N.º 20530, la introducción de topes pensionarios y la eliminación de la nivelación pensionaria establecidos en la Ley de Reforma Constitucional.

Asimismo, precisó que la aludida ley de reforma en materia pensionaria no ha afectado la progresividad y la universalidad de la garantía institucional de la seguridad social, ni tampoco ha repercutido desfavorablemente en la calidad de vida ni la vigencia de los derechos a la igualdad y a la propiedad de los pensionistas.

De otro lado, el Tribunal declaró fundada, en parte, las demandas acumuladas en el extremo que impugnaban la constitucionalidad de la Ley N.º 28449. En consecuencia, declaró la inconstitucionalidad del conector conjuntivo "y" del inciso c) del artículo 32º de la Ley N.º 28449, debiendo interpretarse que las referencias que la norma hace a la carencia de rentas o ingresos superiores a la pensión o la ausencia de amparo por algún sistema de seguridad social, como condición para el otorgamiento de una pensión de viudez al hombre, son criterios de evaluación que deben ser aplicados independientemente y en cada caso concreto, realizando una interpretación siempre en beneficio del pensionista y no de modo peyorativo o con el objeto de privarle de una pensión legítima.

Del mismo modo, reconoció la pensión mínima y consideró que los montos deben estar en función a cálculos justos a fin de garantizar que, pese a los problemas económicos o de inflación, los pensionistas sigan recibiendo una pensión digna.

Asimismo, precisó que el monto de la pensión de orfandad y la pensión de viudez deben ser equivalentes, es decir, en principio, iguales al 50% de la pensión del causante.

También se declaró inconstitucional la frase "hasta que cumplan los 21 años" del literal "a" del artículo 34º del Decreto Ley N.º 20530, por considerar que, en principio, los hijos mayores de edad que siguen estudios básicos o superiores, deben gozar de la pensión de orfandad hasta que culminen tales estudios.

Se interpretó, además que, entre los supuestos protegidos por el literal "a" del artículo 34º y del literal "b" del artículo 55º del Decreto Ley N.º 20530, no se encuentran los estudios de postgrado o los de segunda profesión o segunda carrera técnica. Asimismo, que la pensión de orfandad de los hijos mayores de edad que sigan estudios básicos o superiores queda extinguida, cuando tales estudios no se sigan de modo satisfactorio, y dentro del periodo lectivo.

Finalmente, en la extensa sentencia, el Tribunal Constitucional exhortó al Congreso de la República a cubrir el vacío normativo de la Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 28449, teniendo en cuenta que dicha omisión no puede ser interpretada en el sentido de que la falta de comunicación del trabajador dentro de los 90 días previstos en la norma, implica que éste permanezca en el régimen del Decreto Ley N° 20530, ni tampoco que ello suponga que el trabajador quede fuera de todo régimen previsional.

Temas Claves: Contenido esencial del derecho a la pensión - control constitucional de reforma constitucional - derecho a la dignidad humana - derecho a la educación - derecho a la igualdad - derecho a la pensión - derechos adquiridos - derecho al mínimo vital - derecho de manutención - derecho de propiedad - nivelación de pensión - principios constitucionales pensionarios - principio de supremacía constitucional - seguridad social como garantía institucional - sistema público de pensiones - supremo intérprete de la Constitución - test de proporcionalidad - topes pensionarios principio de fuerza normativa.

**SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ**

DEL 3 DE JUNIO DE 2005

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

**COLEGIOS DE ABOGADOS DEL CUSCO Y DEL
CALLAO Y MÁS DE CINCO MIL CIUDADANOS**

C/ CONGRESO DE LA REPÚBLICA

SÍNTESIS

Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530.

Magistrados firmantes

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

Sumario

- I. ASUNTO
- II. DATOS GENERALES
- III. NORMAS DEMANDADAS DE INCONSTITUCIONALIDAD
- IV. DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE LAS PARTES
- V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES DE PRONUNCIAMIENTO
- VI. FUNDAMENTOS RESPECTO A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY N° 28389 QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 11, 103 Y PRIMERA DISPOSICIÓN FINAL Y TRANSITORIA DE LA CONSTITUCIÓN
- A. EL ÁMBITO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO A LA LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL

- §1. LA COMPETENCIA PARA EXAMINAR UNA LEY QUE REFORMA LA CONSTITUCIÓN
- §2. EL CANON DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL
- §3. LA INDEPENDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
- B. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE FORMA Y DE FONDO
 - §1. LA NECESIDAD DE ESTABLECER LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL
 - §2. LOS LÍMITES FORMALES EN EL PROCEDIMIENTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL RÉGIMEN PENSIONARIO
 - §3. LOS LÍMITES MATERIALES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL RÉGIMEN PENSIONARIO
- C. EL CONTENIDO SOCIAL DEL DERECHO A LA PENSIÓN
 - §1. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO, LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO Y EL DERECHO A LA PENSIÓN
 - §2. EL DERECHO A LA PENSIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL
 - §3. LA JUSTICIA COMO SUBSTRATO DEL DERECHO A LA PENSIÓN
- D. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA PENSIÓN
 - §1. LA PENSIÓN COMO DERECHO HUMANO, DERECHO FUNDAMENTAL O DERECHO CONSTITUCIONAL
 - §2. LA TITULARIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN
 - §3. LA PROGRESIVIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN Y LA TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS
 - §4. EL CARÁCTER PATRIMONIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN.
- E. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN LUEGO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

§1. EL RESPETO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL AL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN

§2. LA APLICACIÓN DEL TEST DE RAZONABILIDAD EN LA EQUIDAD PENSIONARIA

VII. FUNDAMENTOS RESPECTO A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY N° 28449 QUE MODIFICA EL DECRETO LEY N° 20530

A. CONSIDERACIONES PREVIAS Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA

§1. EL CANON CONSTITUCIONAL DE INTERPRETACIÓN

§2. EL DERECHO A LA PENSIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE CONFIGURACIÓN LEGAL

§3. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA

B. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO

§1. LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS REGLAS A TRABAJADORES DEL RÉGIMEN PENSIONARIO DEL DECRETO LEY N° 20530

§2. EL MONTO MÁXIMO DE LAS PENSIONES

§3. EL MONTO MÍNIMO DE LAS PENSIONES

§4. LA EDAD COMO CRITERIO DE DIFERENCIACIÓN EN EL REAJUSTE PENSIONARIO

§5. LA PENSIÓN DE VIUDEZ Y LA IGUALDAD DE GÉNERO

§6. LA PENSIÓN DE ORFANDAD

C. CRITERIOS PARA LA EJECUCIÓN DE LAS NUEVAS REGLAS PENSIONARIAS

§1. EL DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN PENSIONARIA DE DEFENDER Y CUMPLIR LA CONSTITUCIÓN

§2. EL DESTINO DEL AHORRO

§3. LA UNIFICACIÓN DE LOS RÉGIMENES PENSIONARIOS

VIII. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de junio de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los señores magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

Demandas de inconstitucionalidad interpuestas por el Colegio de Abogados de Cusco; por el Colegio de Abogados del Callao; por más de cinco mil ciudadanos con firmas debidamente certificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil representados por Juan Peña Figueroa, Víctor Lazo Cárdenas y Adolfo Juan Arbulú Castro; y, por más de cinco mil ciudadanos con firmas debidamente certificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil representados por el doctor Carlos Blancas Bustamante, contra las Leyes N° 28389 y N° 28449.

II. DATOS GENERALES

à Violación constitucional invocada

Las demandas de inconstitucionalidad promovidas por cuatro demandantes, se encuentran dirigidas contra el Congreso de la República.

Los actos lesivos denunciados los habrían producido la Ley de Reforma Constitucional N° 28389, publicada el 17 de noviembre del 2004, y la Ley N° 28449, publicada el 30 de diciembre del 2004, las cuales modifican el régimen pensionario regulado por el Decreto Ley N° 20530.

à Petitorio constitucional

Los demandantes alegan la afectación de diversos derechos fundamentales previstos en la Constitución. Consideran que las leyes sujetas a control de constitucionalidad vulneran los derechos sociales y económicos de las personas; de manera específica, los derechos a la seguridad social (artículo 10 de la Constitución), a la pensión (artículo 11 de la Constitución) y a la propiedad (artículos 2 inciso 16 y 70 de la Constitución). Asimismo, aducen que se vulneran los principios de dignidad (artículo 1 de la Constitución) igualdad (artículo 2 inciso 2 de la Constitución), de irrenunciabilidad de los derechos sociales, de progresividad (artículo 10 de la Constitución), de irretroactividad (artículo 103 de la Constitución), de seguridad jurídica y de intangibilidad de fondos de la seguridad social (artículo 12 de la Constitución)

Alegando tales actos vulneratorios, solicitan, alternativamente, que:

- Se declare inconstitucional, por la forma, la Ley N° 28389.

- Se declaren inconstitucionales, por el fondo, los artículos 1, 2 y 3 de la Ley N° 28389, que sustituyen los textos de los artículos 11 y 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

- Se declare inconstitucional el artículo 3 de la Ley N° 28389 y que el Tribunal Constitucional expida una sentencia aditiva a fin de encausar su contenido normativo a las formas constitucionales.

- Se declare inconstitucional, por conexión o consecuencia, la Ley N° 28449, así como las demás normas legales que se hayan dictado o se dicten y que tengan como base el nuevo texto constitucional aprobado por la Ley N° 28389.

- Se declaren inconstitucionales las demás normas legales que se hayan dictado, o se dicten, después de la interposición de las presentes demandas.

III. NORMAS SUJETAS A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

LEY N° 28389

Ley de Reforma de los artículos 11, 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú

Artículo 1.- Modificación del artículo 11 de la Constitución Política del Perú

Agrégase al artículo 11 de la Constitución Política del Perú como segundo párrafo el texto siguiente:

"La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado".

Artículo 2.- Modificación del artículo 103 de la Constitución Política del Perú

Sustitúyese el texto del artículo 103 de la Constitución Política del Perú por el siguiente:

"Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley.

También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho."

Artículo 3.- Modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú

Sustitúyese el texto de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú por el siguiente:

"Declarase cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. En consecuencia a partir de la entrada en vigencia de esta Reforma Constitucional:

1. No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530.
2. Los trabajadores que, perteneciendo a dicho régimen, no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deberán optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones.

Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria.

La ley dispondrá la aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de una Unidad Impositiva Tributaria.

El ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a ley. 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.

Autorízase a la entidad competente del Gobierno Nacional a iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las respectivas acciones hubieran prescrito".

LEY N° 28449

Ley que establece las nuevas reglas del régimen

de pensiones del Decreto Ley N° 20530

Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto establecer las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530 de conformidad con la Reforma Constitucional de los artículos 11 y 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

Declarase que la presente Ley no afecta en modo alguno los derechos y beneficios del régimen de pensiones del Decreto Legislativo N° 19990.

Artículo 2.- Ámbito y alcances de su aplicación

El régimen del Decreto Ley N° 20530 es un régimen cerrado que no admite nuevas incorporaciones ni reincorporaciones, de conformidad con la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

Sólo se consideran incorporados al régimen regulado por el Decreto Ley N° 20530:

1. Los pensionistas de cesantía e invalidez que cumplieron con todos los requisitos establecidos en las normas vigentes en el momento de la generación del derecho correspondiente.
2. Los trabajadores sujetos al régimen del Decreto Ley N° 20530 que, a la fecha de entrada en vigencia de la modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, habían cumplido con todos los requisitos para obtener la pensión correspondiente.
3. Los actuales beneficiarios de pensiones de sobrevivientes que cumplieron con todos los requisitos establecidos en las normas vigentes en el momento del fallecimiento del causante.
4. Los futuros sobrevivientes de pensionistas de cesantía e invalidez o de trabajadores activos a que se refiere el numeral 2 del presente artículo, comprendidos y regulados en el Capítulo III del Título II del Decreto Ley N° 20530.

Artículo 3.- Monto máximo de las pensiones

El monto máximo mensual de las pensiones de cesantía, invalidez y sobrevivientes del régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley N° 20530 es de dos (2)

Unidades Impositivas Tributarias, vigentes a la fecha en que corresponda el pago de la pensión.

Artículo 4.- Reajuste de pensiones

Está prohibida la nivelación de pensiones con las remuneraciones y con cualquier ingreso previsto para los empleados o funcionarios públicos en actividad.

El reajuste de pensiones se efectuará de la siguiente forma:

a) Las pensiones percibidas por beneficiarios que hayan cumplido sesenta y cinco (65) años o más de edad y cuyo valor no exceda el importe de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias vigentes en cada oportunidad, serán reajustadas al inicio de cada año mediante decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas, teniendo en cuenta las variaciones en el costo de vida anual y la capacidad financiera del Estado.

b) Las pensiones percibidas por beneficiarios menores de sesenta y cinco (65) años de edad se ajustarán periódicamente, teniendo en cuenta las previsiones presupuestales y las posibilidades de la economía nacional.

Artículo 5.- Cálculo de las nuevas pensiones

Las pensiones de cesantía e invalidez que se reconozcan a partir de la vigencia de la presente Ley se calcularán según las siguientes reglas:

1. Para los varones, las pensiones serán iguales a una treintava parte del promedio de las remuneraciones pensionables percibidas en los doce últimos meses por cada año de servicios.

2. Para las mujeres, las pensiones serán iguales a una veinticincoava parte del promedio de las remuneraciones pensionables percibidas en los doce últimos meses por cada año de servicios.

3. Si las remuneraciones pensionables hubieran sido aumentadas al trabajador en cincuenta por ciento (50%) o más dentro de los últimos sesenta (60) meses, o entre treinta (30%) y cincuenta por ciento (50%) dentro de los últimos treinta y seis (36) meses, la pensión será regulada en base al promedio de las remuneraciones pensionables percibidas en el período correspondiente a los últimos sesenta (60) o treinta y seis (36) meses, en su caso.

Si el trabajador resultare comprendido en las dos situaciones anteriormente indicadas, se tomará en cuenta el promedio mayor. En los casos en que los incrementos de las remuneraciones pensionables se originen como consecuencia de homologación o de aumentos de remuneraciones con carácter general dispuestos por ley, no será de aplicación el numeral 3.

Artículo 6.- Remuneración pensionable

Es pensionable toda remuneración permanente en el tiempo y regular en su monto que se encuentre sujeta a descuentos para pensiones. No se incorporará a la pensión

aquellos conceptos establecidos por norma expresa con el carácter de no pensionable.

Artículo 7.- Modificaciones a normas sobre las pensiones de sobrevivientes

Sustitúyense los textos de los artículos 25, 32, 34, 35, 36 y 55 del Decreto Ley N° 20530 por los siguientes textos:

Artículo 25.- La suma de los montos que se paguen por viudez y orfandad no podrá exceder del cien por ciento (100%) de la pensión de cesantía o invalidez que percibía o hubiera podido percibir el causante. Si la suma de ellos excediera el cien por ciento (100%), los porcentajes se reducirán proporcionalmente de manera que la suma de todos no exceda dicho porcentaje.

Artículo 32.- La pensión de viudez se otorga de acuerdo a las normas siguientes:

a) Cien por ciento (100%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, siempre que el monto de dicha pensión no supere la remuneración mínima vital.

b) Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima de viudez equivalente a una remuneración mínima vital.

c) Se otorgará al varón sólo cuando se encuentre incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión y no esté amparado por algún sistema de seguridad social.

d) El cónyuge sobreviviente inválido con derecho a pensión que requiera del cuidado permanente de otra persona para efectuar los actos ordinarios de la vida, percibirá además una bonificación mensual, cuyo monto será igual a una remuneración mínima vital, siempre que así lo dictamine previamente una Comisión Médica del Seguro Social de Salud, ESSALUD, o del Ministerio de Salud.

Artículo 34.- Solamente tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de dieciocho (18) años del trabajador con derecho a pensión o del titular de la pensión de cesantía o invalidez que hubiera fallecido.

Cumplida esta edad, subsiste la pensión de orfandad únicamente en los siguientes casos:

a) Para los hijos que sigan estudios de nivel básico o superior, hasta que cumplan los veintiún (21) años.

b) Para los hijos mayores de dieciocho (18) años cuando adolecen de incapacidad absoluta para el trabajo desde su minoría de edad o cuando la incapacidad que se manifieste en la mayoría de edad tenga su origen en la etapa anterior a ella.

En este caso tendrán derecho, además de la pensión de orfandad, al pago de una bonificación mensual cuyo monto será igual a una remuneración mínima vital. La declaración de incapacidad absoluta requiere de un

dictamen previo y favorable de una Comisión Médica del Seguro Social de Salud, ESSALUD, o del Ministerio de Salud.

Tratándose de hijos adoptivos, el derecho a la pensión se genera si la adopción ha tenido lugar antes de que el adoptado cumpla dieciocho (18) años de edad y antes de que el adoptante cumpla sesenta y cinco (65) años de edad y siempre que el fallecimiento ocurra después de treinta y seis (36) meses de producida la adopción. Este último requisito no rige cuando el deceso ocurre por accidente.

Artículo 35.- El monto máximo de la pensión de orfandad de cada hijo es igual al veinte por ciento (20%) del monto de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera podido percibir el causante, observándose lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto Ley N° 20530. En caso de fallecimiento de padre y madre trabajadores o titulares de pensiones de cesantía o invalidez, la pensión de orfandad de cada hijo será igual al cuarenta por ciento (40%) del monto de la pensión más elevada.

Artículo 36.- La pensión de ascendientes corresponde al padre, a la madre, o a ambos, solamente en caso de no existir titular con derecho a pensión de viudez u orfandad.

El monto de la pensión será, para cada uno de ellos, igual al veinte por ciento (20%) de la pensión que percibía o hubiera podido percibir el causante. A efectos de tener derecho a esta pensión, se deberá acreditar haber dependido económicamente del trabajador o pensionista a su fallecimiento, y carecer de rentas e ingresos superiores al monto de la pensión que percibía o hubiera podido percibir el causante.

Artículo 55.- Se extingue automáticamente el derecho a pensión por:

- a) Haber contraído matrimonio o haber establecido uniones de hecho los titulares de pensión de viudez y orfandad;
- b) Haber alcanzado la mayoría de edad los titulares de pensiones de orfandad, salvo que prosigan estudios universitarios, en cuyo caso la pensión continuará hasta que cumplan veintiún (21) años, o que adolezcan de incapacidad absoluta para el trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la presente Ley;
- c) En el caso de hijas solteras mayores de edad que vienen percibiendo pensiones de orfandad conforme a la legislación anteriormente vigente, cuando realicen actividad lucrativa, perciban rentas o se encuentren amparadas por algún sistema de seguridad social;
- d) Percibir rentas o ingresos superiores al monto de la pensión, en el caso de ascendientes;
- e) Haber recuperado el pensionista las facultades físicas o mentales, cuya pérdida determinó el estado de invalidez para el otorgamiento de una pensión, previo dictamen favorable de una Comisión Médica del Seguro Social de Salud, ESSALUD, o del Ministerio de Salud;
- f) Fallecimiento;

g) Haber desaparecido uno de los requisitos exigidos por la ley para el otorgamiento de la pensión."

Artículo 8.- Aguinaldos y gratificaciones

Los pensionistas del régimen del Decreto Ley N° 20530 tienen derecho a percibir aguinaldos o gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad, conforme a lo que señale la ley para tal efecto.

Artículo 9.- Plazos de prescripción

Los plazos de prescripción para la declaración de nulidad de oficio y para la declaración de nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo son contados desde la fecha en que el acto administrativo quedó consentido.

Artículo 10.- Entidad administradora de las pensiones

El Ministerio de Economía y Finanzas es la entidad del Gobierno Nacional que administra el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530.

Toda alusión normativa a entidades responsables de las funciones relacionadas al régimen regulado por la presente Ley debe entenderse como referida al Ministerio de Economía y Finanzas, excepto en lo relativo al pago de las pensiones, mientras esta función no le sea encargada por decreto supremo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Como entidad administradora, el Ministerio de Economía y Finanzas debe establecer un programa de fiscalización permanente con el objeto de asegurar el cumplimiento de las normas vigentes en relación al régimen a que se refiere la presente Ley.

El Ministerio de Economía y Finanzas puede delegar, a otras entidades públicas, mediante decreto supremo, en forma total o parcial, sus facultades y funciones, en otras entidades.

Artículo 11.- Carácter obligatorio de directivas y requerimientos

Los funcionarios y empleados de todas las entidades del Sector Público que tengan en sus planillas personas comprendidas en el régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley N° 20530 están obligados a cumplir, bajo responsabilidad, las directivas y requerimientos que en materia de pensiones emita el Ministerio de Economía y Finanzas.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA.- Adecuación de los trabajadores comprendidos en el Decreto Ley N° 20530 que no cumplen con los requisitos señalados en la presente Ley

Establécese el plazo de noventa (90) días hábiles contados a partir de la vigencia de la presente Ley, para que el trabajador perteneciente al régimen del Decreto Ley N° 20530 que, a la fecha de entrada en vigencia de la modificación a la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, no hubiera cumplido con los requisitos para obtener una pensión conforme a lo establecido en el Decreto Ley N° 20530

y sus modificatorias, debe manifestar por escrito a su empleador su opción entre afiliarse al Sistema Nacional de Pensiones o al Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones, y deberá cumplir con el procedimiento establecido para la afiliación a uno de estos dos regímenes de pensiones.

Los trabajadores que opten por el Sistema Privado de Pensiones recibirán un bono de reconocimiento por sus años de servicios, según las condiciones y procedimientos que disponga el reglamento.

SEGUNDA.- Régimen de jueces y fiscales

Los jueces y fiscales que, a la fecha de entrada en vigencia de la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, cuenten con más de diez (10) años de servicios dentro de la respectiva carrera, que aún no hayan tramitado su incorporación al régimen del Decreto Ley N° 20530, deben solicitarlo por descrito, en un plazo de noventa (90) días hábiles contados desde la vigencia de la presente Ley.

Vencido el precitado plazo sin que hubiera una solicitud expresa, se entenderá que ha optado por permanecer en el régimen previsional en el que actualmente se encuentran.

TERCERA.- Adecuación de las pensiones al tope

El tope a que se refiere el artículo 3 de la presente Ley se aplicará a partir de la vigencia de la presente disposición, de manera progresiva. Las pensiones superiores al valor de dos (2) UIT vigentes a la fecha de promulgación de la presente Ley, se reducirán anualmente a razón de dieciocho por ciento (18%) hasta el año en el que dicha pensión alcance el tope vigente correspondiente.

CUARTA.- Destino del ahorro

En cumplimiento de lo dispuesto en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los recursos que se ahorren como consecuencia de la aplicación del tope a que se refiere el artículo 3 de la presente Ley serán transferidos, bajo responsabilidad de los funcionarios respectivos, al Fondo para la Asistencia Previsional, con el objeto de financiar los incrementos que a continuación se detallan:

1. Las pensiones de los beneficiarios titulares que a la fecha de promulgación de la presente Ley sean menores a S/. 415,00 mensuales se incrementarán hasta dicho monto. El incremento mínimo será de S/. 100,00, pudiendo, en el caso que corresponda, exceder la indicada suma de S/. 415,00.
2. Las pensiones de los beneficiarios titulares que a la fecha de promulgación de la presente Ley sean mayores a S/. 415,00, pero no superiores a S/. 750,00 mensuales, se incrementarán en S/. 100,00.
3. Las pensiones de los beneficiarios titulares que a la fecha de promulgación de la presente Ley sean mayores a S/. 750,00, pero no superiores a S/. 800,00 mensuales, se incrementarán en S/. 50,00.

QUINTA.- Fiscalización de pensiones

Facúltase a la entidad administradora de este régimen de pensiones a iniciar un programa de fiscalización de pensiones, a través del cual se revisarán todos los actos administrativos de incorporación, reincorporación, reconocimiento, calificación de derechos y otorgamiento de beneficios y nivelaciones bajo el Decreto Ley N° 20530 y sus normas modificatorias, a fin de detectar los actos que hayan sido efectuados con infracción de las normas, identificar aquellos actos administrativos nulos y cualquier otra irregularidad o ilegalidad, con el objeto de promover las acciones administrativas y judiciales correspondientes y determinar las responsabilidades a que hubiere lugar.

Esta fiscalización no alcanza a los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto, o que las respectivas acciones hubieran prescrito, atendiendo al plazo prescriptorio que corresponda en cada caso.

SEXTA.- Defensa de procesos administrativos y judiciales

Las entidades del Sector Público que estuvieran en calidad de demandantes o demandadas en procesos administrativos y judiciales relacionados con el Decreto Ley N° 20530, continuarán bajo su defensa y cargo hasta que se emitan las disposiciones correspondientes y se realice la transferencia de estos procesos.

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA.- Texto Único Ordenado

Facúltase al Poder Ejecutivo para que, mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, apruebe el Texto Único Ordenado del Régimen Cerrado de Pensiones del Decreto Ley N° 20530.

SEGUNDA.- Precisión a la Ley del Profesorado

Precisase que el ingreso al servicio magisterial válido para estar comprendido en el régimen pensionario regulado por el Decreto Ley N° 20530, es en condición de nombrado o contratado hasta el 31 de diciembre de 1980, y siempre que haya estado laborando conforme a la Ley del Profesorado al 20 de mayo de 1990. Para tal efecto, es requisito que el profesor cuente con la respectiva resolución de incorporación a dicho régimen y/o aportes al mismo.

TERCERA.- Derogatorias

Deróganse los artículos 27, 29, 30, 31, 44, 49, 50, 51 y 52 del Decreto Ley N° 20530; Ley 23495; Ley 25008; artículo 58, modificado por la Ley 25212, y artículo 59 de la Ley 24029; literal b del artículo 60 de la Ley 24029, con excepción del derecho de percibir las gratificaciones por Navidad y Fiestas Patrias; Ley 27719; el artículo 2 de la Ley 28047 y todas las demás disposiciones que se opongan a lo establecido en la presente Ley.

CUARTA.- Vigencia

La presente Ley entrará en vigencia desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, excepto las disposiciones contenidas en la Tercera y Cuarta Disposiciones Transitorias, las mismas que entrarán en vigencia a partir del 1 de enero de 2005.

IV. ANTECEDENTES

A. Demandas

a. Respecto al Expediente N° 0050-2004-AI/TC.

Con fecha 6 de diciembre de 2004, el Ilustre Colegio de Abogados del Cusco interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 2 y 3 de la Ley N° 28389, ley que modifica los artículos 11, 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política.

El demandante alega los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

- Que la norma impugnada incurre en una inconstitucionalidad por la forma, porque no se respetaron los límites de la reforma constitucional desarrollados en la sentencia recaída del Expediente N° 014-2002-AI/TC.

- Que es inconstitucional por el fondo, porque con la modificación del artículo 103 y de la Primera Disposición Final y Transitoria, se determina que las normas se apliquen a las relaciones jurídicas existentes, lo que en materia pensionaria significa que se está despojando a los pensionistas de sus derechos ya adquiridos. Añade que, en todo caso, la modificación debería orientarse a quienes aún no han adquirido el derecho, en adelante, y no en forma retroactiva en términos objetivos.

- Que a la familia le corresponde una especial protección en materia de seguridad social, de modo que, al atentarse contra la irrenunciabilidad de los derechos sociales, se desconoce el carácter alimentario de las pensiones.

- Que el derecho a la pensión se entiende como una relación jurídica de Derecho Público Patrimonial de carácter obligatorio, cuya prestación principal es la pensión mensual que cuantitativamente se otorga, estimada en base a la proporción de las aportaciones.

- Que la norma impugnada ha sustituido sustancialmente el sistema de la seguridad social en lo que concierne a los derechos de los titulares, sobrevivientes, trabajadores y ciudadanía en general y, por lo tanto, viola la Constitución, principalmente en sus artículos 1, 2 incisos 1, 2 y 16, 10, 11, 12, 16, 26 inciso 2; 5 y 103 y en la Primera Disposición Final y Transitoria, referida a los derechos adquiridos de los pensionistas del Decreto Ley N° 20530, y Segunda Disposición Final y Transitoria, que trata sobre el reajuste periódico y progresivo de los derechos sociales.

- Que la ley de reforma constitucional afecta los regímenes pensionarios regulados por el Decreto Ley N° 20530 y el Decreto Legislativo N° 19990, los de las Fuerzas Armadas y Policiales, a los trabajadores en actividad y a la ciudadanía en general, puesto que desaparecerá la protección de los derechos adquiridos y la nivelación quedará prohibida constitucionalmente. Con ello se

pretendería burlar la sentencia de inconstitucionalidad que en su momento dejó sin efecto la Ley N° 27617, que pretendió hacer efectivos dichos recortes.

- Que la norma impugnada contravendría jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que considera que el derecho pensionario se obtiene desde el momento en que se reúnen los requisitos establecidos por ley, incluso en el supuesto de que el trabajador permanezca laborando.

- Que se estaría posibilitando reformular las previsiones legales en materia pensionaria previstas y ofrecidas por las AFP.

- Que se atenta contra la seguridad jurídica y contra el derecho a la propiedad, al no respetarse los criterios del *test* de razonabilidad, ni preverse ningún tipo de resarcimiento a favor de los pensionistas.

- Que si lo que se busca es la financiación del sistema pensionario con equidad, razonabilidad y proporcionalidad, se debería recurrir a la contribución solidaria conforme lo prevé la Ley N° 28046, y no afectando derechos fundamentales reconocidos.

b. Respecto al Expediente N° 0051-2004-AI/TC

Con fecha 7 de diciembre de 2004, el Ilustre Colegio de Abogados del Callao interpone demanda de inconstitucionalidad contra el segundo y quinto párrafo del texto modificatorio de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993, contenido en el artículo 3 de la Ley N° 28389, debido a que su existencia legislativa colisiona abiertamente los artículos 70 y 103 de la Constitución.

El demandante aduce los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

- Que el Tribunal Constitucional deba dictar una sentencia interpretativa reductora, a fin de establecer que el texto legal de la norma impugnada sólo puede ser entendido como aplicable para aquellos trabajadores del Estado que son beneficiarios del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 y que no han consolidado o adquirido su derecho a la nivelación de pensiones hasta antes de que entre en vigencia la modificación constitucional, por no haber cumplido con laborar por veinte o más años en la Administración Pública.

- Que la ley de reforma constitucional afecta la protección de los derechos adquiridos, en la medida que las normas legales que reconocen derechos fundamentales no pueden ser dejadas de lado por quienes las han reconocido, es decir, por el propio Estado.

c. Respecto al Expediente N° 004-2005-PI/TC

Con fecha 15 de febrero de 2005, más de cinco mil ciudadanos, representados por los señores Juan Peña Figueroa, Víctor Lazo Cárdenas y Adolfo Juan Arbulú Castro, interponen demanda de inconstitucionalidad contra el segundo y quinto párrafo del texto modificatorio de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, contenido en el artículo 3 de la

Ley N° 28389; asimismo, solicitan que se extienda la declaración de inconstitucionalidad, por conexión o consecuencia, a los artículos 3, 4 y 7 (en el extremo de la modificación del artículo 32, 35 y 36 del Decreto Ley N° 20530) de la Ley N° 28449, que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530, en la parte que no contiene la salvedad de no ser aplicables a los trabajadores y pensionistas beneficiarios del Decreto Ley N° 20530 que ya han consolidado su derecho a la nivelación de pensiones.

Los demandantes argumentan los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

- Que el Tribunal Constitucional debe declarar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas mediante una sentencia aditiva que agregue a los artículos impugnados el concepto de que sólo pueden ser entendidos como aplicables para aquellos trabajadores del Estado que son beneficiarios del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 y que no ha consolidado o adquirido su derecho a la nivelación de pensiones hasta antes de la entrada en vigencia de la modificación normativa.

- Que las pensiones de sobrevivientes, incluida la de viudez, están ligadas a la pensión obtenida por su titular o causante, y que así como dicha pensión una vez consolidada no puede ser modificada sino respecto de quienes tienen aún un derecho no consolidado, las modificaciones que se hagan a las pensiones de viudez deben aplicarse únicamente a los sobrevivientes de quienes al momento de la emisión de la norma modificatoria aún no habían consolidado su derecho previsional, es decir, en caso que no hubiesen cumplido la condición suspensiva del fallecimiento del causante, por ser una modalidad de acto jurídico y no un requisito.

- Respecto a la sustitución del artículo 35 del Decreto Ley N° 20530, que el nuevo texto legal que establece la Ley N° 28449 ha variado el porcentaje de las pensiones de orfandad en forma descendente, tanto en los casos que exista o no exista cónyuge.

- Finalmente, que las normas legales que reconocen derechos fundamentales no pueden ser dejadas de lado por parte de quien las ha reconocido, es decir, el propio Estado.

d. Respecto al Expediente N° 007-2005-PI/TC

Con fecha 3 de marzo de 2005, más de cinco mil ciudadanos, representados por don Carlos Blancas Bustamante, interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3 de la Ley N° 28389, solicitando, asimismo, que la declaración de inconstitucionalidad se extienda, por conexión o consecuencia, a la Ley N° 28449, que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530, así como a las demás normas legales que se hayan dictado o se dicten después de haberse interpuesto la presente demanda, y que tengan como sustento el nuevo texto constitucional aprobado por la Ley N° 28389.

Los demandantes precisan los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

- Que la Ley N° 28389 incurre en vicio de inconstitucionalidad referido al fondo, dado que su contenido excede la potestad de reformar la Constitución asignada al Congreso en el artículo 206 de la Constitución, y transgrede los límites materiales de la reforma constitucional, pues está prohibido al legislador que adopte leyes y reformas que vacíen de contenido a los derechos o intereses legales, con el propósito de privarlos de efectos reales y prácticos mediante su poder de legislar.

- Que la norma sometida a control constitucional reforma malamente los derechos fundamentales a la seguridad social y a la propiedad, desconociendo su prelación como principios y valores superiores del Estado Constitucional, concepción humanista que se encuentra plasmada en el artículo 1 de la Constitución. Agregan que estos derechos están consagrados en los principales tratados internacionales de protección de los derechos humanos, los mismos que han sido formalmente ratificados por el Perú, por lo que tienen un preeminente nivel de protección por su carácter de derechos humanos fundamentales, de conformidad con lo establecido por el artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

- Que el artículo 3 de la Ley N° 28389, que modifica la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, vulnera flagrantemente el contenido esencial de esta norma constitucional, porque establece la aplicación inmediata de las nuevas reglas pensionarias que se establezcan por ley, produciéndose la 'desconstitucionalización' o 'desfundamentación' de los derechos a la seguridad social, especialmente el derecho a la nivelación de las pensiones de jubilación, que ostenta rango constitucional en virtud de la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, y cuya aplicación ultractiva fue garantizada a quienes hubieran adquirido legalmente el derecho por la Primera Disposición Final y Transitoria de la actual Constitución. Y, además, que se prohíbe la nivelación de las pensiones con las remuneraciones y se elimina el derecho al reajuste de las pensiones, al subordinársele a las decisiones y posibilidades económicas del Estado.

- Finalmente, que en el marco del Estado social consagrado en el artículo 43 de la Constitución, es en sí mismo un deber de la autoridad garantizar la aplicación progresiva de los derechos sociales conforme al cual, si bien los mandatos constitucionales en que residen tales derechos no son, en todos los casos, inmediatamente aplicables por el Estado obligado a cumplirlos, éste debe tender, de una manera clara y constante, a su realización progresiva, según su capacidad económica y las posibilidades de la sociedad.

e. Respecto al Expediente N° 009-2005-PI/TC

Con fecha 9 de marzo de 2005, el Ilustre Colegio de Abogados del Cusco interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28449, específicamente sus artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11, y su

Primera, Tercera y Quinta Disposición Final y Transitoria.

El demandante esgrime los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

- Que los pensionistas se ven afectados en la medida que, sin tenerse en cuenta los derechos adquiridos, la ley impugnada aplica nuevas reglas a los pensionistas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530; agregando que, en el nuevo marco normativo, la nivelación de las pensiones queda prohibida y se establecen máximos a los montos pensionarios.

- Que se quebranta la seguridad jurídica en la medida que la ley sometida a control constitucional pretende modificar o suprimir derechos fundamentales, como lo son los derechos legalmente adquiridos en materia pensionaria, a la vida, a la dignidad, a la igualdad ante la ley, a la propiedad, 'a la irretroactividad de las normas', a la intangibilidad de los fondos de pensiones, a la seguridad social y a la progresividad de los derechos sociales.

- Que siendo el Congreso de la República un poder constituido, no puede exceder las atribuciones que le otorga la propia Constitución. Así, al desarrollar una norma que es contraria no sólo al orden legal sino a los fallos jurisprudenciales que en materia constitucional delimita las facultades del Congreso, se estaría atentando también contra la garantía de la cosa juzgada. Añade que muchos pensionistas han conquistado sus derechos pensionarios en la vía judicial; y que, sin embargo, la ley impugnada justifica toda decisión que en lo sucesivo regule el cumplimiento de las obligaciones pensionarias, desconociendo la protección efectiva a la tutela jurisdiccional efectiva y la seguridad jurídica de los pensionistas, así como las sentencias de inconstitucionalidad que han reivindicado los derechos pensionarios.

B. Contestaciones de demanda

a. Respecto al Expediente N° 0050-2004-AI/TC

Con fecha 11 de abril de 2005, don Carlos Mesía Ramírez se apersona al presente proceso en calidad de apoderado del Congreso de la República, en mérito del Acuerdo de Mesa N° 511-2004-2005-MESA/CR, para solicitar que se declare infundada la demanda de inconstitucionalidad promovida por el Ilustre Colegio de Abogados del Cusco contra los artículos 1, 2 y 3 de la Ley N° 28389, sosteniendo que no contraviene la Constitución, directa ni indirectamente, parcial o totalmente, ni por el fondo o la forma, de modo que no se configuran las causales establecidas en el artículo 75 del Código Procesal Constitucional.

El demandado aduce los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

- Que el principio de presunción de constitucionalidad exige interpretar la norma conforme a la Constitución, con buena fe, a fin de no emitir juicios negativos sobre la aplicación de la futura ley. Así, el análisis acerca de la constitucionalidad no puede partir de un juicio *a priori*, en

el sentido de que la ley ha sido dada para incumplir con las obligaciones sociales adeudadas a la población.

- Que la reforma responde a razones de equidad social y sostenibilidad financiera, dada la necesidad de subsistencia del régimen, así como la mejora de la situación de la mayor parte de los pensionistas del Decreto Ley N° 20530 y, fundamentalmente, de todo el sistema pensionario como parte integrante de la seguridad social. Así, la universalidad alegada por el demandante supone que la cobertura debe extenderse gradualmente a un número de personas cada vez mayor, y que, dentro de este proceso de extensión, no pueden aceptarse desigualdades de ninguna índole, siendo la instancia legislativa la competente para adoptar y determinar cuáles son los grupos que requieren con mayor urgencia la ampliación de la cobertura. Así, al cerrarse un régimen desfinanciado se garantiza el principio de universalidad y el principio de eficacia, previstos por la ley de reforma, dejando de beneficiarse sólo a un 3,5% de la totalidad de pensionistas.

- Que el ahorro presupuestal que se origina con la aplicación de topes progresivos a las pensiones de acuerdo con la Ley N° 28449 y el Decreto Supremo N° 016-2005-EF, rige a partir del mes de enero de 2005 a favor de las pensiones menores a S/. 800,00 y de los pensionistas que hayan cumplido 65 años de edad, alcanzándose el objetivo principal del sistema pensionario, cual es que todos tengan acceso a una pensión y que ésta ascienda a un monto razonable, puesto que la existencia del sistema no se limita al derecho de los trabajadores a ser pensionistas, sino que también se refiere a la razonabilidad del monto percibido.

- Que no tiene asidero afirmar que se verán privados de ejercitar su derecho a la seguridad los casi trescientos mil trabajadores que se encuentran en actividad prestando servicios al estado. Agrega que la reforma constitucional y la ley que modifica las reglas pensionarias precisan que el derecho a la seguridad se ejerce bien en el Sistema Privado de Pensiones (AFP) o bien en el sistema público (Decreto Ley N° 19990), en la medida que el régimen del Decreto Ley N° 20530 ha quedado definitivamente cerrado.

- Que la definición de los límites materiales del derecho a la seguridad social planteada por el demandante es interesada; y, que la ley de reforma constitucional no transgrede el principio de intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social, pues ésta puede verse favorecida con la disposición agregada como segundo párrafo del artículo 11 de la Constitución.

- Que, para la seguridad social, las pensiones son pagos periódicos e indeterminados que se otorgan a los afiliados a un sistema determinado de protección cuando se presentan las contingencias que habilitan su abono, las mismas que son otorgadas luego de cumplirse los requisitos que la ley establece, y que tienden a variar de acuerdo a su naturaleza: jubilación, cesantía, sobrevivientes (viudez, orfandad y ascendientes). En esa medida, la Constitución en su artículo 11 se circunscribe a garantizar a la persona el libre acceso, y

de forma progresiva, a la pensión, y a supervisar su eficaz funcionamiento como prestación de la seguridad social.

- Que la afirmación de los demandantes es falsa en el extremo en que alegan que no se les hizo conocer el procedimiento seguido para la elaboración de la ley de reforma constitucional, omitiéndose con ello el estricto cumplimiento de lo previsto por los artículos 59, 69 y 70 del Reglamento del Congreso de la República, ya que sí fueron recogidas y sumilladas las sugerencias y observaciones planteadas por los representantes de los pensionistas.

- Que el erróneo entendimiento de la teoría de los hechos cumplidos, lleva al demandante a plantear una pretensión insostenible y contraria al criterio establecido por el Tribunal Constitucional, respecto a la posibilidad de limitar al derecho pensionario en función a la situación económica, social y política del país.

b. Respecto al Expediente N° 0051-2004-AI/TC

Con fecha 8 de marzo de 2005, don Carlos Mesía Ramírez se apersona al presente proceso en calidad de apoderado del Congreso de la República, en mérito a la Resolución N° 060-2004-2005-P/CR, para solicitar que se declare infundada la demanda de inconstitucionalidad promovida por el Ilustre Colegio de Abogados del Callao contra el artículo 3 de la Ley N° 28389, sosteniendo que no contraviene la Constitución, directa ni indirectamente, parcial o totalmente, ni por el fondo o la forma, de modo que no se configuran las causales establecidas en el artículo 75 del Código Procesal Constitucional.

El demandado alega los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

- Que es obsoleta la *vexata questio* acerca de la existencia de normas inconstitucionales en el texto escrito de la Constitución, dado que los principios que rigen la interpretación constitucional obligan al intérprete a ceñirse a ellos, a fin de encontrar el resultado constitucionalmente correcto por medio de un procedimiento racional, controlable, debidamente fundamentado, que produzca certeza y seguridad jurídica.

- Que el propio Tribunal Constitucional es el que ha establecido los criterios que habilitan una reforma constitucional y la revisión y perfeccionamiento del sistema de seguridad social en pensiones.

- Que la inequidad entre el régimen del Decreto Ley N° 20530 y otros regímenes pensionarios, e incluso al interior del primero, justifican la opción adoptada por la ley de reforma constitucional. Añade que ésta se condice con los instrumentos de protección de los derechos humanos y con la doctrina del Tribunal Constitucional, puesto que se trata de una ley que tiene como objeto el bienestar general dentro de una sociedad democrática, que no contradice el propósito y la razón de ser de los derechos económicos, sociales y culturales.

- Que el desarrollo progresivo de los derechos sociales debe ser entendido e interpretado respecto de la población

en general, y no en función de un grupo pequeño de pensionistas, atendiendo, tal como lo hace el texto de reforma constitucional, a la equidad e interés social.

- Que para la seguridad social, las pensiones son pagos periódicos e indeterminados que se otorgan a los afiliados a un sistema determinado de protección, cuando se presentan las contingencias que habilitan su abono, las mismas que son otorgadas luego de cumplirse los requisitos que la ley establece, y que tenderán a variar de acuerdo a su naturaleza: jubilación, cesantía, sobrevivientes (viudez, orfandad y ascendientes). En esa medida, la Constitución, en su artículo 11, se circunscribe a garantizar a toda persona el libre acceso, en forma progresiva, a la pensión, y a supervisar su eficaz funcionamiento como prestación de la seguridad social.

- Que la teoría de los derechos adquiridos es insostenible, pues supone en el ordenamiento jurídico la existencia de situaciones jurídicas inmunes a la ley o la presencia de leyes que siguen vigentes aún después de haber sido derogadas.

- Que el ahorro presupuestal que se origina con la aplicación de topes progresivos a las pensiones de acuerdo con la Ley N° 28449 y el Decreto Supremo N° 016-2005-EF, rige a partir del mes de enero de 2005 a favor de las pensiones menores a S/. 800,00 y de los pensionistas que hayan cumplido 65 años de edad, alcanzándose el objetivo principal del sistema pensionario, cual es que todos tengan acceso a una pensión y que ésta ascienda a un monto razonable, dado que la existencia del sistema no se limita al derecho de los trabajadores a ser pensionistas, sino también a la razonabilidad del monto percibido.

c. Respecto a los Expedientes 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC y N.º 009-2005-PI/TC

Con fecha 15 de abril de 2005, don Carlos Mesía Ramírez se apersona al presente proceso en calidad de apoderado del Congreso de la República, en mérito de las Resoluciones N° 069-2004-2005-P/CR y N° 076-2004-2005-P/CR, para solicitar que se declaren infundadas las demandas de inconstitucionalidad N° 004-2005-PI/TC y N° 007-2005-PI/TC, presentadas por dos grupos de cinco mil ciudadanos contra los artículos 3 de la Ley N° 28389, y, por conexión, contra la Ley N° 28449, que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530; así como la demanda de inconstitucionalidad N° 009-2005-PI/TC presentada por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N° 28449, manifestando que dichas normas impugnadas no contravienen la Constitución, directa ni indirectamente, parcial o totalmente, ni por el fondo o la forma; no configurándose las causales establecidas en el artículo 75 del Código Procesal Constitucional.

El demandado aduce los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

- Que es obsoleta la *vexata questio* acerca de la existencia de normas inconstitucionales en el texto escrito de la Constitución, en la medida que los principios que rigen la

interpretación constitucional obligan al intérprete a ceñirse a ellos, a fin de encontrar el resultado constitucionalmente correcto por medio de un procedimiento racional, controlable, debidamente fundamentado, que produzca certeza y seguridad jurídica.

- Que la reforma del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 era necesaria por razones sociales, administrativas y fiscales, como se expone en el proyecto de ley de reforma y en el proyecto de ley que originó posteriormente la Ley N° 28449, y cuyo objetivo es brindar una mayor equidad en el pago de las pensiones.

- Que la reforma tendrá un impacto significativo en la carrera pública, pues permitirá diseñar una política de remuneraciones moderna, transparente y dirigida a fomentar el buen desempeño de los trabajadores públicos, más aún si todo incremento, inclusive el destinado a objetivos concretos o vinculados directamente a la condición laboral de un grupo de trabajadores, tiene efectos inmediatos a favor de los jubilados. En este sentido, las remuneraciones de los trabajadores públicos y las pensiones de los jubilados deben tener un tratamiento independiente, con sus propias reglas, requisitos, fondos y proyecciones.

- Que el ahorro presupuestal que permitirá la aplicación de topes progresivos a las pensiones de acuerdo con la Ley N° 28449 y el Decreto Supremo N° 016-2005-EF, rige a partir del mes de enero de 2005 a favor de las pensiones menores a S/. 800,00 y de los pensionistas que hayan cumplido 65 años de edad, alcanzándose el objetivo principal del sistema pensionario, cual es que todos tengan acceso a una pensión y que ésta ascienda a un monto razonable, dado que la existencia del sistema no se limita al derecho de los trabajadores a ser pensionistas sino que también se refiere a la razonabilidad del monto percibido.

- Que la definición de los límites materiales del derecho a la seguridad social esgrimida por el demandante es interesada; y que la ley de reforma constitucional no transgrede el principio de intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social, sino que puede verse favorecida con la disposición agregada como segundo párrafo del artículo 11 de la Constitución.

- Que en los diversos instrumentos internacionales ratificados por el Perú referidos a la seguridad social, las disposiciones son centralmente programáticas, las cuales han sido respetadas escrupulosamente tanto por la reformada Primera Disposición Final y Transitoria, como por las normas posteriormente promulgadas.

- Que la teoría de los derechos adquiridos es insostenible, pues supone en el ordenamiento jurídico la existencia de situaciones jurídicas inmunes a la ley, o la presencia de leyes que siguen vigentes aún después de haber sido derogadas. Por lo tanto, plantear la vigencia del derecho a la nivelación aún después de la modificación incorporada supone la asunción de una tesis que no sólo no tiene base en el texto constitucional, sino que colisiona frontalmente con la opción normativa adoptada, resultando, por ende, carente de sustento.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALES RELEVANTES DE PRONUNCIAMIENTO

Ø Respecto a la Ley N° 28389, Ley de reforma constitucional

· ¿Cuál es el ámbito de control de la constitucionalidad del Tribunal Constitucional respecto a la ley de reforma constitucional relacionada con el régimen pensionario? En consecuencia:

- ¿Hasta qué punto es competente este Colegiado para controlar una ley de reforma constitucional a la cual se encuentra sometido, al ser la Constitución nuestro parámetro de actuación para resolver un proceso de inconstitucionalidad?

- ¿De qué forma se define el canon constitucional de interpretación que será utilizado para resolver el presente proceso de inconstitucionalidad?

- ¿De qué forma se define la independencia del Tribunal Constitucional a la hora de resolver?

· ¿Cómo se establece el examen de control de la constitucionalidad de la ley de reforma constitucional determinada por el poder constituyente derivado? Por lo tanto,

- ¿De qué manera se configuran los límites a la reforma constitucional?

- ¿Se ha vulnerado, al momento de aprobar la ley, el procedimiento de reforma constitucional exigido por la propia Constitución?

- ¿Afecta la presente reforma los límites materiales que la determinan, por contravenir el contenido de los derechos fundamentales?

· Entrando al fondo de la cuestión, ¿cuál es el sentido social del derecho a la pensión? Por tal razón,

- ¿Cómo aparece reconocido el derecho a la pensión dentro de un Estado social y democrático de derecho y dentro de una economía social de mercado?

- ¿De qué forma la seguridad social constituye una garantía institucional del derecho a la pensión?

- ¿Cuál es el criterio de justicia que debe ser observado como substrato del derecho a la pensión?

· ¿Cómo se configura el derecho a la pensión? En tal sentido:

- ¿Se deben utilizar en este derecho la categoría de derechos humanos, de derechos constitucionales o de derechos fundamentales?

- ¿Cómo se concretiza la titularidad del derecho fundamental a la pensión?

- ¿Es compatible con su carácter de derecho fundamental, la exigencia de la teoría de los derechos adquiridos y la progresividad de su tratamiento?

- ¿Cómo se analiza el carácter patrimonial del derecho a la pensión?

· ¿Es constitucionalmente legítima la existencia de una reforma pensionaria como la realizada? Así,

- ¿En qué sentido se ha respetado el contenido esencial del derecho a la pensión en la reforma constitucional?

- ¿Cuál es la forma de aplicación del *test* de razonabilidad a la equidad pensionaria?

Ø Respecto a la Ley N° 28449

· ¿Qué consideraciones generales se deben observar respecto a la resolución de un proceso de inconstitucionalidad de una ley? Por ello, corresponderá analizar lo siguiente:

- ¿Cuál es el canon de interpretación constitucional que debe ser utilizado para evaluar la inconstitucionalidad de la ley?

- ¿Qué se entiende por la configuración legal del derecho fundamental a la pensión?

- ¿Existe alguna inconstitucionalidad formal en el *iter* legislativo seguido?

· Respecto a la inconstitucionalidad material, ¿son constitucionalmente válidas las nuevas reglas pensionarias? En consecuencia,

- ¿Cómo se aplican a los trabajadores vinculados al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530?

- ¿Resultan constitucionales la determinación y los criterios de aplicación del monto máximo de las pensiones?

- ¿Cómo se debe fijar la pensión mínima?

- ¿Supera el *test* de razonabilidad que el reajuste pensionario utilice la edad como criterio de diferenciación?

- ¿Afecta el criterio de igualdad el distinto tratamiento entre hombres y mujeres con relación a la pensión de viudez?

- ¿Es constitucional la configuración legal de la pensión de orfandad?

· ¿De qué manera este Colegiado establece la exigibilidad de la sentencia emitida? En consecuencia,

- ¿Se encuentra sometida la Administración al cumplimiento y respeto de la Constitución?

- ¿Hacia dónde debe destinarse el ahorro presupuestario respecto a las pensiones?

- ¿En qué medida se pueden homologar los regímenes pensionarios?

VI. FUNDAMENTOS RESPECTO A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY N° 28389 QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 11, 103 Y PRIMERA DISPOSICIÓN FINAL Y TRANSITORIA DE LA CONSTITUCIÓN

A. EL ÁMBITO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO A UNA LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL

§1. LA COMPETENCIA PARA EXAMINAR UNA LEY QUE REFORMA LA CONSTITUCIÓN

1. El principio político de la soberanía popular y el Tribunal Constitucional

El artículo 45 de la Constitución establece que el poder del Estado emana del pueblo, lo cual constituye la expresión política del principio de la soberanía popular, propio de todo Estado social y democrático de derecho con el que se identifica la Nación, y a la cual este Colegiado debe remitirse.

Con relación al Tribunal Constitucional, se sostiene que la Constitución "(...) no se limita a su simple mención ni a la mera enumeración de sus funciones o de alguna competencia aislada, como puede ser el caso de los órganos o instituciones 'constitucionalmente relevantes', sino que determina su composición, los órganos y método de designación de sus miembros, su *status* institucional y su sistema de competencias, o, lo que es lo mismo, recibe *ipso iure* de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición y posición de órganos"¹¹¹.

En tal medida, este Colegiado ha establecido, como parte del fundamento 2 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 014-2003-AI/TC, Caso Alberto Borea Odría, sobre la Inconstitucionalidad de la Constitución Política de 1993, que "(...) la Constitución, así, termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas".

En tal contexto, en toda institución pública, quienes ejerzan el poder deben estar sometidos a la expresión popular propia de un régimen democrático que se encuentra consagrada en el texto constitucional. Así, se "(...) establece también como instrumento máximo de garantía un Tribunal Constitucional, cuya misión, a la postre, no es otra que la de impedir que ningún poder constituido pueda ir en contra de la voluntad soberana del pueblo, actuada y expresada, como poder constituyente, en la propia Constitución"¹¹².

2. El principio jurídico de la soberanía constitucional y el Tribunal Constitucional

En el mismo artículo 45 de la Constitución, refiriéndose al poder, se prescribe que "(...) quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen".

En tal sentido, es indudable que este Colegiado se encuentra plenamente sometido a la eficacia y fuerza normativa de la Constitución. Este es, justamente, el principio jurídico de la soberanía constitucional.

Es más, por definición, la actividad del Tribunal Constitucional es tutelar la constitucionalidad de los actos y las normas en un Estado social y democrático de derecho. Por lo tanto, tal como lo señala el artículo 1 de su propia Ley Orgánica, Ley N° 28301, este Colegiado "(...) se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica".

De ello se desprende que, al ser un órgano primordial en la configuración y vigencia del Estado social y democrático de derecho, el Tribunal Constitucional debe propiciar en un máximo sentido que la Constitución sea cumplida en toda su plenitud y dimensión.

Así, y a propósito de un proceso de inconstitucionalidad, en el fundamento 3 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0001-2002-AI/TC, Caso de la Municipalidad Provincial de Huaura, sobre Inconstitucionalidad de Ordenanza, este Colegiado afirmó que en todo proceso sometido a su competencia se debe reconocer que "(...) la Constitución (...) actúa como parámetro, en la medida que es la *Lex Legum*".

Entonces, debe definirse si este Colegiado se encuentra capacitado para analizar, en una demanda de inconstitucionalidad, una ley de reforma constitucional, como lo es la Ley N° 28389. Es más, no se puede desconocer el hecho de que el contenido de esta ley de reforma, por haber cumplido el *iter* legislativo de su aprobación -doble votación calificada en el Congreso-, se ha integrado a la propia Norma Fundamental. Se deben revisar las posiciones al respecto.

3. La discutible consideración del control de la reforma constitucional como 'cuestión política no justiciable'

Se ha considerado la posibilidad de excluir expresamente al Tribunal de cualquier acto de modificación constitucional, porque se asignaría a éste la condición de cuestión política no justiciable. Se arguye que, al no estar prevista expresamente en el artículo 200, inciso 4 de la Constitución la ley de reforma constitucional, no podría aparecer como objeto de impugnación a través de un proceso de inconstitucionalidad, tema sobre el cual se volverá *infra*.

Este Colegiado ya se ha referido a las *political questions*, señalando, como parte del fundamento 11 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 340-98-AA/TC, Caso Guillermo Rey Terry, sobre Afectación al Debido Proceso en Destitución por el Congreso, "(...) que tal potestad no es ilimitada o absolutamente discrecional, sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros; uno de ellos y quizás el principal, el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad".

Sin embargo, en el presente proceso, tal como se analizará a continuación, es pertinente que el Tribunal Constitucional, como principal garante de la Constitución, vele porque la Norma Suprema no sea en sí misma vulnerada a través de normas modificatorias que puedan atentar tanto contra los principios jurídicos y valores democráticos básicos sobre los cuales se sustenta, como contra los procedimientos establecidos para una

reforma constitucional. Por lo tanto, este Colegiado debe esclarecer si la norma impugnada atenta, o no, contra los 'contenidos fundamentales' y los procedimientos de reforma previstos en la propia Constitución.

4. El parámetro que se utilizará en las presentes demandas de inconstitucionalidad

Si bien, *prima facie*, se ha determinado la competencia de este Colegiado para analizar las demandas de inconstitucionalidad de una ley de reforma constitucional, es conveniente precisar cuál será su parámetro exacto de actuación.

La controversia se suscita porque, de un lado, la Constitución es el parámetro básico de actuación del Tribunal Constitucional, y, por otro, se solicita que se analice la validez de la reformada Constitución. Es decir, que este Colegiado podría llegar a examinar, como parte de su competencia implícita, su propio marco constitucional de control. La determinación de tal parámetro es esencial para que se pueda asumir la atribución de examinar una ley de reforma constitucional, como lo es la Ley N° 28389.

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 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 sobre la base del 'contenido fundamental' protegido implícitamente en la Constitución.

5. La determinación de competencia

Este Colegiado es competente para analizar las reformas constitucionales impugnadas por las demandas que eventualmente podrían afectar el 'contenido fundamental' -también denominado 'fórmula política'- de la Constitución, sobre todo en su ámbito social y, en especial, el pensionario. Para tal efecto, en el desarrollo de esta sentencia será imprescindible determinar tal 'contenido fundamental' y establecer, previamente, cuáles son los límites materiales y formales que existen respecto a una reforma constitucional.

El marco adecuado que brinda la Constitución al Tribunal Constitucional permite señalar que este proceso vital del Estado, como un todo, "(...) en cuanto duradera renovación

y progreso de la voluntad comunitaria estatal como unidad vital y real, es regulado por la Constitución"²¹.

Por lo tanto, será imprescindible analizar los límites materiales y formales a los cuales se somete el Congreso nacional para realizar una ley modificatoria de la Constitución, más aún si en el fundamento 62 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 014-2002-AI/TC, Caso Colegio de Abogados del Cusco, sobre la Ley de Reforma Total de la Constitución, este Colegiado precisó que "(...) en caso que los poderes constituidos pretendieran distorsionar el marco de las atribuciones que les ha conferido la Constitución, estarían desconociendo la voluntad del poder creador e invadiendo competencias que, por principio, se encuentran totalmente vedadas. Consecuentemente, que el Poder Constituyente no pueda ser desconocido por los poderes constituidos, depende, en buena medida, de que la Constitución haya establecido sobre aquéllos un sistema de limitaciones explícitas en su ejercicio y un adecuado sistema de control que asegure el cumplimiento de tales límites".

En consecuencia, el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, y en tanto vocero del poder constituyente, es el titular legitimado para ejercer el control jurídico del poder constituido. Por tal razón, este Colegiado es el órgano competente para analizar la constitucionalidad de la ley de reforma constitucional del régimen pensionario previsto en el Decreto Ley N° 20530.

§2. EL CANON DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

6. El análisis de la presunción de constitucionalidad de las leyes

Determinada la competencia de este Tribunal para resolver la presente causa, se mantiene aún la dificultad de establecer con precisión cuál es el parámetro que servirá para declarar inconstitucional, o no, la Ley N° 28389.

Si, según el artículo 109 de la Constitución, "(...) la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial",

es posible que el principio de la presunción de constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Congreso de la República pueda fundamentarse, siempre y cuando hayan sido expedidas por un órgano democrático y de acuerdo al procedimiento establecido, en tanto expresión directa del principio político de soberanía popular y del principio jurídico de la soberanía constitucional antes enunciados.

Esta presunción cuenta con un grado superior o reforzado de legitimidad en caso que la ley aprobada sea una de reforma constitucional, siempre que hubiese sido dictada por el poder constituyente instituido del que goza el Congreso nacional, en este caso a través del poder de reforma constitucional establecido en el artículo 206 de la Constitución.

7. La presentación de una disyuntiva sobre la norma constitucional que debe utilizarse

En la Audiencia sobre el presente caso llevada a cabo el día 3 de mayo del 2005, las partes asumieron posiciones encontradas al respecto, no llegándose a definir con claridad si las demandas planteadas deben analizarse a la luz de las normas constitucionales ahora vigentes –o sea, ya reformadas-, o si, por el contrario, corresponde el examen a partir de las normas en vigor hasta antes de la reforma.

Una disyuntiva como ésta fue de cierta forma superada por este Colegiado en dos sentencias anteriores. En primer lugar, como parte del fundamento 3 de la Sentencia N° 005-96-I/TC, se precisó que "(...) para declarar la inconstitucionalidad de una norma legal, es necesario que en la Constitución exista una disposición que la contravenga en forma precisa y no a base de interpretaciones o deducciones controvertibles".

En segundo lugar, en el fundamento 22 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 014-2003-AI/TC, estableció que si se analizase la constitucionalidad de la reforma sobre la base de la norma justamente ya reformada, el parámetro "(...) no podría ser otro que los propios criterios subjetivos de quienes integramos este Colegiado. Al no encontrarse preestablecidos dichos criterios, es decir, al no mostrarse objetivados, sino depender de lo que, a nuestro juicio, pueda ser lo bueno o lo malo para el país, la imposición de una decisión al respecto nos devolvería en un solo acto a un pasado oprobioso, propio del Estado absolutista, en el que la justicia se 'administraba' no sobre la base de una ley, sino conforme a los caprichos del monarca. Sólo que en esta oportunidad el monarca no sería un individuo [el rey], sino 7 personas, las que precisamente formamos parte de este Tribunal".

8. El marco constitucional del presente proceso de inconstitucionalidad

Este Colegiado considera que la presunción de constitucionalidad de las leyes debe ser respetada plenamente en un Estado social y democrático de derecho. Por ello, estima que no se puede incurrir en la contradicción jurídica de utilizar como parámetro de constitucionalidad una norma inexistente, pues, si así fuese, se contravendría el artículo 45 de la Constitución. La utilización de normas inexistentes le conferirían a éstas un carácter ultratractivo. Por lo tanto, es absolutamente inconstitucional pretender utilizar como marco jurídico, en el presente proceso, el artículo 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria reformados.

De otro lado, tampoco podrían aplicarse las nuevas disposiciones constitucionales, por ser precisamente materia de impugnación constitucional. Sin embargo, estas normas constitucionales gozan de una presunción reforzada de legitimidad constitucional, hecho que no obsta su presunción *iuris tantum*. Por ello, este Tribunal circunscribirá el examen de la legitimidad de dicha reforma constitucional al parámetro del 'contenido fundamental' de la Constitución.

Esto significa que, en principio, lo razonable sería pronunciarse respecto a las demandas de inconstitucionalidad de la Ley N° 28389 sobre la base de las normas no sujetas a controversia constitucional, y siempre referidas al derecho a la pensión, pues sólo así se podrá determinar si el procedimiento de reforma constitucional fue llevado a cabo con lealtad constitucional. Por ello, deberá examinarse dicha ley a la luz del contenido fundamental de la Constitución, dirimiendo provisionalmente la utilización de las normas impugnadas.

9. El precedente jurisprudencial y la Constitución

Es conveniente determinar, vistos los argumentos de los demandantes, si este Colegiado se encuentra vinculado en su actuación a las sentencias emitidas cuando estaban vigentes las normas constitucionales modificadas. Es decir, si se encuentra condicionado por la jurisprudencia dictada cuando regía la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que consagraba un régimen de derechos adquiridos para los pensionistas de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530.

Como bien se acaba de mencionar, para resolver la presente controversia constitucional sólo se podrán usar las normas que no están sujetas a escrutinio jurisdiccional, y siempre que se pudiera haber producido una grave y clara violación al 'contenido fundamental' de la Constitución. Por ello, la interpretación realizada por este Tribunal respecto a las normas que sí están sujetas a control sólo pueden ser consideradas como válidas relativamente, lo cual condiciona la inexistencia de cosa juzgada respecto a su jurisprudencia (*Vid., fundamento 116*).

Si bien, como señala el artículo 82 del Código Procesal Constitucional, "(...) 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", no podrá ser considerado como válido que este Colegiado se supedite a su jurisprudencia cuando el parámetro normativo constitucional que los demandantes invocan para resolver sus demandas ya ha sido modificado.

En aras de mayor claridad, debe comprenderse qué significa un proceso de inconstitucionalidad. Según el Código Procesal Constitucional, en su artículo 75, éste tiene como objeto "(...) la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa".

Queda claro, entonces, que este Colegiado no se encuentra sometido a las sentencias emitidas cuando regían las normas constitucionales ahora modificadas, pues el sentido de la 'jerarquía normativa' de la Constitución ya ha variado. Esto no significa que las sentencias expedidas en el anterior contexto normativo constitucional en materia pensionaria quedan sin efecto, por cuanto fueron expedidas válidamente.

§3. LA INDEPENDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

10. La actuación del Tribunal Constitucional frente a un proceso de inconstitucionalidad

Cuando se resuelve un proceso de inconstitucionalidad, no puede soslayarse su naturaleza dual, dado su carácter abstracto -u objetivo-, por ser un proceso de puro derecho, y concreto -o subjetivo-, por las consecuencias económicas y sociales que producen sus sentencias.

En tal contexto, este Colegiado valora subjetivamente la constitucionalidad de actos concretos -relativos a la situación del sistema pensionario-, pues tal valoración se impone como un canon interpretativo de la Constitución; o, lo que es lo mismo, asume una 'función de valoración' para la resolución de la controversia constitucional.

Asimismo, en un sentido objetivo, el control de constitucionalidad debe ejercerse según los valores y principios consagrados constitucionalmente, es decir, como bien este Tribunal lo señalara en el fundamento 2 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 002-2005-PI/TC, Caso Miguel Ángel Mufarech Nemy, sobre Inconstitucionalidad de Ley de Instalación de Planta de Gas Natural, el escrutinio que realiza "(...) no se reduce, únicamente, a un mero examen de la ley, sino que se orienta a hacer respetar la unidad o núcleo constitucional. Esto es, promoviendo la superación de las situaciones reales conflictivas de los diversos intereses que coexisten en el marco del Estado Constitucional de Derecho, a fin de otorgar una razonable aplicación de las normas constitucionales".

11. El Tribunal Constitucional como órgano de control jurídico y político

El Tribunal Constitucional, dada su condición de supremo intérprete de la Norma Fundamental, sustenta la validez funcional de su actuación justamente en la naturaleza de la Constitución.

Desde el punto de vista estructural y funcional, la Constitución es la norma que fundamenta el sistema jurídico y político democrático. En tal sentido, se ha enfatizado que "(...) el Derecho público no tiene absolutamente otro objeto que lo político"¹⁴.

De esta forma, se está proclamando la dualidad jurídico-política de la Norma Suprema. Por lo tanto, la Constitución no solamente es una norma de rasgo eminentemente jurídico, sino que el fortalecimiento del régimen democrático irá condicionando su validez y eficacia.

Es así como este Colegiado debe resolver las controversias, sobre todo las referidas a inconstitucionalidad; asumiendo su carácter político y jurídico, pero sobre un marco interpretativo estrictamente normativo, procurando resolver cuestiones sociales y asuntos públicos subyacentes en el sentido de la propia Constitución.

12. La independencia funcional de los magistrados

Por otro lado, como imperativa asunción de una exigencia de correcta administración de justicia, debe precisarse que el artículo 14 de la Ley Orgánica del Tribunal

Constitucional señala que: "Los Magistrados del Tribunal Constitucional no están sujetos a mandato imperativo ni reciben instrucciones de ninguna autoridad. Gozan de inviolabilidad. No responden por los votos u opiniones emitidas en el ejercicio de su cargo", lo cual no comporta el desconocimiento de los legítimos intereses y las direcciones ideológicas existentes, siempre, claro está, que no subordinen su actuación jurisdiccional.

13. Los medios de comunicación y Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional valora el importante rol que cumple la prensa libre en el propio resguardo de la administración de la justicia constitucional.

Sin embargo, ante las versiones periodísticas que han puesto en duda la actuación independiente y honesta de algunos magistrados de este Colegiado que son titulares del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, así como tras la difusión inexacta y no siempre ponderada respecto al avance de los debates suscitados a raíz de esta sentencia, corresponde al Tribunal Constitucional demandar una mayor responsabilidad a los medios de comunicación social a fin de que realmente cumplan con la función encomendada por la Constitución en su artículo 6: "(...) los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural".

Se invoca, pues, la prudencia informativa, lo que evidentemente no comporta que depongan su labor de investigación, tan necesaria, sino simplemente que lo sea respetando la judicatura, el sistema democrático y a los peruanos en general.

B. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA Y POR EL FONDO

§1. LA NECESIDAD DE ESTABLECER LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL

14. Según los demandantes, debe examinarse la ley de reforma constitucional

Los demandantes sostienen que el Tribunal Constitucional debe realizar el examen parcial de la ley de reforma constitucional, pues consideran que, "(...) de no ser así, resultaría meramente teórico y académicamente rico, pero vano y superfluo en la práctica, establecer la exigencia de límites al poder de reforma constitucional para señalar a renglón seguido que en caso el órgano competente para la reforma los supere y exceda, alterando el contenido esencial de la Constitución, no es posible controlar dichos excesos por ser una cuestión política ajena al control constitucional, y por lo tanto, no existir un órgano y un proceso autorizados para impedir y reprimir dicha reforma". De esta forma, "es evidente que el poder reformador (constituyente derivado) del Congreso o Parlamento es insuficiente para producir una reforma que afecte, de cualquier manera, las decisiones políticas fundamentales, los principios y los valores superiores

de la Constitución, entre los cuales se encuentran los derechos fundamentales que ésta reconoce y garantiza"^[6].

15. Según el demandado, la ley de reforma se ha hecho al amparo de decisiones del Tribunal Constitucional

El demandado ha señalado como motivación de la reforma constitucional que, "(...) resulta un imposible jurídico declarar inconstitucional una reforma constitucional que tiene como objetivo cumplir con todas las previsiones, reflexiones, recomendaciones e interpretaciones que de la Constitución ha hecho el Tribunal Constitucional en materia de régimen pensionario"^[6].

16. El reconocimiento de la necesidad de cambios constitucionales

Independientemente de los argumentos de ambas partes, corresponde analizar cómo se configura la competencia de este Colegiado para revisar una ley de reforma constitucional, determinando básicamente los parámetros que el Congreso tiene para dictarla.

Las Constituciones modernas se fundan en un conjunto de principios y de reglas cuyos contenidos delimitan, con mayor o menor precisión, el marco en el que se debe resolver cualquier tipo de controversias relativas a los límites a los derechos fundamentales. Es por ello que se requiere, por definición, de un elevado grado de estabilidad y previsibilidad jurídica para permitir que las sociedades puedan alcanzar sus objetivos más valiosos, entre los que se cuenta el de organizar la convivencia humana de un modo adecuado y eficiente.

Sin embargo, estabilidad y previsibilidad no significan permanencia estática, sino una continua adaptación a los cambios sociales. Por eso, se considera que la Constitución posee un carácter de ductibilidad.

Es necesario señalar que cualquier modificación constitucional, con independencia de cuál sea su contenido, su orientación o su especificidad, supone necesariamente una alteración del equilibrio anteriormente vigente y, de un modo especial, de aquel que regula la tensión permanente entre las tres partes principales de toda Constitución: el estatuto de las libertades, el estatuto del poder y el estatuto del control.

Ello supone que tal alteración debe corresponder al sentir constitucional, y a sus valores estatuidos, pues, "(...) toda reforma constitucional pone de manifiesto cómo unas necesidades objetivas, real o supuestamente inevitables, se valoran más que la realidad normativa vigente (...) si tales modificaciones se acumulan en poco tiempo, la consecuencia inevitable será el resquebrajamiento de la confianza en la inviolabilidad de la Constitución y el debilitamiento de su fuerza normativa"^[7].

Esta modificación de los contenidos constitucionales está permitida originariamente por el propio texto del artículo 206 de la Constitución, lo cual significa que la modificación debe efectuarse sobre la base de las circunstancias históricas correspondientes.

17. El Poder Constituyente y el Tribunal Constitucional

El Poder Constituyente originario, por ser previo y sin control jurídico, tiene la capacidad de realizar transmutaciones al texto constitucional, ya que este órgano representativo es el encargado de 'crear' la Constitución. Ello es así porque aparece como una entidad única, extraordinaria e ilimitada formalmente.

Al respecto, debe precisarse cuál es la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Constituyente originario. Cuando resuelve un proceso, y al haberse reconocido en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que "(...) es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad", en el fondo se está admitiendo que este Colegiado, actuando con lealtad constitucional y jurídica, es el intérprete de la voluntad del poder originario, atendiendo a que su fin es darle un sentido vivo, dúctil y omnicomprensivo a la Constitución. Pero debe quedar claro, especialmente para esta sentencia, que esto no quiere decir que el Tribunal Constitucional sea el Poder Constituyente; simplemente se convierte, por así decirlo, en su 'vocero'.

18. La reforma constitucional asignada al Congreso de la República

El Poder Constituyente se ha autolimitado en la actual Constitución -artículo 206- a través del poder de revisión constitucional, lo que hace posible la existencia de una reforma constitucional, siempre y cuando se siga lo formal y materialmente establecido.

La existencia de un poder constituyente derivado implica la competencia del Congreso para reformar preceptos no esenciales de la Constitución, conforme a lo previsto en su mismo texto. Por ello, se caracteriza por ser limitado jurídicamente y posterior.

Al respecto, este Tribunal ha sido claro en manifestar, en el fundamento 84 de la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC, que "(...) el artículo 206° de la Constitución regula el poder de reforma de la Constitución, condicionando su ejercicio a la observancia de su procedimiento. A saber, que ésta deba ser aprobada por el Congreso con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros y, posteriormente, se someta a referéndum".

De esta manera se reconoce que la titularidad del poder constituyente derivado o instituido corresponde al órgano del poder público que, de acuerdo con las normas constitucionales preexistentes, tenga competencia para introducir modificaciones no sustanciales en la Constitución, como es el Congreso de la República.

Tal como lo ha señalado este Colegiado en el fundamento 7 de la Resolución de Admisibilidad de los Expedientes N° 0050-2004-PI/TC, 0051-2004-PI/TC, 0004-2005-PI/TC y 0007-2005-PI/TC (acumulados), "(...) las leyes de reforma constitucional tienen la capacidad de incorporarse e innovar la Constitución (parámetro y no objeto de control en un proceso de inconstitucionalidad)".

Teniendo como base ello, se ha señalado que "(...) la rigidez proporciona una estabilidad realizada en primera

línea mediante la permanencia formal de las normas, en cuanto que los límites propician una estabilidad relacionada principalmente con la permanencia de determinados contenidos y con la continuidad del orden constitucional"¹⁸.

Entonces, debe quedar claro que el Congreso tiene límites para modificar el contenido de la Constitución. Su actuación tiene una frontera. La delimitación de su competencia legislativa será revisada por este Colegiado.

19. La urgencia de reforma constitucional del régimen pensionario

Al respecto, este Colegiado, en el fundamento 28 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 014-2003-AI/TC, ha expresado que "(...) al Congreso de la República, cuya autoridad ha sido delegada por el Pueblo como fuente originaria del poder, le corresponde ineludiblemente y en el plazo más breve, la responsabilidad de terminar de consolidar de manera definitiva el proceso de reinstitucionalización democrática. Y dentro de él, la decisión de optar políticamente por el marco constitucional más conveniente, deviene en prioritaria e insoslayable".

Por lo tanto, corresponde que el Congreso efectúe las reformas constitucionales de un verdadero Estado social y democrático de derecho, salvando de esta manera las dificultades que en su formulación dictatorial de 1993 llegó a tener.

En el caso específico del tema pensionario, también este Colegiado ha sostenido, como parte del fundamento 14 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 002-2003-AI/TC, Caso Cinco mil ciudadanos, sobre la Constitucionalidad de la Ley N° 27617, referida a Reestructuración del Sistema Nacional de Pensiones, que "(...) ciertamente, dentro de las funciones de este Tribunal no está la competencia para dictar las medidas legislativas que permitan que el régimen pensionario establecido a favor de un sector de pensionistas y futuros pensionistas se adecue a 'imperativos de equidad social', como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni tampoco la de realizar las reformas que se consideren más convenientes. Si el emplazado considera que el régimen constitucional de los Decretos Leyes N.ºs 19990 y 20530 no es el que más se adecue a esos imperativos o a los que la economía nacional pueda mantener, siempre queda, como última posibilidad, que dicho régimen constitucional sea modificado o suprimido. Al fin y al cabo, con el objeto de evitar que una generación pueda condicionar el futuro de las sucesivas, la Constitución ha instituido la función de la reforma constitucional. Tal posibilidad y la oportunidad de su ejercicio, sin embargo, no es un asunto que se encuentre dentro de las competencias de este Tribunal -como ya se ha expresado en la STC N° 0189-2002-AA/TC, Fundamento N° 20-, sino en las del órgano al que se ha investido de tal función, a través del procedimiento preceptuado en el artículo 206 de la Constitución".

Sobre este particular, también la Defensoría del Pueblo ha manifestado que "(...) resulta indispensable efectuar

una reforma integral en el ordenamiento pensionario del país con el objeto de asegurar su viabilidad y garantizar que los afiliados tengan la oportunidad de acceder a pensiones que les garantice niveles de vida acordes con su dignidad humana"¹⁹¹.

Entonces, lo que debe determinarse a continuación es si la Ley N° 28389 -y también la N° 28449, como se analizará *infra*- que modifica el régimen pensionario, tienen incidencia directa en la 'equidad social' y no han sobrepasado los límites de una reforma constitucional desarrollada adecuadamente.

20. El control de los cambios constitucionales

Corresponde, entonces, evaluar los alcances de la competencia de este Colegiado para ejercer el control de constitucionalidad sobre la ley de reforma constitucional, acotando que se encuentra habilitado, por el artículo 200, inciso 4 de la Constitución, para ejercer el control constitucional de la ley sin distinción alguna. Tal dispositivo debe ser interpretado correctamente de manera extensiva, a diferencia de lo propuesto negativamente en el *fundamento* 3; en consecuencia, puede concluirse válidamente que el precitado artículo permite la revisión de una ley de reforma constitucional.

Es por ello, según lo expresado en el fundamento 6 de la Resolución de Admisibilidad de los Expedientes N° 0050-2004-PI/TC, 0051-2004-PI/TC, 0004-2005-PI/TC y 0007-2005-PI/TC (acumulados), que "(...) es deber de este Colegiado preservar la supremacía jurídica de la Constitución, haciendo respetar los valores constitucionales -función valorativa-, expulsando la norma contraria a la Constitución -función pacificadora-, y restableciendo la racionalidad y unidad del ordenamiento jurídico-constitucional -función racionalizadora-".

Este marco de actuación permite que este Tribunal, según lo expresan los fundamentos 7 y 9 de la mencionada resolución, pueda ejercer control, pues "(...) si bien es cierto que la Constitución es creación de un Poder Constituyente, también lo es que las leyes de reforma constitucional son creación de un Poder Constituyente Constituido y, consecuentemente, restringido en su actuación por los límites jurídicos contemplados con antelación por la fuente que lo constituye (...) Que, por todo lo dicho, una ley de reforma constitucional sí es susceptible de ser impugnada en un proceso de inconstitucionalidad".

21. El problema de los límites de la reforma constitucional

La cuestión de los límites está estrechamente vinculada con el poder constituyente -que en su momento fue el 'Congreso Constituyente Democrático' (sic)- y el poder revisor -en nuestro caso, el Congreso nacional-, y las características que los diferencian. El primero tiene la calidad de soberano, y una vez que, como fruto de esa soberanía, surge la Constitución, se transforma, convirtiéndose en poder jurídico. El segundo, por su parte, al ser un poder creado y limitado, puede revisar la

Constitución, y adoptar aquellos preceptos que a lo largo de la vida constitucional requieren cambios en función a la realidad que regulan, pero no puede destruir la Constitución, ni menos aún vulnerar su esencia, o como se ha venido denominando, 'contenido fundamental'.

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 sirve, 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, 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 una significación diferente"¹⁹².

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 constitucional, 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.

22. La dualidad de límites

Teniendo claro que no toda reforma constitucional se produce de conformidad con la identidad de un sistema, se examinará, en primer lugar, los límites formales que deben condicionarla. Y, en segundo, si también están presentes los límites materiales, los cuales deben construirse a partir de la propia Constitución.

Si, según el artículo 45 de la Constitución, el poder se ejerce según las limitaciones que ésta impone, queda claro que el Congreso, según lo estipula el artículo 102, debe "velar por respeto de la Constitución y de las leyes",

El sometimiento del Congreso a la Constitución lo obliga a proteger los derechos y bienes en ella recogidos, en el caso que desarrolle una norma a través de una ley regular o, aún más, cuando lo hace mediante una ley de reforma constitucional. Debido a que la autoridad del poder de reforma tiene como soporte el texto constitucional, su contenido no puede destruir su fundamento ni su razón de ser.

En la medida que el poder de reforma proviene de la propia normatividad y normalidad constitucionales, pueden enunciarse, cuando menos, dos corolarios básicos:

- Que sus posibilidades formales de actuación son solamente las que el ordenamiento constitucional le confiere; y,

- Que sus posibilidades materiales en la modificación de los contenidos de la Constitución tienen, por necesidad, que ser también limitadas.

§2. LOS LÍMITES FORMALES EN EL PROCEDIMIENTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL RÉGIMEN PENSIONARIO

23. Según los demandantes, no se ha respetado el derecho a la defensa en el procedimiento de reforma constitucional

Según uno de los demandantes, con el procedimiento de reforma se han afectado los derechos a la defensa, al debido proceso y al ejercicio de vida, pues "(...) se pudo convocar a las instituciones representativas de dichos sectores, cuya personería jurídica obra en Registros Públicos a efectos de cumplir y garantizar la referida exigencia de forma para la validez de esta actuación constitucional"¹¹¹.

24. Según el demandado, en un procedimiento de reforma constitucional no puede exigirse el derecho a la defensa

El demandado considera ello porque "(...) la aprobación de la Ley constituye un acto político por excelencia que no puede reconducirse, como señala el demandante, a un principio del debido proceso -el derecho de defensa- que rige los procesos y procedimientos de carácter sancionatorio. El procedimiento legislativo no se equipara con el proceso jurisdiccional ni con los procedimientos administrativos o corporativos"¹¹².

25. El carácter de la limitación de índole formal

Deberá, entonces, determinarse si a lo largo del proceso de elaboración de la ley de reforma del régimen pensionario se ha vulnerado el procedimiento exigido constitucionalmente, lo cual constituiría una afectación a los límites formales impuestos.

Al respecto, conviene acotar que las normas de procedimiento no pueden ser objeto de reforma constitucional. Las modificaciones del texto constitucional realizadas por los órganos constituidos que se producen fuera de los cauces previstos en la normativa constitucional, serán nulas e ineficaces.

Es decir, "(...) en cuanto la validez de una Norma depende de su correspondencia con la forma -y en su caso el contenido- de otra superior, no puede válidamente aplicarse a sí misma. Por lo tanto, las Normas que regulan la reforma, en cuanto no pueden aplicarse a sí mismas, se convierten en irreformables"¹¹³.

Proscripciones de este tipo se establecen claramente en los ordenamientos constitucionales. Los tribunales constitucionales tienen competencias relacionadas con las reformas constitucionales para evaluar si éstas se llevaron a cabo respetando los procedimientos previstos en la Constitución. Es decir, la competencia de los

órganos de control constitucional se limita a evaluar si se han transgredido los límites formales de la reforma.

De acuerdo a lo expresado en el fundamento 72.a de la Sentencia expedida en el Expediente N° 014-2002-AI/TC, este tipo de límites "(...) se encuentran referidos a todos y cada uno de los requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para que la reforma prospere. En esta perspectiva, pueden vislumbrarse diversas variables:

i. En primer lugar, la Constitución individualiza al órgano investido con la capacidad para ejercer la potestad modificatoria. En el caso del Perú, como de la mayoría de países, este órgano es, en principio, el Congreso de la República, en calidad de poder constituido.

ii. En segundo lugar, la Constitución describe cuál es el procedimiento que ha de seguir el órgano legitimado, lo que a su vez ha de comprender el número de legislaturas empleadas, el sistema de votación a utilizar, la habilitación o prohibición de observaciones en el proyecto, etc.

iii. En tercer lugar, es la misma norma fundamental la que se encarga de establecer si el proyecto de reforma constitucional es sometido o no a una ratificación por parte del pueblo, que de esta forma participa en el proceso de reforma de la norma fundamental".

26. El respeto al procedimiento de reforma previsto en el artículo 206 de la Constitución

La Constitución permite al Congreso, como órgano constituido, ejercer la función constituyente derivada, pero con la observancia de las formalidades prescritas para ello en el texto constitucional. Tales son los límites formales de la reforma.

En nuestro país se ha previsto el procedimiento de reforma en el artículo 206 de la Constitución. Queda claro que tal norma no podría ser modificada por el poder constituido, sino, *prima facie*, por un poder constituyente instituido:

"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. 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".

27. La supuesta vulneración del límite formal de la reforma constitucional

A pesar de las argumentaciones vertidas en la demanda y contestación de la demanda, la exposición más consistente sobre las supuestas inconstitucionalidades formales tuvo lugar en el debate suscitado en la Audiencia.

En ella, el representante del Colegio de Abogados de Cusco denunció la existencia de dos supuestas graves vulneraciones en tal procedimiento¹⁴⁴. En primer lugar, que en la promulgación de la ley no consta la firma del Presidente de la República, sino únicamente del Vicepresidente; y, en segundo, que no se solicitó la opinión de sectores involucrados.

28. La firma del Vicepresidente de la República

El apoderado del demandado contradijo el argumento señalando que justamente como el Presidente no podía firmar la ley de reforma constitucional, debió hacerlo el Vicepresidente, según le correspondía por sus atribuciones¹⁴⁵.

La figura de la Vicepresidencia está prevista en el artículo 110 de la Constitución. Y, justamente, sobre el tema de cuándo ejerce funciones, el segundo párrafo del artículo 115 precisa que:

"Cuando el Presidente de la República sale del territorio nacional, el Primer Vicepresidente se encarga del despacho. En su defecto, lo hace el Segundo Vicepresidente".

En el caso concreto, hay que analizar si se presentó tal supuesto. La Resolución Legislativa 28383, dada el 10 de noviembre del 2004, indica que:

"El Congreso de la República, de conformidad con lo prescrito en los artículos 102 inciso 9) y 113 inciso 4) de la Constitución Política, en el artículo 76 inciso j) del Reglamento del Congreso y en la Ley N° 28344, ha resuelto acceder a la petición formulada por el señor Presidente Constitucional de la República y, en consecuencia, autorizarlo para salir del territorio nacional entre los días 15 al 17 de noviembre del presente año, con el objeto de cumplir actividades de la agenda presidencial internacional en la ciudad de Nueva York, en los Estados Unidos de América".

Por lo tanto, es correcto que la Ley N° 28390, "dada en la Casa de Gobierno, en Lima, a los dieciséis días del mes de noviembre del año dos mil cuatro", haya sido firmada por David Waisman Rjavinsthi, en su condición de Segundo Vicepresidente de la República, pues en esa fecha el Presidente se encontraba fuera del país. Cabe recordar que el primero de los vicepresidentes renunció a su cargo.

Debe desestimarse, entonces, la existencia de algún vicio formal en la promulgación de la ley de reforma constitucional; más aún si se tiene que, según el propio artículo 206 de la Constitución "la ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República", siendo su promulgación un acto meramente declarativo.

29. La falta de opinión de sectores involucrados

Es conveniente rescatar lo que el representante del Colegio de Abogados del Cusco ha señalado al respecto. Sostiene que los pensionistas no fueron convocados a las audiencias referidas a la reforma constitucional,

y su posición no fue acompañada en el dictamen de la comisión, por lo que su derecho a la defensa ha sido vulnerado¹⁴⁶.

El demandado, refutando ello, expresó que sí fueron convocados, y que los congresistas no están sujetos a mandato imperativo, siendo inexistente la vulneración de un derecho a la defensa¹⁴⁷.

Este Colegiado ha reconocido que el derecho a la defensa puede ejercerse en procesos distintos a los judiciales, inclusive en los procedimientos parlamentarios de responsabilidad constitucional, si se presenta una controversia de índole jurídica que debe ser resuelta protegiendo los intereses de las personas.

Sin embargo, dentro del íter legislativo, la existencia de derecho a la defensa no puede ser sustentada ni avalada. La idea de la defensa se centra en la capacidad de una de las partes de sostener su posición dentro de un conflicto jurídico, a diferencia de lo que sucede en un procedimiento legislativo, en el que no existe controversia jurídica, sino más bien política. *Prima facie*, el conflicto parlamentario entre la mayoría y la minoría tiene sus propios mecanismos políticos de autocomposición en la elaboración de las leyes que no han sido infringida.

Es más, según el artículo 206 de la Constitución y el artículo 81, inciso a, del Reglamento del Congreso, no se considera como elemento del procedimiento de reforma constitucional, la intervención de los sectores involucrados dentro de la comisión responsable de la modificación en el Congreso. Ello es así porque el legislador no puede someterse a ningún grupo de presión de la población ni de los medios de comunicación social, según el artículo 93 de la Constitución.

Ahora bien, las opiniones especializadas son importantes en un procedimiento de reforma constitucional en el caso que expresen los intereses de un sector de la población. En el caso concreto, habiendo intervenido diversas asociaciones relacionadas con los gremios de pensionistas en los debates de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso antes de la segunda votación del Pleno, no se detecta vicio alguno en el procedimiento de elaboración de la Ley N° 28383.

Como constancia de ello, en la sesión conjunta de las Comisiones de Constitución y Reglamento, y de Seguridad Social, del 29 de septiembre de 2004, precisamente para tratar el tema de la reforma constitucional, se precisó lo siguiente:

"También contamos con la presencia de los ministros de Estado, el premier Carlos Ferrero Costa; el ministro de Economía, Pedro Pablo Kuczynski; el ministro de Trabajo, Javier Neves Mujica; y también con los representantes de los pensionistas, el señor Jaime Cuadros Cáceres, presidente de la Coordinadora Nacional de Defensa de los Derechos Pensionarios, de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530, Conadepen; el señor Hernán Espinoza Segovia, presidente de la Central Nacional de Jubilados y Pensionistas del Perú (Cenejupe), quienes han

venido además acompañados el doctor Carlos Blancas Bustamante, que es asesor legal de ambas coordinadoras, quienes en nombre de los pensionistas van a poder exponer sus posiciones¹¹⁸¹.

Tal como se puede apreciar, incluso uno de los demandantes tuvo acceso al debate congresal que se produjo para aprobar la norma impugnada. Se concluye, entonces, que se escuchó la opinión de la sociedad civil interesada en la materia.

Por consiguiente, no ha existido afectación alguna del procedimiento de reforma constitucional, de modo que tal actividad parlamentaria fue realizada dentro de los límites formales constitucionalmente establecidos. En tal sentido, la demanda debe declararse infundada respecto a la supuesta afectación del procedimiento previsto en el artículo 206 de la Constitución.

§3. LOS LÍMITES MATERIALES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL RÉGIMEN PENSIONARIO

30. Según los demandantes, se han afectado derechos fundamentales a través de la reforma pensionaria

Los accionantes aseveran que "(...) el constituyente ha establecido el derecho fundamental de un grupo determinado de personas pensionistas del D.L. 20530, para que se respeten sus derechos adquiridos al amparo del referido Decreto Ley, de modo tal que al legislador le es vedado restringirlos o negarlos, y estas condiciones no las puede variar ni siquiera un nuevo régimen, con mayor razón, no podrá hacerlo una norma cuyas disposiciones están referidas casualmente a pensionistas de los regímenes mencionados"¹¹⁹¹.

De esta forma, y tomando en consideración las consecuencias de esta proscripción, y su configuración como límites materiales de la reforma constitucional, coligen que "(...) pretender que una ley deje sin efecto el texto mismo de la propia Constitución, máxime si la previsión constitucional afectada está dirigida a reflejar límites materiales expresos, implica en sí mismo desconocer las inherentes garantías que salen en su defensa referidas a la prelación jerárquica y a la obligación jurisdiccional de velar por la prevalencia constitucional previstas por los artículos 51 y 138 de la Constitución, respectivamente"¹²⁰¹.

En conclusión, "(...) es ilícita la reforma constitucional peyorativa, es decir, aquella que disminuye o suprime los derechos fundamentales, y sólo es válida aquella cuyo objeto es ampliar u optimizar los derechos fundamentales enunciados o reconocer nuevos derechos fundamentales"¹²¹¹.

Sin embargo, una aseveración tan categórica debe ser modulada por este Colegiado según lo que ha venido señalando a través de otras sentencias y a partir de la propia Constitución.

31. Según el demandado, los valores constitucionales se mantienen incólumes

Frente a lo argumentado por los demandantes, el demandado ha sostenido que los límites materiales de la reforma no han sido quebrantados, toda vez que "(...) no hay ninguna afectación a los principios y valores de la Constitución invocados, propiamente los referidos al supuesto vaciamiento del Estado social y democrático de derecho que inspira nuestro ordenamiento constitucional y la afectación a derechos fundamentales. En esta materia, debe señalarse que los derechos fundamentales se mantienen incólumes y siguen estando allí para todos y cada uno de los señores beneficiarios del régimen de pensiones del D.L. N° 20530; a nadie se le ha privado del derecho, sólo que la nueva regulación ha dispuesto un tratamiento distinto que sigue garantizando la prestación pensionaria de manera permanente y que no es peor o mejor que el anterior"¹²²¹.

32. La existencia de una limitación de índole material

En términos generales, debe señalarse tajantemente que el Congreso tampoco puede variar algunas cuestiones de fondo de la Constitución. A ellas se les denomina 'límites materiales', e imposibilitan ejercer el poder constituyente derivado a los órganos constituidos, con el fin de modificar las cláusulas que el texto fundamental ha establecido como 'intangibles'.

Para este Tribunal (parte del fundamento 74 de la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC), estos límites "(...) se refieren a los contenidos de la Constitución. Con ellos no se indica la presencia de condicionamientos de tipo procedimental, sino algo mucho más trascendente; esto es, la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional, inmunes a toda posibilidad de reforma".

Como se señalara *supra*, el poder de reforma es un poder constituido, limitado, que no puede destruir la Constitución, y que tampoco puede vulnerar su esencia sin convertirse ilegítimamente en soberano.

Esto constituye un límite implícito al poder revisor, ya que, aunque no se explique en cláusulas de intangibilidad, el 'contenido fundamental' existe, y si éste llegara a transgredirse, se produce el fraude constitucional, que consiste en convertir el poder revisor en poder constituyente.

33. Los límites expresos e implícitos

Existen límites expresos y límites implícitos. A ambos se les considera principios supremos del ordenamiento constitucional y son intangibles para el poder reformador de la Constitución.

Este Colegiado, en el fundamento 76 de la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC, Caso Colegio de Abogados del Cusco, ya ha realizado claramente la distinción entre ambos:

"i. Límites materiales expresos, llamados también cláusulas pétreas, son aquéllos 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 contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la 'destrucción' de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado".

Dentro de los límites expresos, en el caso de las disposiciones de la Constitución de 1993 sobre la reforma constitucional, no se ha previsto específicamente ninguno. El artículo 32 reconoce la potestad de someter a referéndum la reforma total de la Constitución, pero, como límite expreso reconoce el impedimento de reducir o restringir los derechos fundamentales. Dentro de los límites explícitos se encuentran las cláusulas de intangibilidad, que constituyen límites absolutos, aunque existen también límites relativos explícitos.

34. Las cláusulas de intangibilidad

Las cláusulas de intangibilidad permiten identificar el 'contenido fundamental' de la Constitución, así como la interpretación fiel de este ordenamiento. Su finalidad básica es fundar los 'supuestos ideológicos y valorativos' en los cuales descansa el sistema constitucional. Esto es lo que nos permite identificar parte de esa regla de reconocimiento, para determinar si los cambios son una mutación o una reforma de la misma. Estas cláusulas se presentan como una norma garantizadora de un principio frente a las violaciones posibles, por lo que se precisa el reforzamiento de tal núcleo constitucional.

Pero los límites explícitos no se agotan en las cláusulas de intangibilidad, sino que a lo largo del texto constitucional pueden estar consignados incluso en frases que se encuentran en un contexto diferente, (los llamados límites de carácter relativo).

Lo que corresponde en el caso nacional es vincular el sentido de cada uno de los dispositivos constitucionales con el 'contenido fundamental' de la Constitución, pues es éste el que permite interpretar correctamente el reconocimiento de las normas en ella contenidas.

35. La tipología de límites materiales

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.

36. Los derechos fundamentales como límites a la reforma constitucional pensionaria

Los derechos fundamentales y otros principios constitucionales no pueden modificarse sustancialmente, porque son los que le otorgan la calidad de Estado social y democrático de derecho al Estado peruano. Para afrontar ello existen límites implícitos; así, el artículo 32 *in fine*, de la Constitución, determina que no pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de las personas.

Esta norma se erige como una verdadera cláusula de límite material para la potestad de reforma parcial de la Constitución. Esta cuestión es cardinal para esclarecer si la modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria y del artículo 103 de la Constitución vulneran el derecho a la pensión.

37. La proscripción de la supresión o disminución de derechos fundamentales

Un punto esencial en la limitación a la reforma constitucional material es la determinación de cuándo estamos ante un derecho fundamental. Por lo tanto, tal como se determinará *infra*, es necesario establecer, de un lado, qué carácter posee el derecho a la pensión estipulado en el artículo 11 de la Constitución; y de otro, cuál es la verdadera naturaleza normativa de la Primera Disposición Final y Transitoria, que es la que finalmente se ha modificado. Por consiguiente, sólo comprobando que tal disposición recoge un derecho fundamental o que su modificación afecta uno, se podrá afirmar que la reforma constitucional realizada por el Congreso ha sobrepasado sus fronteras.

Al respecto, este Colegiado ha señalado, en el fundamento 97 de la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC, que "(...) el segundo párrafo del artículo 32° de la Constitución, en la parte que prevé que no se puede suprimir o disminuir derechos fundamentales, establece un verdadero límite material, de carácter expreso, a la reforma parcial de la Constitución, que no alude al procedimiento o a los requisitos formales que deben observarse cada vez que se intente una reforma

constitucional, sino al contenido mismo de la reforma, esto es, a la materia que ella pretenda incidir, que, como recuerda el tantas veces referido segundo párrafo del artículo 32°, no puede suponer ni disminución ni supresión de los derechos fundamentales”.

De hecho, todo cambio en los derechos fundamentales debe ubicarse dentro de una tendencia evolutiva orientada a fortalecer, ampliar y mejorar la esfera de autodeterminación y desarrollo en sociedad del individuo. Este principio implica que los derechos fundamentales únicamente pueden reformarse para mejorar su situación preexistente. Sin embargo, los derechos fundamentales no son absolutos; en su desarrollo histórico y concreto se han generado conflictos jurídicos –reveladores de la antinomia social sobre tal cuestión-, lo que puede acarrear la necesidad del cambio de su estatuto.

A guisa de ejemplo, véase la historia de la oposición del derecho a la libertad sobre el derecho a la propiedad en la época esclavista, o, más modernamente, del derecho al acceso a la información pública sobre el carácter reservado de las comunicaciones de las autoridades, o el de la intimidad sobre la libertad informática.

38. La correlación entre derechos fundamentales y dignidad humana

Los derechos fundamentales, incluso el derecho a la pensión, no tienen la calidad de absolutos, más aún si en nuestro constitucionalismo histórico el derecho a la vida, a la propiedad, a la libertad, entre otros, tampoco la han tenido. Por lo tanto, no obstante lo mencionado en el artículo 32 *in fine* de la Constitución, el legislador es competente para variar el contenido de los derechos fundamentales, siempre y cuando se respete las condiciones generales consagradas en la Constitución y no se quebrante su ‘contenido fundamental’. Así, en la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC, este Colegiado ha señalado que “(...) una cosa, en efecto, es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, disminuirlo o suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su disminución o supresión, sino sólo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. De allí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción”.

Teniendo en cuenta ello, se considera que el derecho fundamental a la pensión tiene como principal sustento la dignidad humana, la cual se erige como legitimadora y limitadora del poder público. Es decir, el principio y derecho de la dignidad del ser humano, reconocido en los artículos 1 y 3 de la Constitución, se erige como un límite concreto y primordial frente a cualquier tipo de reforma constitucional.

De otro lado, tomando en consideración que el artículo 44 de la Constitución reconoce como un deber fundamental

del Estado “(...) promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”, se debe reconocer el compromiso del Congreso para legislar lealmente sobre la base de la equidad pensionaria, concepto que está íntimamente relacionado con el principio-derecho antes enunciado. En este esquema, la idea de una dignidad pensionaria “(...) implica una limitación jurídica del gobierno; es la antítesis del gobierno arbitrario”^[23].

En consecuencia, al resolver la presente causa, será incontrovertible que este Colegiado utilice el principio de dignidad, incluso en su dimensión de derecho fundamental aplicado a las pensiones, para determinar cómo se ha realizado la reforma constitucional.

39. La imposibilidad de afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales

Respecto al artículo 32 *in fine* de la Constitución, este Colegiado ha señalado, como parte del fundamento 94 de la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC, que “(...) aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente”.

Si bien se ha precisado de manera nominal la existencia de dicho límite, este Colegiado, para el presente caso, determinará con claridad si la reforma constitucional realizada afecta, o no, el derecho fundamental a la pensión. En ese contexto, la restricción será inconstitucional sólo si afecta directa y claramente su contenido esencial.

Es decir, la reforma será inconstitucional, desde el punto de vista material, si el legislador como constituyente derivado, modifica el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, siempre y cuando este hecho constituya un elemento vulnerador de la dignidad de la persona humana, y termine, por lo tanto, desvirtuando la eficacia de tal derecho.

40. La determinación de la supuesta afectación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión

La existencia de tal supresión o disminución sólo podrá determinarse en el desarrollo de la presente sentencia. Esto supone que, si del cotejo entre la actual prescripción de la Primera Disposición Final y Transitoria y la pasada, se concluye la afectación al derecho fundamental a la pensión, entonces este Colegiado deberá declarar fundadas las demandas; caso contrario, infundadas.

La Primera Disposición Final y Transitoria, antes de la reforma constitucional, señalaba que “(...) los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular

el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias”.

La Primera Disposición Final y Transitoria constitucional actualmente precisa lo siguiente: “Declarase cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530”.

A partir de la compulsación de ambas disposiciones y de la aplicación de un *test* de razonabilidad a la nueva formulación constitucional, se determinará finalmente si el derecho a la pensión ha sido conculcado. Para ello se utilizarán los principios de unidad y eficacia integradora de la Constitución, los mismos que guardan directa relación con los principios de la economía social de mercado que la rigen.

41. El reconocimiento de los derechos fundamentales de los pensionistas

Finalmente, es imprescindible que este Colegiado insista en la necesidad de una protección objetiva y proporcional de los pensionistas, en su calidad de titulares de los derechos fundamentales.

Debe enfatizarse que su situación particular dentro del constitucionalismo contemporáneo impone a todo intérprete constitucional que su especial situación sea reconocida plenamente.

Al respecto, este Tribunal considera pertinente reproducir el fundamento 21 del Voto Razonado del juez Cançado Trindade en la Sentencia de Reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, Caso de los ‘Niños de la Calle’, del 26 de mayo del 2001, en el cual se expresó que “(...) es difícil eludir la perturbadora indagación: si todos llegamos a este mundo, y de él partimos, con igual fragilidad, de que da testimonio la mortalidad, propia de la condición humana, ¿por qué nos victimamos unos a los otros durante el tan breve caminar de nuestras vidas? (...) Un mundo que se descuida de sus ancianos no tiene pasado; ya no participa de la herencia de la humanidad. Un mundo que sólo conoce y valoriza el presente efímero y fugaz (y por lo tanto desesperador) no inspira fe ni esperanza. Un mundo que pretende ignorar la precariedad de la condición humana no inspira confianza. Trátase de un mundo que ya perdió de vista la dimensión temporal de la existencia humana. Trátase de un mundo que desconoce la perspectiva intergeneracional, o sea, los deberes que cada uno tiene en relación tanto con los que ya recorrieron el camino de sus vidas (nuestros antepasados) como los que todavía están por hacerlo (nuestros descendientes). Trátase de un mundo en que cada uno sobrevive en medio a una completa desintegración espiritual. Trátase de un mundo que se ha simplemente deshumanizado, y que hoy necesita con urgencia despertar para los verdaderos valores”.

Consideramos, por ello, un imperativo constitucional el que a través de la presente sentencia se configure objetiva y proporcionalmente el derecho a la pensión de aquellas

personas que trabajaron para el Estado y aportaron durante su vida laboral, con el objeto de que, llegada su tercera edad, gocen razonablemente de una vida digna.

C. EL CONTENIDO SOCIAL DEL DERECHO A LA PENSIÓN

§1. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO, LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO Y EL DERECHO A LA PENSIÓN

42. El reconocimiento del Estado social y democrático de derecho

El Tribunal Constitucional ha precisado que cuando el artículo 43 de la Constitución reconoce que “la República del Perú es democrática (...) y social” configura al Estado peruano como un Estado social y democrático de derecho, tal como lo ha reconocido este Colegiado en diversa jurisprudencia, entre la cual se puede citar el fundamento 10 de la Sentencia del Expediente N° 0008-2003-AI/TC, Caso Más de cinco mil ciudadanos, Sobre Decreto de Urgencia, y el fundamento 1 de la Sentencia del Expediente 0048-2004-AI/TC, Caso José Miguel Morales Dasso, Sobre Ley de Regalía Minera. La configuración de nuestro Estado como uno social y democrático de derecho es el marco al cual debe ajustarse el desarrollo del derecho a la pensión.

Los principios jurídicos de supremacía constitucional y de fuerza normativa de la Constitución impiden que tal reconocimiento sea concebido como un canon interpretativo meramente político y, en tanto tal, carente de consecuencias jurídicas.

Por el contrario, en virtud del principio interpretativo de la unidad de la Constitución, la condición ‘social’ del Estado se instituye, de un lado, como un criterio hermenéutico de las cláusulas constitucionales y del ordenamiento jurídico, en general; y, de otro, como una institución determinante del contenido esencial de los derechos fundamentales.

43. Las garantías sociales en favor del pensionista

Al referirse a la aplicación de las nuevas reglas pensionarias, el constituyente derivado, en la reformada Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se ha remitido a “razones de interés social”, lo cual importa la relevancia de aplicar al derecho a la pensión los contenidos propios de un Estado democrático y social de derecho.

Esta fórmula política es la concreción de una evolución histórica, representada por el tránsito de un Estado liberal abstencionista y básicamente garantista de la autonomía individual, a un Estado comprometido con la promoción del bienestar general, donde la seguridad social aparece como una garantía institucional que otorga sostenibilidad al derecho a la pensión. De esta manera, la visión netamente formal de los valores de libertad e igualdad incorpora, en su substrato más íntimo, un contenido material orientado hacia la real consolidación de la libertad pero con justicia social. Por tal razón, la reforma, para que se considere constitucional, debe

necesariamente contener una base de justicia social, que no puede ser eludida.

En tal sentido, el Estado social y democrático de derecho no excluye, ni menos aún desconoce, las garantías del libre desarrollo de la personalidad en los distintos ámbitos y etapas de la vida, sean políticos, sociales, económicos o culturales. En el componente mismo del derecho individual, se reconoce un deber social traducido en el compromiso de coadyuvar a la real eficacia de aquellos factores mínimos que aseguran una vida acorde con el principio de dignidad humana, y que se encuentran proyectados en el conjunto de los valores superiores que la Constitución incorpora para el goce de todas las personas.

Ello es así porque todos los pensionistas han contribuido con su trabajo a la creación de la riqueza nacional, para que, al momento de la redistribución de la misma, tengan una razonable participación, mediante el goce solidario de su derecho a la pensión, en base a un sistema eficiente de seguridad social que les permita satisfacer sus necesidades básicas dignamente.

44. El ámbito social de la reforma constitucional del derecho a la pensión

Sobre la base de la configuración político-constitucional del derecho a la pensión estudiada, corresponde determinar cuál es su substrato económico-constitucional.

El artículo 58 de la Constitución reconoce que el orden económico se fundamenta en una economía social de mercado, que no es sino la economía ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de libertad y justicia social. En consecuencia, tal como este Tribunal declara, como parte del fundamento 11 de la Sentencia del Expediente N° 0008-2003-AI/TC, "(...) el Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real".

La economía social de mercado está caracterizada, fundamentalmente, por tres elementos:

- 'Bienestar social', lo cual debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso (remunerativo y pensionable).
- 'Mercado libre', el mismo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, *prima facie*, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y los monopolios.
- 'Estado subsidiario y solidario', que importa que se reconozca la existencia de una 'cláusula general de

mandato' que obliga a la intervención del Estado cuando la realidad socioeconómica se haya desvinculado, o peor aún, contravenga directamente el bienestar social.

En consecuencia, el contenido social de la Constitución económica no puede justificar, en aras de cubrir altos montos pensionables de un número de personas objetivamente no representativas de la comunidad adscrita al régimen del Decreto Ley N° 20530, que exista un desembolso considerable y constante de recursos presupuestales que deberían dirigirse tanto para reajustar las pensiones de los menos favorecidos, y así evitar iniquidades también para el futuro del sistema pensionario, como para desarrollar actividades estatales tendentes a la seguridad social.

Esta cuestión, por lo demás, está prevista, de acuerdo al criterio de progresividad, por la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución:

"(...) el Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias que éste destine para tales efectos, y a las posibilidades de la economía nacional".

Así pues, no es posible olvidar que si la economía social implica, entre otros factores, una racionalización del gasto público en la legislación social en favor de los más desamparados (ancianos, enfermos, niños y minusválidos, como en cierta forma lo reconoce el artículo 4 de la Constitución), no será facultad, sino deber del Estado, remover todos los obstáculos jurídico-constitucionales que impiden efectivizar dichas medidas. Éste es el sentido que hace de la reforma constitucional del sistema pensionario un mandato constituyente fundado en el modelo económico constitucional.

45. El reconocimiento de los principios sociales que sustentan el derecho a la pensión

En el caso planteado, ninguna de las partes toman distancia de los criterios esbozados; por el contrario, coinciden con ellos. Sucede, sin embargo, que mientras los demandantes consideran que las disposiciones constitucionales existentes antes de la reforma, resultaban en mayor grado compatibles con los principios y valores del Estado social y democrático de derecho que las disposiciones vigentes luego de ella, el Congreso de la República opina lo contrario.

Dicho de otro modo, los demandantes consideran que estamos ante una reforma peyorativa, pues la seguridad social, prevista en el artículo 10 de la Constitución, y, de modo más concreto, el derecho a la pensión, reconocido por el artículo 11 de la Carta Fundamental, han sido disminuidos en su contenido esencial. Todo ello, a decir de los demandantes, revela un quebrantamiento del límite material al poder de reforma constitucional, previsto en el último párrafo del artículo 32 de la Constitución. Sin embargo, como ya se ha establecido, la cuestión constitucional no es que el derecho a la pensión sea un derecho absoluto, sino que, siendo un derecho relativo, la reforma constitucional que lo modifique

no infrinja su contenido esencial, y; en todo caso, que dicha intervención del poder constituyente instituido a través de la reforma constitucional, esté implementada razonablemente por el Congreso.

Así las cosas, la decisión que adopte el Tribunal Constitucional debe tener como soporte los principios fundamentales que inspiran la interpretación de los derechos fundamentales comprometidos en el presente caso, y la escrupulosa ponderación de la capacidad económica de la nación.

46. El principio-derecho de la dignidad humana respecto a la pensión

El artículo 1 de la Constitución establece que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

La dignidad humana, tal como se ha precisado *supra*, es el presupuesto jurídico de la existencia de todos los derechos fundamentales. La persona humana no puede ser concebida como un medio, sino como un fin en sí mismo; de allí que su defensa constituya el fin supremo que debe inspirar todos los actos estatales, en particular, y los de la sociedad, en general.

Siendo así, la persona humana es el soporte del orden político y la paz social, de ahí que "(...) requiere una especial tutela por parte del Ordenamiento jurídico, tendente a garantizar el respeto a la dignidad de la persona humana y (...) su efectiva vigencia"¹²⁴.

El Tribunal Constitucional, como parte del fundamento 161 de la Sentencia del Expediente N° 0010-2002-AI/TC, Caso Marcelino Tineo Silva, Sobre los Decretos Leyes de Terrorismo, ha señalado que la dignidad humana se configura como "(...) un *minimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover".

La seguridad social y el derecho a la pensión son elementos esenciales que configuran el mínimo existencial necesario para garantizar una vida no sólo plena en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material; o, en otras palabras, para garantizar una vida digna.

Por tal razón, una pensión constitucionalmente protegida sólo será aquella que se sustente en el principio de dignidad de la persona humana. De tal forma, pues, se infiere la existencia de un derecho a la dignidad pensionaria.

47. El principio-derecho de igualdad respecto a la pensión

La igualdad, prevista en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector tanto de la organización del Estado social y democrático de derecho, como de la actuación de los poderes públicos.

La aplicación del principio de igualdad no excluye el tratamiento diferenciado. Es decir, no se vulnerará dicho

principio cuando se establezca una diferencia de trato fundada en bases objetivas y razonables.

Este Colegiado ha remarcado en su jurisprudencia, entre la que se puede citar el fundamento 11 de la Sentencia de los Expedientes N° 0001-2003-AI y 0003-2003-AI, Caso Colegio de Notarios de Lima, Callao y Arequipa, Sobre Inscripción Registral de Inmuebles, y el fundamento 15 de la Sentencia del Expediente N° 0008-2003-AI, que "(...) el principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de 'tratar igual a los que son iguales' y 'distinto a los que son distintos', de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. Sin embargo, enfocar la interpretación del derecho a la igualdad desde una faz estrictamente liberal, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución. En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales".

Desde tal perspectiva, en la evaluación de la constitucionalidad de las leyes impugnadas, este Tribunal deberá apreciar si el legislador pretende corregir, con medidas razonables y proporcionales, situaciones sociales de desigualdad, o si, acaso, las medidas dictadas han sido consecuencia de nuevas situaciones discriminatorias. El criterio de evaluación para ello será el del beneficio de todas las personas que reciben pensión, y no exclusivamente el de los que están adscritos al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530.

Sobre el particular, debe tenerse presente que, en la medida que el régimen pensionario de dicha norma especial fue creado por el legislador ordinario de facto, pero incorporado en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 -y en el pasado, por la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979-, tiene la calidad de derecho de configuración legal.

Debe enfatizarse que el constituyente derivado goza de un margen más o menos amplio de discreción para configurar las nuevas posiciones subjetivas exigibles en materia de seguridad social. No obstante, el respeto al principio de igualdad se constituye como un límite a dicha competencia, debido a su condición de universalidad, propia del sistema de seguridad social, conforme a lo

señalado por el artículo 10 de la Constitución; asimismo, el constituyente debe respetar los principios de solidaridad y progresividad, subyacentes en todo sistema de seguridad social que provee un derecho a la pensión con equidad.

48. El principio de solidaridad respecto a la pensión

Este principio, derivado directamente de la cláusula de Estado social y democrático de derecho prevista en el artículo 43 de la Constitución, implica el compromiso directo de cada persona con los fines sociales del Estado, de manera tal que a nadie resulte ajena la vocación por priorizar las nuevas medidas pensionarias que eleven la calidad de vida de la mayoría de los pensionistas, así como la de acabar los privilegios pensionarios que contravengan un orden constitucional solidario.

En tal sentido, conforme ha señalado este Tribunal en el fundamento 16 de la Sentencia del Expediente N° 2945-2003-AA, Caso Azanca Alhelí Meza García, Sobre Paciente de VIH/SIDA, "(...) la solidaridad implica la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo sino consustancial". Por ello, al principio de solidaridad son inherentes, de un lado, "el deber de todos los integrantes de una colectividad de aportar con su actividad a la consecución del fin común", y de otro, "el deber del núcleo dirigencial de la colectividad política de redistribuir adecuadamente los beneficios aportados por sus integrantes; ello sin mengua de la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar los fines sociales".

Nuestra Constitución Política recoge en sus normas disposiciones referidas a la solidaridad, estatuyendo que es deber primordial del Estado promover el bienestar general fundamentado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44); que la economía social de mercado es en sí misma la superación de la visión reduccionista de las relaciones entre los hombres como intercambio de cosas (artículo 58); y que la educación prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad (artículo 14).

Este Tribunal, en el fundamento 14 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0011-2002-AI, Caso Ángel Guillermo Herrera Otiniano, Sobre Constitución del Comité Especial Multisectorial de Reestructuración de la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador, ha resaltado la especial vinculación existente entre la seguridad social y el principio *in comento*:

"Es de reconocerse el fuerte contenido axiológico de la seguridad social, cuyo principio de solidaridad genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de las pensiones. En este caso, el rol que compete al Estado en la promoción del ejercicio del instituto no puede ser subestimado ni mucho menos desconocido".

Por tal razón, dentro del universo de los titulares del derecho a la pensión del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, es plenamente constitucional que estén vinculados por el principio de solidaridad, correspondiente a un Estado social y democrático de derecho, lo cual supone la asunción de los fines comunitaristas de la seguridad social y el derecho a la pensión, en el marco de los artículos 10 y 11 de la Constitución.

49. El principio de progresividad respecto a la pensión

Es indudable que la efectividad plena de los derechos económicos, sociales y culturales en general, no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, ha precisado, en su Observación General N° 3, que ello no implica desconocer que dicho principio "(...) debe interpretarse a la luz del objetivo general (...) que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Éste impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga"^[25].

El principio de progresividad implica que, dentro de las diversas opciones que el legislador tiene para regular el ejercicio de dichos derechos, "(...) los poderes políticos tienen en principio vedado elegir supuestos de reglamentación irrazonable y, además, elegir supuestos de reglamentación que importen un retroceso en la situación de goce de los derechos económicos, sociales y culturales vigentes"^[26].

Esta disposición internacional, si bien no constituye un mandato vinculante para el Estado, dado su carácter de derecho débil *-soft law-*, permite interpretar razonablemente, a la luz del principio del paralelismo jurídico de las formas, que el principio de progresividad no es absoluto.

Debe tenerse presente, por otro lado, que se trata de un principio netamente objetivo y no subjetivo, motivo por el cual la reforma cuestionada, que impacta sobre un grupo de pensionistas no representativos cuantitativamente en materia de seguridad social, no es inconstitucional *per se*. Si la reducción objetiva y proporcional de las pensiones de la minoría se ha previsto en línea de equidad con el propio derecho a una pensión de acuerdo con el principio de dignidad humana de la mayoría, el principio de progresividad no estará afectado.

Por ello, no se vulnera tal principio cuando se busca la justicia e igualdad entre los pensionistas al amparo de una idea democrática de justicia común. No se puede beneficiar a un grupo minoritario de pensionistas en detrimento de la mayoría de ellos.

50. El principio de equilibrio presupuestal respecto a la pensión

Constitucionalmente se ha previsto, como parte del artículo 78, que todo presupuesto del Estado debe contar con un equilibrio financiero que permita que la progresividad antes enunciada sea real y no ficticia, respecto a un grupo limitado de personas, como ocurre con los beneficiarios del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. Por ello, cuando en el artículo 87 de la Carta Magna se prescribe que se fomenta y garantiza el ahorro, se está condicionando incluso la actividad del propio Estado, puesto que no se trata de un ahorro simplemente particular, según un análisis microeconómico, sino también de uno que, a través de los instrumentos macroeconómicos, redunde en el presupuesto público.

Es decir, el Estado debe, al momento de sufragar los costes del pago de una pensión, observar el principio del equilibrio en su presupuesto. Este Colegiado, en el fundamento 7.d de la Sentencia del Expediente N° 0004-2004-CC, Caso Poder Judicial, Sobre Postulación del Presupuesto Público, ha sostenido que un fin de esta actividad presupuestal es "(...) interpretar, a través de los programas de obras, servicios y cometidos, el sentido de la noción bien común".

Respecto al punto antes desarrollado, el Congreso de la República, entre otras consideraciones, ha acudido a razones de orden económico para justificar la aprobación de la reforma constitucional cuestionada. Así, ha precisado que "(...) una de las características que ha acompañado este régimen durante toda su existencia es el déficit, dado que las aportaciones de los trabajadores nunca han sido suficientes para sostener los beneficios que el pensionista y sus sobrevivientes perciben; lo que ha conllevado a recurrir a los recursos públicos para financiar los beneficios otorgados"^[22].

Es pertinente enfatizar, entonces, que las consideraciones de tipo económico no resultan impertinentes en sí mismas para sustentar la elaboración de leyes, sean éstas ordinarias o de reforma constitucional.

De otro lado, el tema del ahorro público es uno de los que más incidencia ha tenido para decidir la reforma constitucional. En cuanto a ello, en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución ya reformada se ha señalado que "(...) el ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a ley... 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 (...)".

En efecto, en tanto la Constitución trasciende su connotación de norma de organización política para sentar las bases mínimas indispensables de convivencia social identificada con el principio de dignidad humana, los criterios fundados en el orden constitucional económico y

en los principios que lo informan, no pueden ser tachados como impertinentes para justificar, cuando menos en parte, la modificación del ordenamiento constitucional.

§2. EL DERECHO A LA PENSIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

51. Según un demandante, se ha afectado la intangibilidad de la seguridad social

Para uno de los demandantes, la seguridad social posee "(...) tres aspectos fundamentales: la liberación de la necesidad como objetivo general; la garantía de seguridad económica a todos los miembros de la comunidad para el acceso a una vida digna; y la amplitud de instrumentos aplicables a este fin, con preferencia por los seguros sociales y la asistencia social"^[28].

Es decir, no considera posible que se le reconozca un ámbito reducido, o que se termine afectando su contenido esencial, tal como habría sucedido con la reforma constitucional.

Es así como llega a afirmar que "(...) la citada norma no está respetando los derechos adquiridos de los cesantes y jubilados, toda vez que, tal como se desprende del espíritu de las normas pensionarias y de la propia Constitución, la misma está orientada a la protección de la persona humana como sujeto de derecho a una vida digna, que le permita cubrir posteriormente a su muerte la orfandad de la familia y/o la de su cónyuge supérstite"^[29].

52. Según el demandado, no existe afectación a la seguridad social

De manera genérica, el demandado ha señalado que no existe afectación a la seguridad social en el procedimiento de reforma constitucional realizado, precisando que "(...) se requiere garantizar la existencia de prestaciones y de fondos que las provean para el curso de los próximos años, lo que sólo puede concretarse a través de una administración que pondere las necesidades de los actuales y futuros beneficiarios y los recursos con que se cuenta para el logro de sus fines. Éste es uno de los fundamentos de la reforma constitucional al proteger la subsistencia del sistema, de tal forma que la reforma es parte del desarrollo de la Seguridad Social en su conjunto; no hacerlo significa poner en riesgo todo el Sistema de Pensiones en el Perú"^[30].

Tal afirmación se encuentra en conexión directa con el hecho de que la seguridad social aparece constitucionalmente con el sustento del derecho a la pensión, tal como corresponde, ahora, explicar.

53. La pensión y la seguridad social constitucionalmente reconocidas

El artículo 10 de la Constitución 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".

Sobre el particular, y de modo más concreto, el artículo 11 de la Constitución, estipula que "(...) el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privados o mixtas".

Así, el derecho a la seguridad social se instituye como una garantía institucional del derecho a la pensión, al posibilitar su vigencia según los parámetros correspondientes a un Estado social y democrático de derecho.

Pero, ¿qué es en estricto una garantía institucional?

Es una fórmula constitucional que permite asegurar una especial salvaguarda de ciertas instituciones. Es decir, "(...) no es un derecho fundamental en sentido auténtico, pero significa una protección constitucional contra la supresión legislativa, según es característico de la garantía institucional"^[31].

De esta forma, la seguridad social está prevista en la Constitución como la garantía institucional del derecho a la pensión.

54. La seguridad social como garantía institucional

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'.

En otras palabras, como ha expresado este Tribunal en el fundamento 14 de la Sentencia del Expediente N° 0011-2002-AI/TC, "(...) la seguridad social (...) es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad".

Esta ineludible 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.

El Tribunal Constitucional español, en criterio aplicable al contexto constitucional peruano, *mutatis mutandis*, ha señalado en el fundamento 3 de la Sentencia 37/1994, que la seguridad social es una garantía institucional "(...) cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador (...), de tal suerte que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar".

En consecuencia, como garantía institucional que la Constitución reconoce, la seguridad social está blindada contra una reforma legislativa -incluso constitucional- que la anule o la vacíe de contenido.

55. Configuración de la seguridad social

Toda garantía institucional, como la seguridad social, para poder operar directamente, a diferencia de un derecho fundamental clásico, requiere de configuración legal. Es decir, la ley constituye fuente normativa vital para delimitar su contenido protegido.

Para este Colegiado, dicho contenido se encuentra conformado fundamentalmente por los siguientes aspectos: En primer lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones de pertenencia a un determinado régimen de seguridad social, lo cual no significa que sea irreformable, sino que su reforma requeriría de una mayor carga de consenso en cuanto a su necesidad, oportunidad y proporcionalidad. En segundo lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones para la obtención de un derecho subjetivo a una determinada prestación. En tercer lugar, por el principio de solidaridad, explicado *supra*, que es portador de la justicia redistributiva subyacente en todo sistema de seguridad social.

56. Las obligaciones estatales respecto a la pensión a partir de su consideración como derecho social

Toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que, en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, no debe considerarse como un gasto sino como una inversión social.

Por esta razón, "(...) sostener que los derechos sociales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, no solo es una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución"^[32].

Porello, el derecho a la pensión constituye una manifestación -no única por cierto- de la garantía institucional de la seguridad social. Por lo tanto, como lo ha sostenido también este Tribunal, los derechos fundamentales prestacionales no pueden ser considerados como simples emanaciones de normas programáticas, si con ello pretende describirseles como atributos diferidos carentes de toda exigibilidad en el plano jurisdiccional, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para la real vigencia de otros derechos fundamentales, y, en última instancia, para la defensa misma de la persona humana y el respeto de su dignidad. En esta línea, el derecho a la pensión debe asumir todas las cualidades provenientes de su naturaleza social.

Entonces, no es ilógico que en el fundamento 11 de la Sentencia del Expediente N° 2945-2003-AA/TC este Colegiado haya expresado que "(...) de este modo [por

ejemplo] sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente (...) En puridad, todos los derechos humanos constituyen un complejo integral único e indivisible, en el que los diferentes derechos se encuentran necesariamente interrelacionados y son interdependientes entre sí".

Consecuentemente, en el Estado social y democrático de derecho, la *ratio fundamentalis* no es privativa de los derechos de defensa, es decir, de aquellos cuya vigencia se encuentra garantizada con una conducta estatal abstencionista, sino que es compartida también por los derechos de prestación social que reclaman del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio de dignidad humana.

Atendiendo ello, la reforma constitucional pensionaria del régimen del Decreto Ley N° 20530 resulta plenamente constitucional, en la medida que procura asegurar un eficiente sistema de seguridad social y un derecho a la pensión justo.

§3. LA JUSTICIA COMO SUBSTRATO DEL DERECHO A LA PENSIÓN

57. Según los demandantes, el nuevo régimen pensionario no se sustenta en el valor de la justicia

Uno de los demandantes sostiene que "(...) la afectación de esos derechos sociales individuales o subjetivos implica, coetánea e inseparablemente, la vulneración del principio del Estado Social de Derecho, el mismo que forma parte de la 'fórmula política' de la Constitución y, en tanto tal, ajena a al competencia del legislador ordinario para la reforma constitucional"^[33].

58. Según el demandado, la reforma era necesaria por razón de justicia

En efecto, el demandado alega que "(...) el objetivo principal del sistema pensionario es que todos tengan acceso a una pensión y que ésta ascienda a un monto razonable dado que la existencia del sistema no se limita al derecho de los trabajadores a ser pensionistas sino también se refiere a la razonabilidad en el monto percibido. Cuando las altas pensiones de unos impiden a otros alcanzar pensiones razonables se está contrariando el principio fundamental de existencia del sistema pensionario del Estado, por lo tanto, estas normas debían reformarse o modificarse". Entonces, "era necesario restablecer el tratamiento igualitario de los regímenes pensionarios, toda vez que existe una manifiesta iniquidad que se evidencia en las diferencias existentes entre el régimen del D.L. N° 20530 y otros regímenes que dependen, en mayor o menor medida, de recursos públicos provenientes de los impuestos que pagan todos los peruanos"^[34].

Evidentemente, asevera que sólo a través de la reforma de la Constitución, el sistema pensionario cumpliría

finalmente los fines que siempre ha estado destinado a cumplir.

59. La justicia distributiva como elemento inherente a la equidad

Se ha mencionado *supra* que el principio de solidaridad se encuentra particularmente identificado con el sistema de seguridad social, pues el aporte de los trabajadores activos sirve de sustento al otorgamiento de las pensiones de los trabajadores retirados. Sin embargo, ésta no debe ser sino una de las diversas manifestaciones que dicho principio debe proyectar al interior del sistema.

En efecto, si bien es cierto que la variedad de los regímenes pensionarios existentes en nuestra legislación impide que exista un tratamiento objetivamente uniforme para todas las personas pertenecientes al sistema de seguridad social (aunque, por el principio de igualdad la legislación debe procurar que tienda a unificarse), también lo es que, constitucionalmente, sí se puede establecer una homologación interna. Esto, desde luego, no implica que todos los pensionistas de determinado régimen sean titulares de un monto de pensión único, pues éste depende, entre otros factores, del aporte individual que cada persona efectúa al sistema, pero exige que no exista una distancia marcadamente inequitativa entre dichos montos, que esté desprovista de razonabilidad y proporcionalidad.

60. La equidad en términos económicos

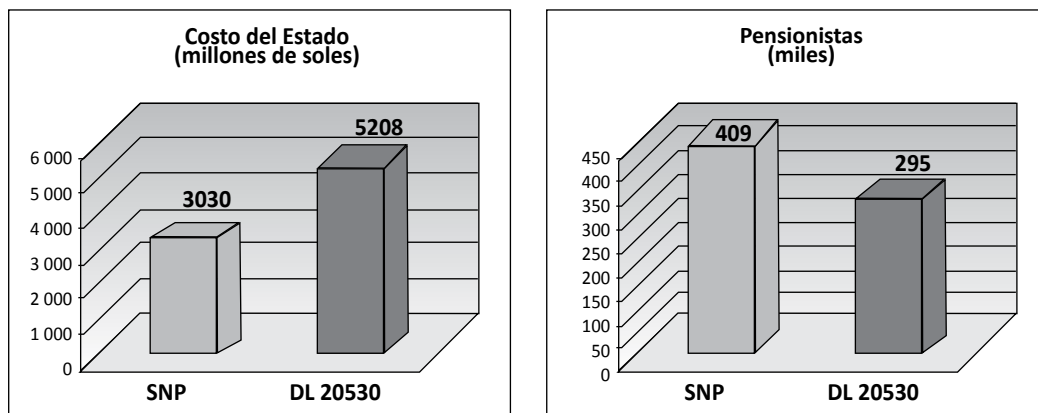
Según un informe presentado por la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Trabajo y Promoción Social y el Ministerio de Economía y Finanzas, la pensión más alta del régimen del Decreto Ley N° 20530 es veintiséis veces mayor que la más baja^[35]. Obviamente, la ausencia de equidad al interior del régimen es manifiesta.

Este Tribunal, en un pronunciamiento anterior, ha declarado que el referido régimen previsional es un sistema inherentemente desfinanciado, pues, en la mayoría de casos, los aportes que los pensionistas han realizado durante sus años de actividad son claramente insuficientes para financiar los beneficios que perciben (ver Gráfico N° 1).

En los fundamentos 31 y 32 de la Sentencia de los Expedientes N° 0001-2004-AI/TC y 0002-2004-AI/TC, Caso Más de cinco mil ciudadanos, Sobre Fondo para la Asistencia Previsional, este Colegiado ha señalado lo siguiente:

"En efecto, durante 24 años (julio de 1979 a julio de 2003), la tasa de aporte al régimen del D.L. N° 20530 fue de 6% (sólo recientemente, a partir del mes de agosto de 2003, fue incrementada a 13%), factor que, obviamente, determina su inviabilidad, más aún si se toma en cuenta que fue en el año 1982 en que entró en vigencia la Ley N° 23495 que, en desarrollo de la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, permitió la nivelación progresiva e ilimitada de las pensiones con las remuneraciones de los trabajadores del sector público de las respectivas categorías.

Gráfico N° 1
Costo Anual del Decreto Ley N° 20530 y pensionistas
(Hasta finales del año 2003)



Costo del Decreto Ley N° 20530. Incluye municipalidades, FONAFE, organismos autónomos y contingencias por distorsión de planillas del Estado.

Fuente: ONP / MEF.

Elaboración: DGAES-MEF.

De acuerdo a la información enviada por el Ministerio de Economía y Finanzas a solicitud de este Tribunal Constitucional, respecto de la relación de los altos funcionarios beneficiarios del Decreto Ley N° 20530, el informe 'Marco Macroeconómico Multianual 2004-2006 revisado' publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 31 de agosto de 2003), y a la información de conocimiento público proporcionada por el mismo Ministerio, publicada en www.proyecto20530.gob.pe, [s]e estima que, bajo condiciones optimistas, el valor de los aportes al sistema entre 1974 y 2003 apenas alcanza US\$ 10,147 millones, en comparación con los US\$ 36,950 millones que fueron pagados en el mismo período. A futuro, se estima que sólo se recaudarán US\$ 149 millones en aportes, mientras que se tendrán que pagar pensiones por US\$ 24,564 millones.

Debido al reducido valor de los aportes, las pensiones del DL 20530 deben ser financiadas a través de recursos públicos, provenientes de los impuestos que pagamos todos los peruanos. Así, el costo del DL 20530 representa el 17% de los ingresos tributarios del Gobierno Central y el 81% de la inversión pública. En tal sentido, recursos que podrían destinarse a sectores prioritarios como la salud, la educación y la infraestructura básica, deben ser destinados al pago de pensiones de 290 mil pensionistas, que apenas representan el 2.5% de la PEA del país...

El costo anual para el Estado del régimen del DL 20530 asciende a S/ 5,206 millones. Este monto es financiado en gran medida a través de los impuestos, tasas y arbitrios pagados por la ciudadanía y es destinado a financiar los beneficios de 295 mil pensionistas de este sistema... Se estima que -para que una persona se jubile con una pensión equivalente al 100% de su sueldo, que luego sea transferida en su totalidad a su viuda de manera

vitalicia, con sólo treinta años de servicios- se requeriría una tasa de aportes de equilibrio de, por lo menos, 38%, para que no requiera subsidio del Estado. Más aún si se considera que, al no existir edad mínima de jubilación y sólo requisitos de lapso de tiempo y de aportación en los cuales se incluye hasta los años de estudio para acceder a pensión nivelable, normalmente los pensionistas se han jubilado a una edad muy temprana, lo que tiende a alargar el período de pago de pensión".

61. La limitación constitucional de la nivelación pensionaria

Luego de efectuada la reforma, la Primera Disposición Final y Transitoria enuncia ahora lo siguiente:

"Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria... 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... no nivelación".

Corresponde, entonces, precisar qué se entiende por nivelación y qué concepto de equidad subyace a este enunciado normativo, a la luz del carácter social del derecho a la pensión.

Debe señalarse, además, que según la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución

reformada, "(...) la ley dispondrá la aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de una Unidad Impositiva Tributaria".

62. La contraposición de argumentos respecto a la nivelación de pensiones

Este tema está en correspondencia directa con el principio de solidaridad antes mencionado. Los demandantes han tratado de argumentar la existencia de una afectación a través de la reforma constitucional. Uno de ellos afirma que "(...) la Nivelación de Pensiones como hecho jurídico, tuvo un solo momento de configuración y a la vez su norma de creación posee un supuesto de hecho normativo ya cumplido pues, por un lado, la referida configuración del derecho se da a la entrada en vigencia de la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1979 y, por otro, el cumplimiento del supuesto de hecho normativo se dio cuando los beneficiarios del Régimen del Decreto Ley N° 20530 cumplieron con los requisitos para acceder a la Nivelación de Pensiones, esto es: a) Ser miembro del Decreto Ley N° 20530, y: b) Tener más de 20 años de servicios al Estado, situaciones éstas que antes de entrada en vigencia la Ley de Reforma Constitucional N° 28389... ya se había consolidado totalmente para aquellos trabajadores y pensionistas que cumplieron -según cada caso- con laborar 20 o más años a favor del Estado y en consecuencia para ellos no existen 'hechos aun no cumplidos'"^[36].

Otro defiende el impedimento de nivelación prescrito por la nueva Primera Disposición Final y Transitoria, al señalar que "(...) la prohibición de nivelar las pensiones se encuentra dada de manera amplia y general, es decir, para todos los pensionistas, sin distinguir su capacidad adquisitiva, los años de servicio, la edad, etc., entonces, encontramos que la regla técnica de identificación de una adecuada aplicación del principio de igualdad se rompe, ya que la ley propugna tratar igual a los desiguales, es decir, sin tomar en consideración las diferencias objetivas existentes entre los mismos"^[37].

A su turno, el demandado sostiene que "(...) la reforma constitucional ha sustituido la nivelación por la regla general de incremento que se aplica para otros pensionistas, tanto en el régimen del Decreto Ley N° 20530 para quienes tienen derecho a pensión no nivelable como en el régimen del Decreto Ley N° 19990. Se trata entonces de un cambio en el mecanismo de ajuste de la pensión, que en la demanda se califica como perjudicial no por razones estrictamente jurídicas, sino por razones de experiencia práctica, pues ha permitido a un grupo de pensionistas acceder a altas pensiones"^[38].

63. La evolución del régimen previsional del Decreto Ley N° 20530

A fin de determinar el verdadero carácter de la nivelación, es necesario revisar su evolución histórica como prescripción integrante del Decreto Ley N° 20530, y el régimen pensionario en él estatuido.

Sobre este tema, este Colegiado tuvo oportunidad de pronunciarse con ocasión de la Sentencia del Expediente

N° 0189-2002-AA/TC, Carlos Maldonado Duarte, Sobre Pensión Nivelable. En tal sentido, se expuso en los fundamentos 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 11, que

- "La Ley de Goces de 1850 constituyó el estatuto pensionario de los servidores públicos hasta el 11 de julio de 1962, fecha en que se promulgó el Decreto Supremo que introdujo adiciones a la Ley N° 13724 -Ley del Seguro Social del Empleado- que dispuso, entre otros aspectos, que quedaban incorporados en el Seguro de Pensiones creado por dicha Ley, los empleados públicos nombrados con posterioridad a esa fecha. Con esta Ley, además de unificarse el régimen pensionario de los empleados particulares y públicos, virtualmente se cerró el régimen de la Ley de Goces de 1850, manteniendo ésta su vigencia sólo para aquellos servidores públicos nombrados hasta el 11 de julio de 1962, adscritos a dicho régimen pensionario, salvo aquellos que hubieran optado por el nuevo".

- Por su parte, y respecto del Decreto Ley N° 20530, que éste "fue expedido con el objeto, de un lado, de perfeccionar el régimen de cesantía, jubilación y montepío -Ley de Goces-, y, de otro, de asegurar debidamente el reconocimiento del derecho de los interesados y el cautelamiento del patrimonio fiscal. Por ello, la propia norma, en su artículo 4°, establece que es un régimen de pensiones de carácter cerrado. No obstante, en diversas ocasiones fue abierto por ley; una de ellas... por la Ley N° 24366, publicada el 21 de noviembre de 1985", con lo que "aún cuando el régimen creado por este Decreto Ley, inicialmente era cerrado, a través de diferentes Leyes se ha ampliado su alcance. Así por ejemplo, mediante el Decreto Ley N° 22150, de 25 de abril de 1978, que fuera Ley de la Carrera Diplomática, se permitió que los diplomáticos se incorporasen, sin excepción, en dicho régimen. Del mismo modo, con la Ley N° 24029, de 12 de diciembre de 1984, se incorpora al profesorado al régimen del Decreto Ley N° 20530, precisándose en el reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 019-90-ED, que dicha incorporación correspondía a los que ingresaron al servicio oficial como nombrados o contratados, hasta el 31 de diciembre de 1980; igualmente, mediante la Ley N° 24366, publicada el 21 de noviembre de 1985, se abre el sistema para todos aquellos que al 24 de febrero de 1974 (fecha de dación del Decreto Ley N° 20530) contaban con 7 o más años de servicios y continuaban haciéndolo de manera ininterrumpida. Luego, de igual forma, mediante Ley N° 25273, de 16 de julio de 1990, se incorporó al régimen del propio Decreto Ley N° 20530 a los servidores comprendidos en la 'Ley de Goces' de 1850 y que a la fecha (16 de julio de 1990) se encontrasen laborando, sin solución de continuidad, en las empresas estatales de derecho público o privado". Igualmente se hizo referencia en su oportunidad a que "el sistema pensionario creado por el Decreto Ley N° 20530 está abierto por la Ley Orgánica del Poder Judicial a favor de los magistrados que cumplan diez años de servicios".

- En ese mismo orden de ideas, quedó establecido que "la Ley N° 25066 del 25 de junio de 1989 establece en su artículo 27° que los funcionarios y servidores

públicos que hubiesen estado laborando para el Estado en condición de nombrados o contratados a la fecha de la dación del Decreto Ley N° 20530, están facultados para quedar comprendidos en el régimen de pensiones de dicho Decreto Ley, siempre que, a la fecha de su entrada en vigencia se encontrasen prestando servicios al Estado dentro de los alcances de la Ley N° 11377 y del Decreto Legislativo N° 276. Se agrega que el aporte correspondiente al Fondo de Pensiones, se determinará previa deducción de pensiones de lo efectuado al régimen del Decreto Ley N° 19990, como lo establece la Séptima Disposición Transitoria del mismo", mientras que "con la creación de la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado (Ley N.º 13724) y la emisión del Decreto Supremo de fecha 12 de julio de 1962, se dispuso que los servidores públicos comprendidos en el régimen de la Ley N.º 11377 obligatoriamente quedarían adscritos a la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado. En consecuencia, el 12 de julio de 1962 se cierra el acceso al régimen de cesantía, jubilación y montepío (pensión nivelable), ya que los que iniciaron sus servicios a partir de dicha fecha, pertenecen, necesariamente, a la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado, y los que iniciaron sus servicios con anterioridad a dicha fecha quedarán adscritos a la Ley de Goces".

- Por su parte, "el artículo 1° de la mencionada Ley N° 24366, del 21 de noviembre de 1985, al declarar que "Los funcionarios y servidores públicos que a la fecha de la dación del Decreto Ley N° 20530, contaban con siete o más años de servicios, están facultados para quedar comprendidos en el régimen de pensiones del Estado, establecido por dicho Decreto Ley, siempre que hubieran venido trabajando ininterrumpidamente al servicio del Estado", abre una nueva vía de acceso al régimen del Decreto Ley N° 20530".

- Finalmente, y en lo que respecta al reconocimiento del tiempo de servicios "debe tenerse en cuenta, además, que se debe laborar para el Estado la jornada mínima de trabajo, y que a aquellos servidores con título universitario, optado en el país o en el extranjero, que hubieren incorporado a su patrimonio derechos adquiridos provenientes del artículo 41° del Decreto Ley N° 20530 o de las Leyes N° 24156 o 25171, normas ya derogadas, se les computa de abono hasta cuatro (4) años de formación profesional, después de quince años de servicios efectivos en caso de hombres y doce y medio en caso de mujeres. Este abono se agrega con posterioridad al requisito de los años efectivamente servidos al Estado y no con anterioridad, es decir, no se agrega al inicio de su relación laboral con el Estado, haciendo una errónea sumatoria retroactiva, sino como el propio artículo 41° del Decreto Ley N° 20530 lo establecía, se abona después de cumplir los quince o doce y medio años según sea el caso. En el pasado, y sobre la base de antecedentes jurisprudenciales, se aplicó en algunos casos esa sumatoria retroactiva, que el Tribunal Constitucional, a partir de esta fecha y para el futuro, descarta".

Éste es, pues, un breve resumen de la legislación histórica del régimen previsional del Decreto Ley N° 20530,

así como de las modificaciones sucesivas de que fue objeto, y que en algunas oportunidades desvirtuaron el régimen inicial y extendieron sus alcances a situaciones anteriormente no previstas en él. También queda claro que la nivelación pensionaria no es una condición intrínseca del Decreto Ley N° 20530, sino que fue agregada con posterioridad a su creación.

Se puede apreciar, también, que los pensionistas sujetos al Decreto Ley N° 20530 se encuentran, incluso, en una situación más favorecida que la de un grupo humano tan vulnerable como los mineros en el país. Justamente, la Ley N° 25009, Ley de jubilación de trabajadores mineros, señala en su artículo 1 que "(...) los trabajadores que laboren en minas subterráneas o los que realicen labores directamente extractivas en las minas a tajo abierto tienen derecho a percibir pensión de jubilación a los cuarenticinco (45) y cincuenta (50) años de edad, respectivamente (...)",

situación que demuestra palmariamente la inequidad del Decreto Ley N° 20530, en el cual inclusive un trabajador puede jubilarse antes de los cuarenta años. Evidentemente, los trabajadores sujetos a la Ley N° 25009 están sometidos a un régimen pensionario más gravoso y inequitativo que el previsto en el Decreto Ley N° 20530.

64. La nivelación pensionaria como concreción de una inequidad pensionaria

El sistema de nivelación previsto en el régimen del Decreto Ley N° 20530 es el elemento fundamental que ha permitido ensanchar las diferencias entre las pensiones de este régimen, convirtiendo a cada pensionista, en base a la regla de la justicia conmutativa, en una célula aislada del sistema y dependiente de una condición externa, harto ventajosa para él, pero inequitativa para el resto: la remuneración del trabajador activo en el puesto en que cesó el pensionista. Dicha nivelación sólo podría pervivir basándose en la justicia distributiva, como manifestación concreta del principio de solidaridad, de manera tal que determinado *quantum* de las pensiones más altas del régimen, pueda aumentar las más bajas.

Indudablemente, tal opción implica una regresión en el caso de los titulares más beneficiados (los menos), pero en modo alguno podría considerarse que el principio de progresividad se encuentre comprometido, pues significa un avance para los más perjudicados (la mayoría). Esto configura una parte del contenido no esencial del derecho fundamental a la pensión, según como se explica *infra*.

La aplicación del principio de utilidad a la articulación de instituciones sociales permite afirmar que

"(...) no hay en principio razón alguna para que las mayores ganancias de algunos no puedan compensar las menores pérdidas de los otros... Desde el punto de vista de la utilidad, el carácter estricto de las nociones de justicia de sentido común tiene cierta utilidad"¹³⁹¹.

Como se ha manifestado precedentemente, el concepto de progresividad es uno netamente objetivo, motivo por el cual el análisis de las eventuales regresiones que

en materia de seguridad social realice el Estado, debe hacerse considerando a un grupo de pensionistas no representativos de la situación que afronta el Estado en dicha materia. Pero, tampoco pueden desconocerse, como lo haría una interpretación utilitarista del bien común, más bien propia del Estado liberal, los derechos pensionarios de la minoría beneficiada; por cuanto ella accedió a dichas pensiones no por voluntad individual, sino por mandato del legislador. En consecuencia, cualquier modificación a dicho régimen privilegiado de pensiones sólo puede ser promovido invocando el principio de solidaridad, en el que no se anula el derecho de la minoría, sino que se le redimensiona limitadamente.

65. La nivelación pensionaria como abuso del derecho

Sobre la base del artículo 103 de la Constitución, según el cual no se "(...) ampara el abuso del derecho (...)",

cuando los pensionistas pretenden que se mantenga un sistema de reajuste pensionario sobre la base de una nivelación, no están buscando otra cosa que utilizar ventajosamente su derecho a la pensión, con el propósito de asimilarlo al sistema remunerativo bajo una cuestionable fórmula de 'cédula viva'.

Este Colegiado no puede ni debe avalar intento alguno de abuso en el ejercicio del derecho a la pensión.

66. La solidaridad como sustento del derecho a la pensión

El valor de la solidaridad se encuentra en el cimiento mismo de los derechos fundamentales, y cumple una función inspiradora de la organización social. Tiene su ámbito de actuación propio que explica derechos como los referidos al medio ambiente, así como a los derechos económicos, sociales y culturales. En la sentencia dictada en el Expediente N° 2945-2003-AA/TC, este Colegiado declara que "(...) de manera que los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución. Así, en algunos casos han sido planteados incluso como deberes de solidaridad que involucran no solo obligaciones del Estado, sino de toda la sociedad".

En el marco del Estado social y democrático de derecho, el principio de solidaridad comporta el reconocimiento del 'otro', frente a la posición utilitarista de la búsqueda egoísta del beneficio exclusivo y excluyente, que mina las bases de la fraternidad y la unidad de la comunidad políticamente organizada.

En torno a ello, se acota que "(...) el sentido más profundo del principio democrático radica en que el sujeto no reclama libertad sólo para sí, sino para los demás; el 'yo' quiere que también el 'tú' sea libre, porque ve en él su igual"⁴⁰¹.

En el caso, la ley de reforma impugnada no somete el derecho a la pensión a un concepto de bien común, pues, al ser ambos bienes constitucionales, deben realizarse

y optimizarse en el conjunto de valores -tales como la igualdad y la solidaridad- e instituciones objetivas del Estado social y democrático de derecho.

El reconocimiento de la solidaridad supone que "(...) este tipo de derechos choca, para su eficacia plena, con la barrera de la escasez". La solución que se dé a este problema, es de vital importancia en la medida que "de esta forma se evitará la crisis del Estado social, que se genera por demandas excesivas de titulares de este derecho y, por el déficit económico, que alcanza a la crisis fiscal del Estado, producido por su financiación"⁴¹¹.

67. Justicia e igualdad en la pensión

El derecho a la pensión se funda también en el valor de igualdad, que tiene como objetivo la protección de un colectivo concreto, el de los pensionistas, que por determinadas razones de edad, sexo o situaciones sociales, físicas, económicas, se encuentra en una situación de desventaja que es necesario compensar en el marco del Estado social y democrático de Derecho configurado por nuestra Constitución.

El derecho a la pensión, como expresión del valor de igualdad, utiliza la técnica de la equiparación desde el punto de vista de los objetivos, y de la diferenciación, desde el punto de vista de los medios empleados; es decir, de tratar desigualmente a los desiguales, en base a un test de la razonabilidad. Tiene por finalidad equiparar al resto de personas que no están incluidas y no son titulares de este derecho.

68. La pensión como medida de 'igualación positiva'

El Estado social y democrático de derecho promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o tratamientos más favorables. Esto es lo que en la doctrina constitucional se conoce como discriminación positiva o acción positiva -*affirmative action*-. Su finalidad no es otra que compensar jurídicamente a los pensionistas de menores ingresos, así como a sus viudas y huérfanos. La reforma constitucional procura que dichos grupos puedan superar la inferioridad real en la que se encuentran con acciones concretas del Estado.

No obstante, no se puede negar que es también un deber del Estado social y democrático de derecho promover en los colectivos sociales la igualdad individual entre sus miembros. Es que la Constitución no sólo reconoce a la igualdad en sentido formal, sino también material; motivo por el cual la reforma constitucional parte de reconocer que la igualdad material se identifica con asuntos pensionarios; es decir, con una justa distribución de los bienes sociales y materiales y, sobre todo, con la posibilidad de contar con las mismas oportunidades para conseguirlos. De ahí que sea una exigencia del Estado social y democrático de derecho corregir las desigualdades pensionarias hasta propiciar la igualdad objetiva y proporcional. Por ello, es constitucionalmente legítimo que el Estado, a través de medidas de igualación positiva, propenda a la igualdad material entre las personas.

69. Las consecuencias de este reconocimiento

Por el modo como se encuentra configurada la seguridad social y el derecho a la pensión, en la actualidad coexisten varios sistemas que procuran el ejercicio adecuado de tal derecho. Esto es lo que constitucionalmente se reconoce como régimen especial. Sin embargo, su tratamiento también está concurrentemente regido por los principios de justicia e igualdad.

En el sector público existen básicamente dos regímenes claramente establecidos. Uno es el del Decreto Ley N° 20530, y otro el del Decreto Ley N° 19990. Con las modificaciones constitucionales realizadas, las desigualdades entre ambos se aminoran. Empero, si es el mismo derecho el que subsume ambos regímenes, el Estado debe procurar la asimilación de ambos sistemas, según las consideraciones expuestas.

El artículo 11 de la Constitución reconoce la existencia de un sistema privado y otro mixto. Por lo que atañe al primero, es necesario que las reglas desiguales con respecto a los sistemas públicos se homologuen en cuanto a sus objetivos básicos: libre acceso y retiro, así como una pensión digna. Las políticas gubernamentales tienen tal desafío, sobre todo después del reconocimiento de la Superintendencia de Banca, Seguros y de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

Al respecto, los demandantes han señalado que la reforma constitucional "(...) sólo se les da la opción entre afiliarse al Sistema Nacional de Pensiones o al Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones, efectuándose así violación al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, entre otras garantías"¹⁴².

Debe recordarse que toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, esta no debe considerarse como un gasto, sino como una inversión social.

D. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA PENSIÓN

§1. LA PENSIÓN COMO DERECHO HUMANO, DERECHO FUNDAMENTAL O DERECHO CONSTITUCIONAL

70. Según los demandantes, la seguridad social es un derecho humano

Los accionantes consideran que la seguridad social y la pensión deben ser consideradas como verdaderos derechos humanos; así, aducen que "(...) la seguridad social es considerada no sólo un componente esencial de los Sistemas de Protección Social Integral de la persona humana, sino un derecho humano fundamental. Así lo reconocen varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos, los mismos que han sido formalmente ratificados por el Perú"¹⁴³.

71. El sentido de la pensión como derecho humano

Los derechos humanos son la expresión jurídica de un conjunto de facultades y libertades humanas que encarnan las necesidades y aspiraciones de todo ser humano, con el fin de realizar una vida digna, racional y justa. Es decir que, con independencia de las circunstancias sociales y de las diferencias accidentales entre las personas, los derechos humanos son bienes que portan todos los seres humanos por su condición de tales.

Por ello, regulan la legitimidad de los sistemas políticos y de los ordenamientos jurídicos. La noción de derechos humanos en sí misma está sujeta de manera permanente a la tentación de manipularla. El Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, considera conveniente realizar una aproximación al tema desde la dogmática constitucional que permita su comprensión.

Sobre ellos es posible predicar que son tributarios de los principios de universalidad, imprescriptibilidad, irrenunciabilidad e inalienabilidad, inviolabilidad, eficacia, trascendencia, interdependencia y complementariedad, igualdad, progresividad e irreversibilidad y corresponsabilidad. Estos principios deben integrarse a la concepción de derechos fundamentales planteados en la Constitución, que a su vez son resultado de las exigencias de los valores que coexisten en una sociedad política organizada, cuya plasmación normativa se encuentra en el derecho positivo. Mas, esta formulación constitucional no puede ser entendida restrictivamente como una positivización formalista de los derechos humanos, sino con el criterio de la inclusión de los instrumentos normativos de positivización, así como de las técnicas de su protección y garantía.

72. El derecho a la pensión: de derechos humanos a derechos fundamentales

La necesidad de la delimitación conceptual de los derechos fundamentales, con relación a otras categorías como los derechos humanos, es de suma importancia dada la función que cumplen dentro del Estado social y democrático de Derecho. El intérprete constitucional se encuentra obligado a participar de la tarea siempre abierta de profundizar en el estatuto jurídico y las garantías que comprenden los derechos fundamentales, que debe conjugarse con el consiguiente esfuerzo práctico para contribuir a su definitiva implantación.

Podemos partir por definir los derechos fundamentales como bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad. Esta noción tiene como contenido vinculante presupuestos éticos y componentes jurídicos que se desenvuelven en clave histórica. Éste es el sentido correcto en el cual debe concebirse el derecho a la pensión.

En atención a ello, los derechos fundamentales, como objetivo de autonomía moral, sirven para "(...) designar los derechos humanos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más

usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales"^{144l}.

La pensión también se plasma como exigencia de la dignidad humana, y por ello se encuentra garantizada normativamente. Los derechos fundamentales, como instituciones reconocidas por la Constitución, vinculan la actuación de los poderes públicos, orientan las políticas públicas y en general la labor del Estado -eficacia vertical-, e irradian las relaciones *inter privados* -eficacia horizontal-.

En esencia, se supone que son derechos fundamentales "(...) aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado, aquellos que el Estado no otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado"^{145l}.

De esta forma, el Tribunal Constitucional considera necesario configurar la naturaleza de los derechos fundamentales, que encerrando en sí mismos una aspiración, deben ser percibidos por los seres humanos como una experiencia concreta de la vida cotidiana, para lo cual se deben garantizar condiciones objetivas para su pleno goce y ejercicio.

73. La naturaleza del derecho fundamental a la pensión

La definición de la pensión como derecho fundamental, y no como derecho humano, nos permite abordar su naturaleza como derecho incorporado al ordenamiento constitucional. Su positivización dará lugar a la formación de una regla jurídica, conforme a la cual su formulación normativa se regirá por el principio de validez de nuestro ordenamiento constitucional.

El artículo 11 de la Constitución no tiene la naturaleza de una norma jurídica tradicional, pues se trata de una disposición de textura abierta que consagra un derecho fundamental; en esa medida hace referencia a un contenido esencial constitucionalmente protegido, el cual tiene como substrato el resto de bienes y valores constitucionales; pero, a su vez, alude a una serie de garantías que no conforman su contenido irreductible, pero que son constitucionalmente protegidas y sujetas a desarrollo legislativo -en función a determinados criterios y límites-, dada su naturaleza de derecho de configuración legal.

74. La pensión como derecho fundamental a la 'procura existencial'

Los demandantes, respecto a la prohibición de nivelación de las pensiones con las remuneraciones, señalan que

"(...) esta prohibición equivale a vaciar de contenido el derecho pensionario nivelable reconocido por la Primera Disposición Final y Transitoria, por ser esta la característica propia y singular del régimen previsional del D.L. 20530"^{146l}.

Este Colegiado considera que la garantía prescrita en el texto de la Primera Disposición Final y Transitoria anterior

a la Ley de Reforma N° 28889, carece de la dimensión axiológico-objetiva de los derechos fundamentales. A diferencia de los artículos 10 y 11 de la Constitución, con mandatos de derechos fundamentales, la Primera Disposición Final y Transitoria sólo aparece como una fórmula de protección de bienes jurídicos, que goza de reconocimiento constitucional, pero que no puede reputarse como protectora de derecho fundamental, lo cual acarrea diferentes consecuencias jurídicas, según se revisará *infra*.

El derecho fundamental a la pensión tiene la naturaleza de derecho social -de contenido económico-. Surgido históricamente en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la 'procura existencial'. De esta forma se supera la visión tradicional que suponía distintos niveles de protección entre los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, atendiendo al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y a que cada uno formaba un complejo de obligaciones de respeto y protección -negativas- y de garantía y promoción -positivas- por parte del Estado.

75. El triple contenido del derecho fundamental a la pensión

Frente a la clásica dualidad de contenidos de los derechos fundamentales, se impone como conveniente utilizar una nueva estructura, compuesta por tres elementos diferenciados.

Así, "(...) en cuanto integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cabría distinguir, de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados, y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales"^{147l}.

Independientemente de la configuración del contenido esencial, que recién será desarrollada *infra* (*fundamento 107*), y que será la base para el control de los límites materiales de las reformas constitucionales, debe irse delineando la naturaleza de los contenidos no esenciales y de los contenidos adicionales, fórmulas ambas de expresión del contenido accidental del derecho fundamental a la pensión.

El contenido no esencial está compuesto por los toques y los reajustes pensionarios (como puede ser la nivelación). Sólo adquirirá relieve si reconoce otros bienes o derechos fundamentales en juego, como el derecho a la pensión de los que no pertenecen al régimen del Decreto Ley N° 20530 (artículo 11 de la Constitución) así como la protección de la seguridad social de todos los peruanos (artículo 10 de

la Constitución). Asimismo, debe posibilitar la existencia de un bienestar general sustentado en un principio de justicia (artículo 44 de la Constitución).

La presencia de un contenido adicional guarda relación directa con el tema de los beneficiarios derivados del derecho fundamental a la pensión, es decir, con las personas favorecidas con la pensión de un titular fallecido, según se revisará *infra*. Por lo tanto, la pensión que corresponde recibir a viudas y a huérfanos es parte constitutiva del contenido adicional del derecho a la pensión, dado que permite que el derecho a la pensión tenga efectividad real.

76. El derecho fundamental a la pensión y la búsqueda de una digna calidad de vida

Este derecho es una concreción del derecho a la vida, en su sentido material, en atención al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y al *telos* constitucional orientado a la protección de la dignidad de la persona humana, consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política, en los siguientes términos: "(...) la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

De esta forma, nuestro texto constitucional consagra la promoción de una digna calidad de vida entre sus ciudadanos como un auténtico deber jurídico, lo que comporta al mismo tiempo una definida opción en favor de un modelo cualitativo de Estado que encuentre en la persona humana su presupuesto ontológico, de expreso rechazo a una forma de mero desarrollo social y económico cuantitativo.

Es de esta forma como el derecho fundamental a la pensión permite alcanzar el desarrollo de la dignidad de los pensionistas. De ello se deriva su carácter de derecho fundamental específico, que supera las posiciones liberales que no aceptan un concepto de igualdad como diferenciación, pero que tampoco supone privilegios medievales que tengan por objeto un trato diferenciado estático a determinado colectivo para conseguir y mantener la desigualdad.

En la definición del contenido de este derecho fundamental es factor gravitante el esfuerzo económico que el proceso pensionario exige de los poderes públicos y de la capacidad presupuestaria.

77. El derecho fundamental a la pensión y el reconocimiento constitucional a la pertenencia a un régimen pensionario

La reforma constitucional no degrada la jerarquía normativa del derecho fundamental a la pensión, puesto que su contenido esencial se mantiene irreductible y sujeto a las garantías de protección procesal en la vía constitucional, propias de este derecho. No se produce una pérdida de su carácter de derecho fundamental, ni la supresión del mismo, en la medida que el constituyente continúa brindando la cobertura constitucional a su contenido esencial (tema que será desarrollado *infra*),

reservando al legislador ordinario la competencia de configurar y desarrollar el contenido no esencial y adicional del referido derecho.

Por ello, en el presente proceso de inconstitucionalidad, para ejercer un control de constitucionalidad acorde con las instituciones consagradas por la Constitución, este Tribunal, en cumplimiento de su función de supremo intérprete de la Constitución, considera necesario enfatizar que esta actividad legislativa de regulación o restricción está siempre sometida a la limitación del contenido esencial del derecho fundamental, porque cuando éste queda sometido a restricciones que lo hacen impracticable y lo despojan de protección constitucional, se produce un supuesto de vaciamiento, que es prohibido por nuestra Constitución, aspecto coherente con los límites a la reforma constitucional.

El texto de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución contiene un supuesto de legitimidad por el sujeto. El legislador ordinario no determina el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión; ello corresponderá a la voluntad constituyente instituida en el proceso de reforma constitucional.

78. Con la reforma constitucional no se ha producido la 'desfundamentación' del derecho a la pensión

La Primera Disposición Final y Transitoria reformada expresa lo siguiente: "(...) las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda".

Antes la norma señalaba que "(...) los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias".

Comparando ambas normas, uno de los demandantes concluye que existe una "(...) 'desconstitucionalización' o 'desfundamentación' de los derechos a la seguridad social configurados en dicho régimen legal... En tal virtud, una materia que se encontraba vedada a la obra del legislador ordinario, es ahora 'legalizada', operándose una degradación de su jerarquía normativa, que supone dejar totalmente en manos del legislador ordinario la regulación del derecho pensionario del régimen antes mencionado... La conversión de un derecho constitucional en un derecho de origen legal, privándolo por consiguiente del rango normativo y de los especiales mecanismos de protección procesal propios de esa categoría de derechos, no puede presentarse como una mera modificación de un derecho fundamental sino como la supresión del mismo, operación ésta vedada al poder de reforma constitucional del órgano legislativo"^[48].

Este argumento ha sido reformulado por otro de los recurrentes cuando expresa que "(...) no resulta factible aplicar a raja tabla y de manera retroactiva, las nuevas reglas sobre la nivelación u homologación de las

pensiones, efectuándose así reducción a las mismas, toda vez que tal homologación se concedió casi al universo de pensionistas del DL N° 20530 con anterioridad a la vigencia de la norma, por el carácter *sui generis* de las leyes de excepción"¹⁴⁹.

Es conveniente dejar sentadas algunas cuestiones elementales, a partir de los conceptos reseñados respecto a los derechos fundamentales y derechos constitucionales. No compartimos lo señalado por los demandantes cuando afirman que se ha producido la 'desfundamentación' del derecho a la pensión y la seguridad social, en lo que se refiere a la nivelación de las pensiones de jubilación. La nivelación no es un elemento configurador del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión. La pensión, luego de la reforma constitucional, en ningún momento ha dejado de ser considerada como un derecho fundamental, por lo que deben ser declaradas infundadas en este extremo las demandas planteadas.

§2. LA TITULARIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN

79. La titularidad de los derechos fundamentales

Los demandantes esgrimen que los derechos fundamentales se caracterizan por su universalismo, precisando que pueden ser protegidos sin relación o comunicación propia con ningún contexto. Apoyándose en ello, abstraen la titularidad de la seguridad social -en el caso del derecho a la pensión- del ordenamiento constitucional, afirmando que es un derecho moral de valor universal, descontextualización que prescinde de las formas históricas y lo desvincula de las instituciones sociales concretas, así como del ámbito cultural, que forman la dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

Este Tribunal considera que no se puede realizar una afirmación sobre el principio de universalidad de manera abstracta; los derechos están siempre presentes en la historia de la cultura e interactúan con los valores que le dan sustento, entre ellos la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la solidaridad y la estabilidad presupuestaria.

El principio de la universalidad no supone absolutismo. Esta realización debe desplegarse dentro de un Estado que garantice la democracia como forma de organización del poder y los derechos de la persona humana. Sólo así se justifica plenamente la historicidad y la variabilidad de algunas pretensiones morales que fundamentan derechos, concreciones a las cuales debe atender el legislador.

80. La pensión como derecho universal

Los derechos fundamentales, en tanto racionales y válidos para todos los seres humanos, pero situados en un contexto histórico o social determinado, deben formar parte del sistema de valores protegidos por la Constitución y, en esa medida, estar sujetos al desarrollo constituyente y positivo que haga el legislador en la delimitación de su contenido accidental. Sólo así se ratifica la dimensión constitucional de esta materia, y el carácter de derecho fundamental de la pensión.

Ello no significa concebir los derechos fundamentales como una cuestión doméstica e interna de los Estados, ya que ello supondría plantear un concepto absoluto de soberanía estatuida como un conjunto de potestades, pero que desconoce que la soberanía también importa deberes y responsabilidades frente a los individuos sometidos a la jurisdicción del Estado y a la comunidad internacional. No cabe duda que actualmente nos encontramos inmersos en un contexto de internacionalización de los derechos, en cuyo fortalecimiento el Estado peruano se compromete. Mas, no debe confundirse esta concepción de la internacionalización de naturaleza espacial, que vendría a ser un punto de llegada, el *ethos* que inspira este proceso, con la universalización, que alude a un plano más sustantivo y racional.

El derecho a la pensión, por su contenido económico, no puede situarse en la universalidad reinterpretada como 'proceso de generalización', referida más a un objetivo político, a una meta ideal contraria en sí misma a su naturaleza de derecho fundamental específico. Al ser atribuidos a todos, sin establecer determinadas condiciones para su acceso, se convertirían no en derechos para unos sectores concretos de la población, sino para todos, carentes de una meta a alcanzar -la igualdad como equiparación-, que sólo sería posible en el caso de que se hubiera utilizado como medio la igualdad como diferenciación.

Esta concepción supone el riesgo de que estos propios derechos sirvan para mantener la desigualdad, beneficiando a quienes no lo necesitan realmente, puesto que un trato igual a los desiguales trae consigo una consecuencia injusta. Es a partir de este criterio de universalización en el que también se han fundado los demandantes para argumentar la existencia de un derecho progresivo.

81. El pensionista aportante como único titular del derecho fundamental a la pensión

El derecho fundamental a una pensión digna corresponde a toda persona, de conformidad con los artículos 2, 3 y 11 de la Constitución. Esta titularidad se ha ido conformando paulatinamente, y no corresponde ya exclusivamente al aportante; se ha ido incorporando, gracias a una configuración legal, a un grupo específico de personas distinto a quien aportó durante su vida (viudas, viudos, ascendientes y huérfanos). Éste constituirá, pues, el contenido adicional del derecho a la pensión.

De manera preliminar, y con cargo a un mayor desarrollo *intra* (Vid. Parte VI), se puede afirmar que el derecho fundamental a la pensión corresponde básicamente a quien ha aportado al sistema previsional.

Por ello, se consideró necesario en la reforma constitucional sincerar la cifra de beneficiarios del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. Es correcto que el Estado proteja especialmente a los titulares y beneficiarios del derecho, pero siempre y cuando jurídicamente les corresponda tal atención.

La Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, actualmente señala que:

"Autorízase a la entidad competente del Gobierno Nacional a iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las respectivas acciones hubieran prescrito".

Sólo de esta manera, el derecho fundamental a la pensión se ajustará adecuadamente a los principios del equilibrio presupuestario y de la justicia redistributiva, a fin de no incorporar a personas que se hubiesen aprovechado de las deficiencias del sistema.

82. Los beneficiarios del derecho fundamental a la pensión

La Constitución tutela a la familia y a sus integrantes en los distintos estados de necesidad en los que pudieran encontrarse. Tal es el sentido del artículo 4 de la Constitución que promueve la tutela social de las personas a través de un sistema de seguridad social que les otorgue beneficios. Teniendo en cuenta ello, y en lo que a la cuestión previsional se refiere, se ha estatuido que los beneficiarios deben gozar de, por lo menos una parte, de los derechos pensionarios que el causante titular percibía.

La situación *sui generis* de los beneficiarios del Decreto Ley N° 20530 ha hecho que la reforma constitucional y la ley de nuevas reglas pensionarias establezcan algunas condiciones para su ejercicio.

La pretensión de los demandantes de atribuir genéricamente la titularidad del derecho a la pensión, sin su sometimiento a la regulación que haga el constituyente de su contenido no esencial y adicional, comportaría la utilización sin sustento constitucional de recursos económicos, lo cual colisionaría abiertamente el principio de solidaridad.

§3. LA PROGRESIVIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN Y LA TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

83. Según los demandantes, se han afectado los derechos adquiridos de los pensionistas

Uno de los puntos en que existe mayor conexión entre las demandas planteadas es el referido a la afectación de los derechos adquiridos de los pensionistas. Al respecto, se ha argumentado lo siguiente:

"(...) el derecho a la seguridad social y su desarrollo progresivo debe ser entendido e interpretado respecto de la población en general y no en función a un grupo pequeño de pensionistas, atendiendo, tal como lo hace el texto de reforma constitucional, a la equidad e interés social"^[50].

84. Según el demandado, la progresividad debe analizarse con respecto a toda la población

El demandado sostiene que "(...) al analizar si existe progresividad o violación de esta garantía, esto no se puede medir en función a un grupo representativo de la situación que afronta el Estado en dicha materia sino en función al conjunto de la población, teniendo en cuenta que las medidas que se adopten no colisiones con la totalidad de derechos y se aprovechen al máximo los recursos que se dispongan, con equidad y anteponiendo la dignidad humana"^[51].

85. El carácter cerrado del régimen y la justicia redistributiva

El sistema de goce del beneficio previsional puede ser modificado siempre y cuando no se afecte el contenido esencial del derecho fundamental, de modo que aquellos beneficios que forman parte del contenido esencial del derecho, deben seguir siendo gozados o percibidos conforme a las reglas que permitieron su acceso. No porque se pretenda una aplicación ultraactiva de la ley que los previó en su momento, sino porque se encuentran vinculados con el derecho fundamental al que llenan de contenido, lo que no ocurre con aquellos derechos de naturaleza legal que tienen por objeto complementar, a nivel legislativo ordinario, la forma como debe efectuarse la prestación de determinados beneficios que en modo alguno afecta el contenido esencial del derecho fundamental.

En consecuencia, el goce de los beneficios previstos en la ley no significa que estos tengan naturaleza constitucional, sino que pueden ser protegidos en dicha sede siempre que su goce o ejercicio se encuentre vinculado con el contenido esencial del derecho fundamental.

Tratándose de derechos de configuración legal, no toda la legislación ordinaria que tiene por objeto precisar los goces, beneficios o prestaciones, adquieren, *per se*, la condición de contenido esencial de los derechos fundamentales, sino que en la medida que desarrollan el derecho fundamental del que derivan, una vez que son otorgados al beneficiado, surten efectos con posterioridad incluso a las modificaciones que regularon a su otorgamiento (tal como ocurre en el caso del ingreso a un régimen previsional).

Por el contrario, las condiciones relativas al goce efectivo de determinadas prestaciones, derivadas justamente de los beneficios que forman parte del contenido no esencial y adicional derecho fundamental, sí pueden ser objeto de modificación, por tratarse de temas de legislación ordinaria (monto de la pensión en la medida que no se comprometa el mínimo legal, topes, condiciones de nivelación, entre otros), los que se rigen por la legislación vigente al momento en que pueden ser realizados o ejecutados.

86. El reconocimiento de los derechos adquiridos como elemento configurante de la progresividad

Según el nuevo artículo 103 de la Constitución, "(...) la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes".

En este supuesto, uno de los demandantes señala que "(...) el artículo 1° del precitado dispositivo legal atenta contra los derechos adquiridos de quienes ya gozaban de la pensión con anterioridad a la vigencia de la norma, toda vez que se afectaría a los derechos legalmente obtenidos al Régimen del DL N° 20530, al aplicárseles en adelante nuevas reglas para el goce de su pensión de cesantía, pudiéndose así reducir sus pensiones, ponerles topes, etc."^[52], lo cual permite que otro de los recurrentes averse que "(...) propiciar que las normas se apliquen a las relaciones jurídicas existentes, en materia pensionaria significa despojar a los pensionistas de sus derechos ya obtenidos, implicaría una flagrante violación al principio de irretroactividad de la norma"^[53].

Frente a tales posiciones, el demandado considera pertinente argumentar otra forma de comprender la norma constitucional mencionada. Así, afirma que "(...) el erróneo entendimiento por parte de los demandantes de la Teoría de Hechos Cumplidos, los lleva a una pretensión insostenible y que es contraria a lo que ha venido sosteniendo el Tribunal Constitucional...: la posibilidad de establecer límites al derecho pensionario en función de la situación económica, social y política del país"^[54].

87. La relación entre derecho y contenido esencial para configurar la progresividad de la pensión

El contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, el mismo que será determinado claramente *intra* está afecto a las evoluciones y a los consensos sociales, mientras que el contenido accidental está sujeto a una definición progresiva por el legislador.

En cualquier caso, las transformaciones que se produzcan deben estar siempre orientadas a hacer más eficaz la protección de los derechos de la persona, no solo en lo referido a su consagración normativa, sino en cuanto a la identificación de mejores y más adecuados mecanismos para garantizar su vigencia.

Cuando se hace referencia a la definición progresiva por el legislador, este Colegiado alude al concepto de progresividad, que constituye un reconocimiento al hecho de que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales -entre los que se encuentra el derecho a la pensión- en general no puede lograrse en un breve periodo. Y es de esta forma como ha sido interpretado el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -ratificado por el Perú el 28 de abril de 1978-, que señala que:

"Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, 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".

88. Las posibilidades económicas del Estado y el derecho a la pensión

El Estado debe cumplir sus obligaciones según sus limitaciones presupuestales. Ello no obsta para que deje de cumplirlas. Sólo de esta forma se podrá asegurar el ejercicio del derecho fundamental a la pensión.

Uno de los principales argumentos de los demandantes es que la Ley N° 28389, que reforma el artículo 103 de la Constitución, afecta la debida protección constitucional a un derecho fundamental. En efecto, aducen que, "(...) propiciar que las normas se apliquen a las relaciones jurídicas existentes, en materia pensionaria, significa despojar a los pensionistas de sus derechos ya obtenidos, implicaría una flagrante violación al principio de irretroactividad de la norma, máxime si se trata de derechos humanos, ya que cualquier modificación constitucional o legal no puede aplicarse en forma regresiva o perjudicial a quienes ya ostentan un derecho humano fundamental adquirido"^[55].

Esta interpretación cuestiona la naturaleza misma del proceso de reforma constitucional y el carácter prescriptivo de los derechos fundamentales, e incluso la interpretación del principio de progresividad realizada por los órganos internacionales competentes en la materia. Ello no excluye, según lo ha desarrollado la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que "(...) todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional e Derechos Económicos, sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga". Este reconocimiento, sin embargo, no debe llevar a interpretar equivocadamente que, la efectividad a lo largo del tiempo o progresiva, "priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto [Internacional e Derechos Económicos, sociales y Culturales], que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata", pues las obligaciones mínimas no se eliminan "como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción"^[56].

89. La exigencia del derecho a la pensión a partir de los principios sociales

Los principios sociales de la pensión enunciados *supra*, transitan en una confluencia entre la máxima protección posible y las posibilidades presupuestales del Estado para resguardarla.

El Estado social y democrático de derecho se despliega y concreta especialmente en los derechos fundamentales

sociales, dentro de los cuales claramente se encuentra el derecho a la pensión.

Al respecto, uno de los demandantes refiere que "(...) en esta etapa del Estado social, los derechos fundamentales, sean civiles y políticos, como sociales y económicos, comparten un tratamiento unitario e interdependiente, del que se deriva un conjunto de obligaciones y prestaciones positivas y negativas por parte del Estado para el desarrollo libre e igualitario de las personas en la comunidad"¹⁵⁷¹.

El Tribunal Constitucional ha advertido que la distinta eficacia que presentan los derechos constitucionales entre sí, no sólo reposa en cuestiones teóricas de carácter histórico, sino que estas diferencias, a su vez, pueden revestir significativas repercusiones prácticas. En tal sentido, debe distinguirse entre los derechos de preceptividad inmediata o autoaplicativos, y los denominados prestaciones, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos (fundamento 9 de la Sentencia del Expediente N° 0011-2002-AI/TC).

90. El gasto público y la aplicación temporal del derecho fundamental a la pensión

Comúnmente, se entiende que a esta última categoría pertenecen los derechos fundamentales sociales y económicos, que, en tanto obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena. Tal es el sentido de la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que establece que "(...) las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente".

Sin embargo, tal como se ha precisado, el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, según el fundamento 36 de la Sentencia del Expediente N° 2945-2003-AA/TC, "(...) no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas".

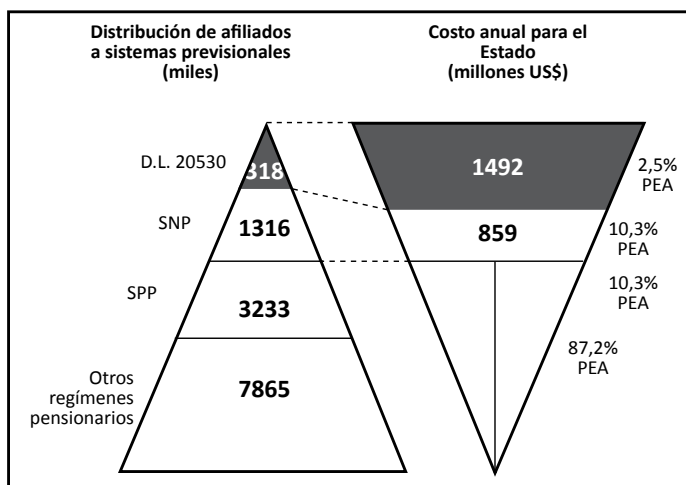
Como se observará a continuación, la cantidad de afiliados al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 no era proporcional con el gasto que representaba al Estado peruano (ver Gráfico N° 2).

Por ello, si bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente su plena efectividad.

91. La progresividad del derecho a la pensión tras la reforma constitucional

Este Colegiado considera que, efectivamente, la plena realización de este derecho puede y debe lograrse de manera paulatina, y que es vocación del Estado, conforme a las obligaciones internacionales asumidas, ejecutar las medidas tendentes a que este objetivo se realice en un plazo razonablemente breve. Ello en concordancia con las exigencias del bienestar general, que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la

Gráfico N° 2
Distribución del costo anual para el Estado en pensiones (Año 2004)



Costo del Decreto Ley N° 20530. Incluye municipalidades, FONAFE, organismos autónomos y contingencias por distorsión de planillas del Estado.

Fuente: ONP / MEF.

Elaboración: DGAES-MEF.

Nación, deber impuesto al Estado por el artículo 44 de la Constitución.

Asimismo, estima que existe una serie de medidas de carácter inmediato que deben adoptarse, las cuales garanticen el goce y ejercicio de conformidad con el contenido esencial de este derecho fundamental, entre ellas efectuar las providencias legislativas indispensables acordes con la fuerza expansiva de los derechos y afianzar el carácter de justiciable del derecho fundamental a la pensión, lo cual permita que pueda ser invocado ante los tribunales. Ello supone, a su vez, la provisión de mayores recursos al Poder Judicial. Es necesario que se tenga en consideración la Sentencia de este Colegiado en el proceso de conflicto de competencia entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, Expediente N° 004-2004-CC/TC, en cuyo fundamento 9.9 se señaló que "(...) 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".

92. El análisis de constitucionalidad de la reforma constitucional respecto a la aplicación de leyes en el tiempo

En cuanto a la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993 -en su texto anterior a la reforma constitucional-, su contenido era ciertamente cuestionable desde los niveles de protección que se deben brindar a los titulares del derecho fundamental a la pensión exigidos por la propia Constitución, puesto que no quedaban claros los criterios que permitirían resolver los supuestos de sucesión. Podría derivarse la consecuencia de "(...) mantener la vigencia de la norma antigua aún cuando perjudica a los trabajadores o pensionistas, en el marco de una Constitución que no admite la retroactividad (...). Lo que resulta evidentemente ajeno al propósito de dicho precepto"¹⁵⁶¹.

Creemos que, en ese sentido, el artículo 3 de la Ley de Reforma N° 28389 sienta las bases de una transición en el sistema público del régimen de pensiones, fundada en el *test* de razonabilidad, que orienta la actuación del Estado y la regulación legal del ejercicio de derechos, tal como se puede observar como mayor detenimiento en el *fundamento* 114.

De esta forma, al no existir vulneración del régimen pensionario en su carácter de progresividad, no es inconstitucional la reforma del artículo 103 de la Constitución. Por tal razón, es infundada la demanda en tal extremo.

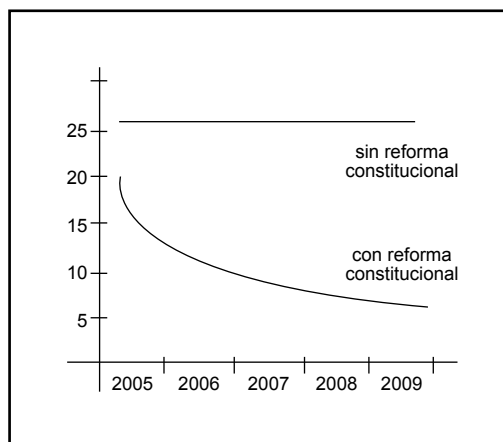
93. La aplicación inmediata de las nuevas reglas pensionarias

La aplicación inmediata de normas también es trascendente para que las desigualdades que atentan directamente contra la equidad pensionaria, puedan ser revertidas.

Por eso se ha señalado, como parte de la reformada Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que "(...) las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda".

Tal como se puede observar a continuación (ver Gráfico N° 3), la inequidad del sistema podría ser controlada, pues hasta antes de la reforma, las pensiones más altas dentro del régimen del Decreto Ley N° 20530 eran, en promedio, veintiséis veces mayores que las pensiones más bajas. Con las nuevas reglas pensionarias en cinco años, aproximadamente, sólo serán siete veces mayores.

Gráfico N° 3
Ratio de la pensión promedio del 1% superior frente a la del 10% inferior



Fuente: MEF.

Visto ello, es necesario que las nuevas reglas se implementen con plazos para que la reducción de pensiones sea gradual para aquellos que estén sobre 1 UIT, teniendo en cuenta que la Ley N° 28449 ha determinado que el tope será de 2 UITs.

Por tal razón, también es correcto constitucionalmente que, a fin de conseguir la equidad pensionaria, subyacente en el artículo 11 de la Constitución, se haya autorizado, en la misma Primera Disposición Final y Transitoria, "(...) iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las respectivas acciones hubieran prescrito".

Para esta labor encomendada a la autoridad administrativa, la reforma constitucional del artículo 11 de la Constitución reconoce la capacidad de una entidad del Gobierno para administrar los regímenes de pensiones a cargo del Estado.

§4. EL CARÁCTER PATRIMONIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN

94. Según los demandantes, se afecta el derecho a la propiedad conjuntamente con el pensionario

Uno de los demandantes argumenta que "(...) es indiscutible que el derecho pensionario es un derecho incorporado al patrimonio de los beneficiarios y por ende le asiste la totalidad de protección atribuida a esta garantía"¹⁵⁹¹.

En conclusión, ¿cómo se ha de entender el carácter patrimonial del derecho pensionario? Al respecto, otro de los demandantes precisa que "(...) el derecho pensionario, al constituir parte del patrimonio de sus beneficiarios, constituye un verdadero derecho de propiedad, protegida constitucionalmente, por lo que conforme lo ha delineado el Tribunal Constitucional.... razones en las cuales no se ha inspirado el Congreso para la dación de la presente ley"¹⁶⁰¹.

95. Según el demandado, no existe afectación del derecho a la propiedad

El demandado a su vez sostiene que "no sólo como derecho de propiedad, sino como derecho específico a la seguridad social, el contenido esencial del derecho no se ve vulnerado (...) muy por el contrario, la reforma sirve para hacer realidad 'el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social'"¹⁶¹¹.

96. El alcance genérico del derecho fundamental a la propiedad

La propiedad, como derecho fundamental, se encuentra prevista en el artículo 2 incisos 8 y 16 de la Constitución. Dicho derecho, desde una perspectiva iusprivatista, se concibe como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, el propietario puede servirse directamente del bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses patrimoniales.

Sin embargo, así entendido el derecho fundamental a la propiedad, parece atribuir a su titular un poder absoluto, lo cual no se condice con los postulados esenciales de los derechos fundamentales que reconoce en un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro. Es por ello que el derecho a la propiedad debe ser interpretado no sólo con vista al artículo 2 incisos 8 y 16, sino también a la luz del artículo 70 de la Constitución, el cual establece que éste se "(...) ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley".

En efecto, desde la perspectiva constitucional, el derecho fundamental a la propiedad, como los demás derechos, posee un doble carácter: es un derecho subjetivo pero, a su vez, es una institución objetiva valorativa. Es decir, en nuestra Constitución se reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo o individual, sino también como una institución objetiva portadora de valores. Por ello, la determinación de su contenido esencial "(...) no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva

del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como un mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por lo tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad"¹⁶²¹.

Dado su doble carácter, el derecho fundamental a la propiedad no es un derecho absoluto, sino que tiene limitaciones que se traducen en obligaciones y deberes a cargo del propietario, previstas legalmente. Ello obliga, por un lado, a que el Estado regule su goce y ejercicio a través del establecimiento de límites establecidos por ley; y, por otro, impone al titular del derecho el deber de armonizar su ejercicio con el interés colectivo. La función social es, pues, consustancial al derecho de propiedad y su goce no puede ser realizado al margen del bien común, el cual constituye, en nuestro ordenamiento constitucional, un principio y un valor constitucional.

97. La pensión como parte del patrimonio y no como propiedad

Bajo estas premisas es que se debe precisar si la pensión consta de los mismos atributos de la propiedad privada y, por lo tanto, si cabe equipararlos. Al respecto, debemos señalar que la pensión, si bien forma parte del patrimonio de la persona que goza de ese derecho, no se puede desprender, sin más, su asimilación con la propiedad, pues entre ellas existen diferencias notables que se manifiestan en su naturaleza jurídica, en los actos que pueden realizarse, en el modo de transferencia y en su titularidad.

Por su naturaleza, la pensión, a diferencia de la propiedad, no es un derecho real sobre un bien, sino un derecho a percibir un determinado monto de pago periódico al que se tiene acceso una vez que se han cumplido los requisitos legalmente establecidos.

En cuanto a los actos que pueden realizarse sobre la pensión, existen también diferencias bastante marcadas con la propiedad. Así, la pensión no puede ser objeto, por ejemplo, de determinados actos de libre disposición (compra-venta, permuta, donación, entre otros), ni es susceptible, como es evidente, de expropiación -como equivocadamente señalan los demandantes-. Por el modo como se transfiere tampoco se puede equiparar la pensión con la propiedad.

La pensión no es susceptible de ser transmitida por la sola autonomía de la voluntad del causante, como si se tratase de una herencia, pues se encuentra sujeta a determinados requisitos establecidos en la ley y que, sólo una vez que hubiesen sido satisfechos, podría generar su goce a éste o sus beneficiarios.

En cuanto a la titularidad, no siempre coincide el titular de la pensión con la persona beneficiada con ella, por lo que se debe distinguir entre el pensionista y el beneficiario. Es evidente, entonces, que la pensión no comporta los atributos privativos de la propiedad, de modo que es un

absurdo jurídico asimilar la naturaleza de ambas como si de una se tratase.

Sin embargo, los demandantes han recurrido tanto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como a la de este Tribunal para sostener que la Ley N° 28389 -y, además, la Ley N° 28449- afectan su derecho a la propiedad. Es necesario, entonces, que este Colegiado se pronuncie también sobre estos argumentos.

98. La pensión en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Los demandantes mencionan la Sentencia de la Corte Interamericana sobre el Caso de los Cinco Pensionistas vs. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003, aseverando que, respecto al derecho de propiedad "(...) la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que el derecho a recibir una pensión de jubilación, constituye un derecho adquirido, por cuanto la Constitución Peruana lo reconoce expresamente y, en la medida que este fue incorporado al patrimonio de los pensionistas, se encuentra amparado por el artículo 21° de la Convención que reconoce el derecho de propiedad... El criterio de la Corte Interamericana es compartido, y asumido expresamente, por el Tribunal Constitucional peruano, que en varias ocasiones ha identificado el derecho a percibir pensión con el derecho de propiedad"^[63].

En efecto, la Corte Interamericana estableció en tal sentencia, como parte del párrafo 103, que "(...) a la luz de lo señalado en la Constitución Política del Perú, de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional peruano, de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención -el cual prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, y mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, esta Corte considera que, desde el momento en que [los cinco pensionistas] pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto-Ley N° 20530, dejaron de prestar servicios a la SBS y se acogieron al régimen de jubilaciones previsto en dicho decreto-ley, adquirieron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en el mencionado decreto-ley y sus normas conexas. En otras palabras, los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, de conformidad con el Decreto-Ley N° 20530 y en los términos del artículo 21 de la Convención Americana".

Al retomar la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, la Corte Interamericana también reconoce las posibilidades de la caja fiscal para dar cumplimiento a la progresividad de los derechos fundamentales, tema que, a juicio de este Colegiado, es de importancia capital. Asimismo, se ha señalado en el fundamento 147, que "(...) los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este

Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente".

99. El derecho a la pensión no incluye una exigencia de 'nivelación'

El hecho que la Ley N° 28389, haya establecido que "(...) no se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria", conduce a los demandantes a sostener que la prohibición de la nivelación pensiones "(...) equivale a vaciar de contenido el derecho pensionario nivelable reconocido por la Primera Disposición Final y Transitoria, por ser ésta la característica propia y singular del régimen previsional del D.L. 20530. Conviene precisar que la supresión de este derecho afecta, por igual, a todas las pensiones de dicho régimen y no únicamente, como falazmente lo ha sostenido la propaganda oficial"^[64].

El Tribunal Constitucional no comparte el criterio de los demandantes. En efecto, como se explicará con detenimiento en el *fundamento 107*, el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión está constituido por el derecho de acceso a la pensión, por el derecho a no ser privado arbitrariamente de él y por el derecho a una pensión mínima.

Fuera de ese ámbito, se encuentra el contenido no esencial y adicional del derecho a la pensión, los que pueden ser configurados por el legislador a través de determinadas regulaciones, siempre que ellas no afecten el contenido esencial mediante intervenciones irrazonables que transgredan el principio de razonabilidad y proporcionalidad.

En el ámbito no esencial y adicional del derecho fundamental a la pensión, el legislador puede establecer determinadas regulaciones, sin que ello implique una intervención inconstitucional *per se*. De esta manera, "(...) el legislador tiene un amplio margen de apreciación a la hora de regular y modificar las prestaciones para 'adaptarlas a las necesidades del momento', teniendo en cuenta el contexto general en que aquellas situaciones se producen, las circunstancias socioeconómicas, la disponibilidad de medios de financiación y las necesidades de los diversos grupos sociales, así como la importancia relativa de las mismas"^[65].

Ahora bien, el hecho de que la ley de reforma prohíba la nivelación de pensiones con las remuneraciones, no implica la afectación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, pues la nivelación no forma parte de ese contenido, sino del no esencial; por el contrario, con un criterio de justicia e igualdad, el legislador ha establecido que la reducción del importe de

las pensiones no se aplique a las remuneraciones que no superen la Unidad Impositiva Tributaria.

100. El derecho a la pensión no excluye la imposición de 'topes máximos'

Los demandantes también sostienen que la Ley de Reforma Constitucional N° 28389 y la Ley N° 28449, que la desarrolla, dispone la aplicación de topes y la reducción de las pensiones. En tal sentido, arguyen que "(...) el derecho fundamental a la seguridad social, concretado en el derecho a percibir una pensión nivelada, se ve gravemente afectado, no sólo en cuanto se elimina el derecho a su reajuste futuro por nivelación, sino porque su monto actual se verá reducido año tras año, hasta equipararse al denominado "monto máximo mensual". Dicha disposición resulta abiertamente contradictoria con el artículo 10° de la Constitución, conforme al cual la finalidad del derecho a la seguridad social, que en él se reconoce, es asegurar a la persona 'la elevación de su calidad de vida'¹⁶⁶ⁱ.

Este Colegiado no comparte el criterio de los demandantes porque, como se ha señalado, no existe un derecho fundamental a la nivelación, dado que ésta no forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, sino a su contenido no esencial. Si así fuera, la 'nivelación' debería también aplicarse a otros regímenes pensionarios, pues de lo contrario se estaría incurriendo en un acto injustificado de discriminación.

Lo que debe quedar claro es que el establecimiento de topes pensionarios obedece a dos razones esenciales, a saber: la disponibilidad económica del sistema de seguridad social y el principio de solidaridad.

En efecto, en virtud del primero, el legislador puede regular las prestaciones de la seguridad social en función de la escasez de recursos o medios económicos limitados con los que cuenta el sistema. De ahí que el legislador, en la ley de reforma constitucional N° 28389, haya previsto que los regímenes pensionarios "(...) deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación".

En ese sentido, cuando fije un tope a la percepción de pensiones, el legislador no podrá sobrepasar el límite que se le ha otorgado en la reforma constitucional, al momento de apreciar aquellas circunstancias socioeconómicas condicionantes de la actualización del sistema de pensiones.

En virtud del principio de solidaridad se exige que "(...) el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los desamparados con independencia, incluso, de las consecuencias puramente económicas de esos sacrificios, es decir, en el caso concreto, con independencia de que esas pensiones proporcionalmente altas sean pocas, su limitación tenga poca influencia en las finanzas públicas y en poco o nada beneficie a los pensionistas más modestos"^{167l}.

Por estas consideraciones, y mientras el Estado garantice el pago de las pensiones y los montos de éstas cubran

el mínimo de subsistencia, la fijación de topes no pueden ser tachada de inconstitucional. Será, entonces, constitucionalmente razonable y legítimo que se disponga la disminución progresiva del monto de las pensiones más elevadas -propio del contenido no esencial- y el incremento de las pensiones más bajas a un tope mínimo vital -propio del contenido esencial-.

Esta exigencia, que el Estado no puede evadir, se ha plasmado en el artículo 3 de la Ley N° 28389, al determinar que las reglas establecidas por la ley no podrán prever "(...) la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria".

Además, la propia ley de reforma constitucional prevé que el "ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a ley".

Queda claro que es constitucional el tratamiento que sobre la materia pensionaria ha realizado la Primera Disposición Final y Transitoria reformada.

E. EL DERECHO A LA PENSIÓN LUEGO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

§1. EL RESPETO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL AL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN

101. La reforma del derecho a la pensión: ¿'in peius' o 'pro homine'?

Corresponde a este Colegiado analizar, ahora, si la Ley N° 28389 ha introducido una reforma constitucional peyorativa o *in peius* con relación al derecho fundamental a la pensión, o si ésta es *pro homine*, es decir, si busca beneficiar a los pensionistas.

Para ello, se debe determinar, en primer lugar, el contenido esencial del derecho a la pensión; para, en segundo lugar, proceder a aplicar el *test* de la razonabilidad.

102. Según los demandantes, se ha afectado el contenido esencial del derecho a la pensión

Uno de los principales argumentos de los demandantes es que la Ley N° 28389 afecta el contenido esencial del derecho a la pensión. Respecto al contenido esencial, uno de los demandantes, amparándose en la noción de derechos adquiridos según el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, ha señalado que "(...) es posible la aplicación inmediata de la ley que lo modifica en sentido peyorativo, siempre que ésta deje a salvo su contenido esencial, es decir, tener la condición de pensionista de dicho régimen y el derecho a una pensión nivelable, la cual no puede ser reducida, mediante la variación de sus reglas de cálculo o la aplicación de un tope pensionario"^{168l}.

Sin embargo, lo que realmente está configurando el recurrente es el contenido esencial de la pensión, antes que el de la seguridad social, y así ha de entenderse con el

fin de que este Colegiado pueda debatir conceptualmente tal aseveración.

103. Según el demandado, no se ha afectado tal contenido esencial

El demandado sostiene que la reforma constitucional de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución "(...) reconoce los principios establecidos en los artículos 10, 11 y 12 de la Constitución: el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas; e intangibilidad de los fondos y las reservas de la seguridad social. Estos principios constituyen el parámetro para identificar el contenido esencial del derecho a la seguridad social configurado por el constituyente"^[199].

Añade que "(...) lo que puede postularse como contenido esencial del derecho es la pensión misma, pero no la nivelación con los haberes de los actos. La nivelación con la remuneración del trabajador activo no forma parte de ningún convenio internacional ni de los principios doctrinarios de la seguridad social para convertirse en pilar de su calificación como derecho fundamental o como núcleo central del derecho"^[200].

104. La necesidad de determinar el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión

La doctrina constitucional contemporánea, en referencia al contenido esencial de los derechos fundamentales, ha construido determinadas teorías a fin de determinar cuál es ese contenido irreductible que está inmerso en la estructura de cada derecho fundamental.

Se han planteado tres teorías, básicamente. Según la teoría relativa, el contenido esencial no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental, por lo que será todo aquello que queda después de una ponderación. No existe, pues, en esta teoría, un contenido esencial preestablecido, sino que éste debe ser determinado mediante la ponderación.

La teoría absoluta, por el contrario, parte del presupuesto de que en cada derecho fundamental existen dos zonas: una esfera permanente del derecho fundamental que constituye su contenido esencial -y en cuyo ámbito toda intervención del legislador se encuentra vedada- y otra parte accesorio o no esencial, en la cual son admisibles las intervenciones del legislador, pero a condición de que no sean arbitrarias, sino debidamente justificadas.

Para la teoría institucional, el contenido esencial de los derechos fundamentales, por un lado, no es algo que pueda ser desprendido de 'por sí' e independientemente del conjunto de la Constitución y de los otros bienes constitucionalmente reconocidos también como merecedores de tutela al lado de los derechos fundamentales; y, de otro, que el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites, que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad^[21].

Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse *a priori* por un acto carente de fundamento y al margen de los principios constitucionales, los valores superiores y los demás derechos fundamentales que la Constitución incorpora. Por lo que, a efectos de determinar el contenido esencial, deberán tomarse en cuenta no sólo las disposiciones constitucionales expresas, sino también los principios y valores superiores constitucionales. En este sentido, para el caso concreto, se determinará el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión.

105. La configuración del contenido esencial del derecho a la pensión

La Constitución, por lo menos, debe exigir al Estado la provisión de un mínimo vital, protegido como contenido esencial, a fin de que las personas desarrollen una vida digna, procurando la igualdad material entre ellas. Para ese efecto, es necesario que la protección del derecho a la vida digna sea una obligación exigible al Estado que éste debe cumplir durante todo el proceso vital de las personas.

Un principio constitucional que se debe tener en consideración es el de dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución). Este principio erige a la persona humana y el respeto de su dignidad como un fin supremo tanto de la sociedad como del Estado; principio que, como ya se señaló en el *fundamento 46*, proscribire que la persona humana sea tratada como objeto -o medio- de la acción del Estado; antes bien, debe promoverse su vigencia y respeto.

106. El reconocimiento de los valores subyacentes al contenido esencial de la pensión

Sobre esta base, y a la luz de los principios sustentadores del derecho a la pensión dentro del Estado social y democrático de derecho, se deben ponderar los valores superiores. Sin embargo, antes de referirnos al valor que está vinculado con esta determinación del contenido esencial, este Colegiado considera pertinente señalar que, si bien nuestra Constitución no incorpora expresamente una disposición constitucional que haga alusión a los valores superiores, ello no quiere decir, en modo alguno, que nuestra Constitución de 1993 no los consagre o carezca de ellos.

Esto es así en la medida que los valores que fundamentan el orden social y jurídico pueden deducirse implícitamente de dicho orden o venir expresados precisamente en una norma legal, o incluso en una norma constitucional. De ahí que se reconozca que los valores superiores poseen una triple dimensión: "(...) a) fundamentadora, en el plano estático, del conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, así como del ordenamiento jurídico en su conjunto (...); b) orientadora, en sentido dinámico, del orden jurídico-político hacia unas metas o fines predeterminados, que hacen ilegítima cualquier disposición normativa que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de aquellos enunciados en el

sistema axiológico constitucional; c) crítica, en cuanto que su función, como la de cualquier otro valor, reside en su idoneidad para servir de criterio o parámetro de valoración para justipreciar hechos o conductas. De forma que es posible un control jurisdiccional de todas las restantes normas del ordenamiento en lo que puedan entrañar de valor o disvalor, por su conformidad o infracción a los valores constitucionales"¹²⁴.

Guarda estrecha relación con este propósito el valor superior de igualdad, expuesto *supra* como principio. Éste no debe concebirse en su dimensión formal, sino en la material. Para su realización, en sentido material, se traduce en el criterio de igual satisfacción de las necesidades fundamentales.

Pero también el valor superior solidaridad, entendido como el deber de desarrollar, de acuerdo con las posibilidades y preferencias propias, una actividad o función que redunde en el progreso material o espiritual de la sociedad, debe ponderarse a efectos de determinar el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión.

El artículo 2 inciso 1 de la Constitución consagra el derecho fundamental a la vida y al bienestar de la persona humana. A partir de una interpretación sistemática de estas disposiciones constitucionales, debe precisarse que la Constitución no protege el derecho a la vida de las personas bajo cualquier circunstancia o condición, sino que garantiza a ellas el derecho a la vida con dignidad; para ello, el Estado debe promover las condiciones materiales mínimas a fin de que las personas tengan una vida digna que permita la realización de su bienestar. De ahí que uno de los deberes esenciales del Estado social y democrático de Derecho sea que los derechos fundamentales tengan vigencia real, confiriéndoles, para ello, una base y un contenido material mínimo.

107. El contenido esencial del derecho fundamental a la pensión

Es deber del Estado y de la sociedad, en casos de disminución, suspensión o pérdida de la capacidad para el trabajo, asumir las prestaciones o regímenes de ayuda mutua obligatoria, destinados a cubrir o complementar las insuficiencias propias de ciertas etapas de la vida de las personas, o las que resulten del infortunio provenientes de riesgos eventuales. Ello se desprende de los artículos 10 y 11 de la Constitución.

De una interpretación sistemática de estas disposiciones constitucionales, y 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 la Constitución de 1993 reconoce el derecho fundamental a la pensión, el cual adquiere relevancia porque asegura a las personas llevar una vida en condiciones de dignidad e igualdad.

El contenido esencial del derecho fundamental a la pensión está constituido por tres elementos, a saber:

- el derecho de acceso a una pensión;
- el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella; y,
- el derecho a una pensión mínima vital.

Mediante el derecho fundamental a la pensión, la Constitución de 1993 garantiza el acceso de las personas a una pensión que les permita llevar una vida en condiciones de dignidad. Este derecho fundamental también comporta el derecho de las personas a no ser privadas de modo arbitrario e injustificado de la pensión; de ahí que corresponda garantizar, frente a la privación arbitraria e irrazonable, el goce de este derecho, sin perjuicio de reconocer el disfrute de una pensión mínima vital como materialización concreta del clásico contenido esencial del derecho a la pensión.

108. La importancia del establecimiento de este contenido esencial

Estos tres elementos constituyen el núcleo duro del derecho fundamental a la pensión y en el cual el legislador no puede intervenir para restringir o privar a las personas de ese derecho. Precisamente, en este aspecto es muy importante rescatar lo que señala el artículo 3 de la Ley N° 28389.

Si se considera el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión como ya configurado, la ley de reforma constitucional no afecta dicho contenido en la medida que, si bien establece condiciones para el acceso a un determinado régimen pensionario, no impide el acceso a otros regímenes de pensiones asegura una pensión mínima. Es más, deja abierta la posibilidad para que sea el propio trabajador quien opte por un régimen público o privado de pensiones.

En tal sentido, esta parte de la Ley N° 28389 no es inconstitucional al no afectar el derecho a acceder a una pensión y al no privar, tampoco, arbitrariamente, de dicho derecho. Por lo tanto, es infundada la demanda en este extremo.

En cuanto al contenido no esencial compuesto por el reajuste pensionario y el tope pensionario máximo, la ley de reforma constitucional ha establecido el marco de su configuración legal, según se *verainfra*, lo cual no es inconstitucional. En igual sentido, el contenido adicional integrado por las pensiones de viudez, orfandad y de los ascendientes constituyen materia para la libre configuración del legislador, lo cual tampoco la vuelve inconstitucional.

§2. LA APLICACIÓN DEL TEST DE RAZONABILIDAD A LA EQUIDAD PENSIONARIA

109. El test de razonabilidad y el derecho fundamental a la pensión

Determinada la intangibilidad del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, es necesario ahora aplicar un *test* de razonabilidad al establecimiento de los contenidos no esenciales y adicionales a fin de que

estos sean declarados constitucionales o no. Es decir, este Tribunal debe determinar si la intervención del legislador en el derecho fundamental a la pensión es constitucional, o si, por el contrario, dicha intervención supone un vaciamiento del contenido, ya determinado, de dicho derecho y es, por ende, inconstitucional.

El *test* de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del *test* sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran.

De acuerdo con el principio de idoneidad o adecuación, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, suponiendo dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo, la idoneidad de la medida *sub examine*. El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental. Por último, de acuerdo con el principio de proporcionalidad *strictu sensu*, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental.

110. Necesidad de aplicación del *test* de razonabilidad a la ley de reforma

Los demandantes argumentan que existe una afectación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión en el caso de los pensionistas del régimen del Decreto Ley N° 20530. Asimismo, alegan que la prohibición de nivelar las pensiones con las remuneraciones equivale a vaciar de contenido el derecho pensionario; además, afirman que se elimina el derecho a la nivelación de las pensiones al subordinarlo a las decisiones y posibilidades económicas del Estado. En suma, sostienen que "(...) la ley de Reforma Constitucional modifica peyorativamente el derecho a la seguridad social"^[23].

Por su parte, el demandado afirma que "(...) no puede suscribirse la afirmación del demandante en el sentido que se habría producido una transgresión del carácter irrenunciable de los derechos sociales. Los trabajadores no han renunciado a nada ni el Estado los ha despojado de su derecho a la seguridad social"^[24].

Para efectos de resolver este cuestionamiento, esto es, la supuesta modificación *in peius* del derecho fundamental a la pensión, se aplicará el *test* de razonabilidad.

111. El análisis del principio de idoneidad en el caso pensionario

Al respecto, debe analizarse, a la luz del principio de idoneidad o adecuación, si con la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución se persigue un fin constitucionalmente legítimo y si, para ello, dicha reforma es idónea. En relación con lo primero, esto es, con el objetivo constitucionalmente legítimo, se debe tener en cuenta que lo que se busca con tal reforma es la realización de valores superiores como justicia, igualdad y solidaridad, considerados, desde la perspectiva constitucional, totalmente legítimos.

En efecto, son valores consustanciales del Estado social y democrático de derecho, ya que el Estado procura que todas las personas gocen de las condiciones materiales mínimas para llevar una vida digna.

En este sentido, mediante la reforma constitucional de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución se busca que las personas tengan una pensión equitativa, como exigencia de la realización de los valores superiores justicia e igualdad.

Es indudable, pues, que tal finalidad es constitucionalmente incuestionable; su legitimidad radica en el hecho mismo de que es un imperativo del Estado social y democrático de Derecho promover la justicia distributiva entre sus miembros.

112. El análisis del principio de necesidad en el caso pensionario

Cuando las personas gozan del derecho fundamental a la pensión, lo hacen en condiciones de igualdad y de justicia. A juicio de este Tribunal, se debe analizar el motivo que pudiese impedir el goce de las pensiones en tales condiciones.

Este Colegiado considera que la realización de la reforma constitucional de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución constituye la alternativa más adecuada, y constitucionalmente legítima, para reducir y eliminar la brecha existente entre quienes perciben una pensión bastante elevada y los que perciben una pensión ínfima.

Es evidente, entonces, que el principio de necesidad se cumple en el caso concreto.

113. El análisis del principio de proporcionalidad *strictu sensu* en el caso pensionario

En cuanto corresponde al principio de proporcionalidad *strictu sensu*, se debe analizar si la realización del fin perseguido es proporcional a la intervención del legislador en el derecho fundamental a la pensión. Sobre esto, se debe insistir en que el contenido esencial del derecho a la pensión está constituido por el derecho de acceso a la pensión, por la prohibición de ser privado arbitrariamente de ella y por el derecho a una pensión mínima vital. En ese sentido, la reforma constitucional de la Ley N° 28389 no afecta el contenido esencial del derecho a la pensión porque no prohíbe su acceso a él, no priva a quienes son

pensionistas de su ejercicio ni desconoce la existencia de una pensión mínima.

Por lo demás, este Colegiado estima que la intervención, en el caso concreto, del derecho fundamental a la pensión, es legítima constitucionalmente, en la medida que el grado de realización del objetivo de la injerencia -justicia e igualdad pensionaria- es proporcional al grado de afectación del derecho; asimismo, porque no lo vacía de contenido ni tampoco desprotege a quienes gozan de él.

114. La razonabilidad de la reforma constitucional

Con los resultados obtenidos en los tres principios revisados, toca ahora analizar si la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 es un medio razonable para lograr la justicia e igualdad en el ámbito pensionario.

A juicio de este Tribunal, la reforma permite la realización de los valores superiores justicia e igualdad en materia pensionaria. En ese sentido, la Ley N° 28389 es acorde con la finalidad constitucional antes mencionada, más aún si no se contrapone con el criterio de reajuste periódico de las pensiones que prevé la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución de acuerdo con una distribución equitativa del monto de la misma.

Siendo ello así, el Estado asume la obligación de adoptar las medidas correspondientes a fin de garantizar el derecho fundamental a la pensión en términos de justicia distributiva e igualdad. Ahora bien, la aplicación del *test* de la razonabilidad a este caso concreto, en cuanto se refiere a la supuesta reforma en sentido peyorativo del derecho fundamental a la pensión, permite llegar a la conclusión de que la Ley N° 28389, que reforma la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, no comporta una *reformatio in peius*.

La intervención del legislador ha sido objetiva, razonable y proporcional, puesto que con tal reforma se consiguió un fin constitucionalmente legítimo, urgente, necesario y posible, cual es otorgar la pensión de manera equitativa entre las personas.

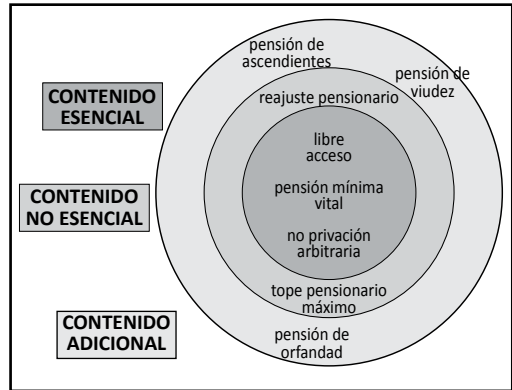
De otro lado, aplicado el *test* de razonabilidad, a través de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu*, se concluye que la reforma constitucional no priva a las personas del derecho a la pensión, y mucho menos les impide su acceso. Por el contrario, lo que se busca es que el goce de ese derecho se realice mediante la materialización de valores superiores como la justicia e igualdad.

115. La novedosa configuración del derecho fundamental a la pensión tras la reforma constitucional

Tal como se ha podido apreciar, el derecho a la pensión tiene un contenido tripartito (*Vid. fundamento 75*).

Por lo tanto, con un fin meramente explicativo, este Colegiado, a la luz de la Constitución, considera que el derecho fundamental a la pensión se puede describir gráficamente de la siguiente manera:

Gráfico N° 4
Contenidos del derecho fundamental a la pensión



Elaboración: Tribunal Constitucional.

Si bien el imperativo es el respeto del contenido de todo el derecho, es claro que se ha mantenido intangible el contenido esencial, y los contenidos no esencial y adicional se han ido delineando según las necesidades sociales y económicas del país, con el fin de que el derecho tenga la mayor eficacia posible y no favorezca a un grupo reducido de personas, sino a la mayoría de la población, según el sentido del criterio interpretativo de unidad de la Constitución.

116. La supuesta vulneración del principio de cosa juzgada

Antes de pasar a la siguiente parte de la sentencia, es necesario dar respuesta a la argumentación de los demandantes respecto a la afectación de la cosa juzgada. En concreto, acusan que con la modificación de la normativa sobre el régimen pensionario "se atentaría... contra el principio de Cosa Juzgada, puesto que muchos pensionistas han visto conquistados sus derechos pensionarios en la vía judicial, como la nivelación de sus pensiones, el pago íntegro y sin topes de sus pensiones, etc... se estaría reiterando la violación a las garantías antes expuestas, de manera especial a la garantía de la cosa juzgada, máxime si se tiene en consideración los efectos supremos de una acción de inconstitucionalidad y la obligatoriedad de su acatamiento ordenado por la propia Constitución, art. 204"[75].

Casi toda la jurisprudencia emitida en materia previsional antes de la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución (incluida la de este Colegiado), se fundamentaba en la teoría de los derechos adquiridos, y, en los casos correspondientes, en el derecho a la nivelación de las pensiones. Tales exigencias formaban parte del parámetro constitucional entonces vigente y, consecuentemente, los órganos de administración de justicia (entre los que se encuentra este Tribunal) tenían el deber de aplicarlas y de declarar la inconstitucionalidad de los actos que pretendiesen desconocerlas.

¿Significa ello que a las personas que hayan sido favorecidas por dichas resoluciones judiciales no les resulta aplicable la reforma constitucional aprobada a pesar de que este Tribunal la encuentre válida? Desde luego, la respuesta es negativa.

El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, como todo derecho fundamental, no es ilimitado. Las resoluciones judiciales no sitúan al vencedor en juicio en una suerte de 'ordenamiento aislado' que impida que a éste alcancen las modificaciones jurídicas que puedan tener lugar luego de expedida la sentencia que le favoreció. En efecto, en tanto que las resoluciones judiciales se fundamentan en presupuestos fácticos y jurídicos que condicionan la estimación de una determinada pretensión, la extinción que *a posteriori* y dentro del marco constitucional opere en relación con alguno de tales fundamentos, condicionan y en algunos casos impiden su ejecución. Dicho de otra manera, en estos supuestos, la Constitución admite que una resolución puede devenir en inejecutable.

La reforma constitucional realizada a través de la Ley N° 28389 ha modificado la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, entre otros factores, derogando la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria y proscribiendo la posibilidad de utilizar la nivelación como sistema de reajuste pensionario. Tales modificaciones, como quedó dicho, no afectan los límites materiales al poder de reforma constitucional, motivo por el cual la ley de reforma es plenamente constitucional.

Así las cosas, no es que la reforma constitucional acarree la nulidad de resoluciones judiciales ni mucho menos que desconozca el principio de cosa juzgada. Lo que ocurre es que algunos de los fundamentos jurídicos que condicionaron que las resoluciones judiciales a las que hacen alusión los demandantes sean estimatorias, han sido modificados, e incluso, expresamente proscritos constitucionalmente (así resulta del nuevo contenido de los artículos 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución). En consecuencia, han devenido en inejecutables.

No obstante, es necesario precisar que dado que la reforma constitucional no tiene efectos retroactivos, debe reconocerse los plenos efectos que cumplieron dichas resoluciones judiciales durante el tiempo en que la Ley N° 28389 aún no se encontraba vigente. De modo tal que, por ejemplo, si antes de la fecha en que la reforma cobró vigencia una persona resultó favorecida con una resolución judicial que ordenaba la nivelación de su pensión con la del trabajador activo del mismo cargo o nivel en el que cesó, dicha persona tiene derecho a una pensión nivelada hasta el día inmediatamente anterior a aquel en que la reforma pasó a pertenecer al ordenamiento jurídico-constitucional.

117. Conclusiones sobre si la reforma es constitucional o no

Luego de las consideraciones precedentes, se debe concluir que la reforma constitucional de la Primera

Disposición Final y Transitoria de la Constitución no ha transgredido o desmejorado los derechos de los pensionistas, ni tampoco ha afectado el 'contenido fundamental' de la Constitución.

Lo que pretende es que el acceso al derecho fundamental a la pensión, el derecho a no ser privado arbitrariamente y el derecho a una pensión mínima vital; así como los reajustes y topes pensionarios; y, las pensiones de los beneficiarios derivados, tengan vigencia real en concordancia con los valores superiores de justicia e igualdad.

Lo que el legislador no hubiera podido, ni tampoco podría hacer, es eliminar la garantía institucional de la seguridad social, propia de las Constituciones democráticas y del Estado social y democrático de Derecho, ni tampoco poner en cuestión los rasgos estructurales del sistema pensionario²⁵¹.

Por las razones que se han expresado en la presente sentencia, no existe vulneración alguna de los límites materiales ni formales de la reforma constitucional, por lo que las demandas son infundadas en este extremo.

VII. FUNDAMENTOS RESPECTO A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY N° 28449 QUE MODIFICA EL DECRETO LEY N° 20530

A. CONSIDERACIONES PREVIAS Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA

§1. EL CANON DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

118. La impugnación de la Ley N° 28449

Tal como precisó este Colegiado en el considerando 10 de la Resolución de Admisibilidad de los Expedientes N° 0050-2004-PI/TC, 0051-2004-PI/TC, 0004-2005-PI/TC y 0007-2005-PI/TC (acumulados), "(...) en las demandas se solicita, adicionalmente, que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N° 28449 por conexidad o consecuencia con el petitorio principal; al respecto es de aplicación el artículo 78° del Código Procesal Constitucional, que dispone que el Tribunal Constitucional, dado el caso, está facultado para evaluar la constitucionalidad de las normas conexas a la que se impugna en la parte principal del petitorio".

119. La Constitución reformada como parámetro de control de constitucionalidad

Con los fundamentos expuestos en los apartados anteriores, ha quedado desvirtuada la alegada inconstitucionalidad de la Ley de Reforma Constitucional N° 28389. Consecuentemente, el análisis de constitucionalidad de la Ley N° 28449, encargada de fijar las nuevas reglas aplicables al régimen del Decreto Ley N° 20530, será realizado teniendo presente que, al haber sido expedida con posterioridad a la Ley N° 28389, el parámetro de control constitucional será la Constitución reformada, y no las disposiciones vigentes antes de que dicha reforma tuviera lugar.

Así las cosas, es conveniente precisar que ante la modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria

de la Constitución, el control constitucional de la Ley N° 28449 no podría ser realizado sobre la premisa de una protección constitucional a la teoría de los derechos adquiridos en materia previsional, tal como ha ocurrido en la jurisprudencia de este Tribunal emitida con anterioridad a la reforma.

En efecto, ya ha quedado establecido que la supresión de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria (prevista en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución antes de su reforma), no afecta la garantía institucional de la seguridad social, reconocida en el artículo 10 de la Constitución, ni tampoco el derecho fundamental a la pensión, contenido en el artículo 11 de la Norma Fundamental, por lo que no existe vulneración de ninguno de los límites materiales al poder de reforma constitucional. También ha quedado dicho que la proscripción de utilizar la nivelación como mecanismo de reajuste no vulnera tales límites.

§2. EL DERECHO A LA PENSIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE CONFIGURACIÓN LEGAL

120. La configuración legal del derecho fundamental a la pensión

Si bien la expresión normativo-constitucional de un derecho le confiere el sentido de jurídicamente exigible y vinculante al poder político y a los particulares, no se puede soslayar que parte de la plena eficacia de determinados derechos constitucionales se encuentra sujeta al desarrollo que de estos pueda hacer el legislador, cuyo ámbito de determinación es amplio, sin que ello suponga la potestad de ejercer arbitrariamente sus competencias.

En tanto que la plena exigibilidad de los contenidos del derecho fundamental a la pensión resulta de su desarrollo legislativo, éste es un derecho fundamental de configuración legal, y por ello, dentro de los límites del conjunto de valores que la Constitución recoge, queda librada al legislador ordinario la regulación de los requisitos de acceso y goce de las prestaciones pensionarias.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que no todas las disposiciones de la legislación ordinaria que tienen por objeto precisar los beneficios o prestaciones relacionadas con materia previsional, dotan de contenido esencial al derecho fundamental a la pensión. Sólo cumplen dicha condición aquellas disposiciones legales que lo desarrollan de manera directa (tal como ocurre, por ejemplo, con las condiciones para obtener una pensión dentro de un determinado régimen). Por el contrario, las condiciones indirectas relativas al goce efectivo de determinadas prestaciones, como por ejemplo, asuntos relacionados al monto de la pensión (en la medida que no se comprometa el mínimo vital), topes, mecanismos de reajuste, entre otros, no podrían considerarse como componentes esenciales del derecho fundamental referido, sino como contenidos no esenciales y, en su caso, adicionales, y, en tal medida, tampoco como disposiciones legales que lo configuran.

121. La regulación de los derechos fundamentales y la aplicación de leyes en el tiempo

La adecuada protección de los derechos fundamentales no puede ser medida con relación a una concreta teoría de aplicación de las leyes en el tiempo. Ni la aplicación inmediata de las leyes a los hechos no cumplidos de las relaciones existentes (teoría de los hechos cumplidos) podría, en sí misma, justificar la afectación de un derecho fundamental, ni, so pretexto de la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos, podría negarse la aplicación inmediata de una ley que optimice el ejercicio del derecho, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución.

La validez de las leyes que regulan los derechos fundamentales debe ser evaluada teniendo en cuenta la preservación de su contenido esencial y la existencia del *test* de razonabilidad que justifique determinadas restricciones del contenido no esencial y adicional de dichos derechos. Ello trasciende el análisis formal y contingente de la adopción de una determinada teoría de aplicación de leyes en el tiempo (derechos adquiridos o hechos cumplidos), y se ubica en la necesidad de una meritación sustancial que tenga como imperativo preservar los derechos fundamentales como verdaderas manifestaciones del principio de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), según ha sido explicado *supra*.

§3. EL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA

122. Según los demandantes, existe un vicio formal en la elaboración de la Ley N° 28449

Los demandantes acusan un supuesto vicio formal en la producción normativa de la Ley N° 28449. En concreto, refieren que "(...) independientemente de los vicios que afectan la legalidad de la Ley N° 28389, Ley de Reforma Constitucional, la presente norma [Ley N° 28449], no alcanzó la votación requerida para considerarse Ley de Desarrollo de Reforma Constitucional (81 votos), en consecuencia, es una norma con rango de ley aprobada con 61 votos, sin el respaldo de la votación requerida para los actos estrictos de reforma constitucional,... sin contar ni siquiera con las exigencias mínimas o maquiadas para tratar temas concernientes a reforma constitucional, es decir, no cuenta con el respaldo del legislador para tal connotación, lo que de por sí representa un vicio de forma insubsanable"^[22] (sic).

123. Distinción entre las reglas de producción normativa de la las leyes de reforma constitucional y las leyes ordinarias

Los demandantes confunden ostensiblemente las rigurosas reglas de producción normativa, exigibles a una ley de reforma constitucional (artículo 206 de la Constitución), con aquellas exigibles a las leyes que, en mérito de alguna reserva legal prevista en la Constitución, se ocupan de una determinada materia.

Es cierto que algunos artículos constitucionales *post* reforma incluyen determinadas materias reservadas a la ley (así, el segundo párrafo del artículo 11 dispone que será la ley la que establezca la entidad del gobierno que administre los regímenes de pensiones a cargo del Estado, mientras que el párrafo quinto de la Primera Disposición Final y Transitoria establece que será la ley la llamada a disponer la aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de 1 UIT); sin embargo, resulta manifiestamente erróneo entender que tal evento exige que dichas leyes sean aprobadas con las votaciones requeridas por las leyes de reforma constitucional.

La Ley N° 28449 es una ley ordinaria. En tal sentido, no cabe imponerle como requisito de validez, haber seguido el procedimiento agravado propio de las leyes de reforma de la Constitución. Por ello, el argumento *sub examine* debe ser desestimado.

B. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO

§1. LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS REGLAS A TRABAJADORES DEL RÉGIMEN PENSIONARIO DEL DECRETO LEY N° 20530

124. Según los demandantes, se desconoce el derecho de los pensionistas a pertenecer al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530

Los recurrentes refieren que el artículo 2 de la Ley N° 28449, "(...) se encuentra dirigido a recortar las posibilidades de aquellos ciudadanos que cumplieron válidamente con todos los requisitos de dicho régimen y que por la inercia u omisión de la administración, a la fecha no cuentan con el derecho a la seguridad social, o también en los casos de aquellos jubilados que fueron desincorporados arbitrariamente, pese a cumplir con todas las exigencias establecidas en la ley"¹⁷⁸¹.

125. Situación de aportantes luego del cierre del régimen pensionario previsto en el Decreto Ley N° 20530

El artículo 2 de la Ley N° 28449 establece que "(...) el Decreto Ley N° 20530 es un régimen cerrado que no admite nuevas incorporaciones ni reincorporaciones, de conformidad con la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución".

En efecto, dicha Primera Disposición Final y Transitoria, tal como se pudo observar líneas arriba, estipula: "Declárese cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530", precisando que, en consecuencia, "(...) a partir de la entrada en vigencia de [la] Reforma Constitucional: 1) No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530".

Lo que la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece en su inciso 1 (reiterado por el artículo 2 de la Ley N° 28449), no tiene relación alguna con el derecho concreto a una determinada pensión. Simplemente, dicho inciso se limita a disponer que ningún trabajador puede en el futuro ser incorporado al régimen

del Decreto Ley N° 20530. Ello es meridianamente claro y cualquier norma u acto que contravenga tal disposición, será inconstitucional.

Ante todo, es preciso distinguir entre los requisitos para incorporarse a un determinado régimen pensionario y los requisitos para obtener una pensión dentro de dicho régimen. Existe un número importante de personas que en la fecha en que la reforma constitucional cobró vigencia, estaban incorporadas en el régimen del Decreto Ley N° 20530, pero que, sin embargo, aún no habían cumplido con los requisitos legales para obtener una pensión dentro de dicho régimen.

126. El caso de las personas que antes de la reforma habían cumplido con los requisitos para incorporarse al régimen del Decreto Ley N° 20530 pero no con los requisitos para obtener una pensión

Con relación a las personas que antes de la reforma constitucional, ya pertenecían al régimen del Decreto Ley N° 20530, pero aún no habían cumplido con los requisitos para obtener una pensión dentro de dicho régimen, el inciso 2 de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, establece que "(...) deberán optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones".

Lo propio establece la Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 28449, previendo un plazo de noventa días para que el trabajador comunique a su empleador su opción entre uno u otro sistema.

Del análisis de estas disposiciones, surgen algunas conclusiones:

- El inciso 2 de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución obliga al trabajador que antes de la reforma pertenecía al régimen del Decreto Ley N° 20530, pero aún no había cumplido con los requisitos para obtener una pensión, a desincorporarse de este régimen y optar por otro. Ello no vulnera ningún límite al poder de reforma constitucional, pues interpretados los artículos 10 y 11 de la Constitución, resulta claro que si bien el derecho fundamental a la pensión debe encontrarse plenamente garantizado por el Estado, no forma parte de su contenido esencial constitucionalmente protegido, el que dicha garantía deba ser prestada dentro de un específico régimen previsional, por lo que tal determinación queda dentro del margen de libre configuración del legislador democrático, tal como se analizó *supra*.

- El inciso 2 de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución no constituye una excepción al principio de irretroactividad de las leyes previsto en el artículo 103 de la misma Carta Fundamental, pues si bien antes de su vigencia una persona puede haber cumplido con el requisito para la incorporación a un determinado régimen previsional (v.g. en el caso del Decreto Ley N° 20530, ser un servidor público no comprendido en el Decreto Ley N° 19990), tal hecho no queda consumado sino hasta que dicho trabajador cumple, adicionalmente, con los requisitos para obtener una pensión dentro de dicho

régimen (v.g. en el caso de los trabajadores varones del régimen del Decreto Ley N° 20530, cumplir quince años de servicios reales y remunerados). En otras palabras, exigir mediante ley la desincorporación del régimen del Decreto Ley N° 20530 para pasar a otro régimen a un pensionista que aún no había cumplido con los requisitos para obtener una pensión, implica la aplicación de dicha ley a un hecho no consumado, motivo por el cual no existe afectación del principio de no retroactividad de las leyes.

- El legislador ha omitido referir en la Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 28449, qué sucede si transcurridos los noventa días de plazo, el trabajador no comunica al empleador su opción de afiliación. En tal sentido, este Tribunal exhorta al Congreso de la República a cubrir dicho vacío normativo, teniendo presente que tal omisión no sea interpretada en el sentido que la falta de comunicación del trabajador dentro de dicho plazo implique que éste permanezca en el régimen del Decreto Ley N° 20530, pues ello vulneraría el inciso 2 de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución; ni tampoco que ello implique que el trabajador quede fuera de todo régimen previsional, pues dicha interpretación sería incompatible con el derecho fundamental de libre acceso al sistema de la seguridad social consagrado en el artículo 10 de la Constitución.

127. El caso de los trabajadores que antes de la reforma habían cumplido requisitos para obtener una pensión dentro del régimen del Decreto Ley N° 20530

Cuando una persona cumple con los requisitos legales para obtener una pensión dentro de un determinado régimen pensionario, y su incorporación a dicho régimen queda consumada, resultaría manifiestamente inconstitucional por vulnerar el principio de irretroactividad de la ley, previsto en el artículo 103 de la Constitución, y la garantía institucional de la seguridad social, reconocida en el artículo 10 de la Constitución, que en dicho supuesto, una ley futura pretenda imponerle su desincorporación.

El artículo 2 de la Ley N° 28449 no incurre en tal inconstitucionalidad, pues es claro en señalar que "(...) se consideran incorporados en el régimen regulado por el Decreto Ley N.º 20530:

1. Los pensionistas de cesantía e invalidez que cumplieron con todos los requisitos establecidos en las normas vigentes en el momento de la generación del derecho correspondiente.
2. Los trabajadores sujetos al régimen del Decreto Ley N.º 20530 que, a la fecha de entrada en vigencia de la modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, habían cumplido con todos los requisitos para obtener la pensión correspondiente.
3. Los actuales beneficiarios de pensiones de sobrevivientes que cumplieron con todos los requisitos establecidos en las normas vigentes en el momento del fallecimiento del causante.
4. Los futuros sobrevivientes de pensionistas de cesantía e invalidez o de trabajadores activos a que se refiere

el numeral 2 del presente artículo, comprendidos y regulados en el Capítulo III del Título II del Decreto Ley N.º 20530".

Es decir, en todos los casos, para determinar quiénes deben recibir una pensión del régimen del Decreto Ley N° 20530, se toman en cuenta las normas vigentes al momento de la obtención del derecho, y no aquellas normas que hubiesen entrado en vigencia con posterioridad.

128. La obtención de una pensión de un determinado régimen previsional como cuestión *de iure* y no *de facto*

Es pertinente recordar que la obtención de una pensión del régimen del Decreto Ley N° 20530 es una cuestión *de iure* y no *de facto*.

Es decir, deben entenderse incorporados en el régimen del Decreto Ley N° 20530 a todos los trabajadores, pensionistas y sobrevivientes que antes de la entrada en vigencia de la reforma constitucional, hubiesen cumplido con los requisitos legales para obtener una pensión en dicho régimen, aun en los supuestos en los que arbitrariamente la Administración se hubiese negado a otorgarlo o posteriormente lo hubiese desconocido.

129. La aplicación inmediata de las reglas previstas en la Ley N° 28449

Debe insistirse en que lo expuesto dista mucho de considerar que una nueva ley, dentro de los límites constitucionales y sobre la base de razones proporcionales, razonables y objetivas, no pueda reducir, a partir de su vigencia, las pensiones que en el futuro serán otorgadas a algunos pensionistas dentro del régimen del Decreto Ley N° 20530.

Ello implicaría, de un lado, negar la capacidad de la fuente legal (hoy constitucionalmente reconocida en el artículo 103 de la Constitución) de regular hechos, no sólo que aún no terminan de consumarse, sino que, en estricto, aún no se inician; y de otro, reconocer la calidad de derecho adquirido a un monto específico de las pensiones o una pensión nivelable, lo que carece actualmente de sustento constitucional.

§2. EL MONTO MÁXIMO DE LAS PENSIONES

130. Según los demandantes, la aplicación de la pensión máxima a los pensionistas que cumplieron con los requisitos para obtener una pensión antes de la reforma, resulta inconstitucional

Los recurrentes consideran que el artículo 3 de la Ley N° 28449 resulta inconstitucional al estipular un monto máximo mensual de las pensiones del régimen del Decreto Ley N° 20530, igual a 2 UITs (actualmente, S/. 6,600.00) vigentes en la fecha en que corresponda el pago de la pensión. En concreto, refieren que "(...) desde la óptica de los hechos cumplidos para la vigencia de las leyes en el tiempo sólo podrían ser aplicadas para aquellos pensionistas del régimen pensionario anteriormente mencionado que no hubiesen consolidado su derecho a

la nivelación progresiva de pensiones en igualdad del monto a la remuneración que su homólogo activo de su mismo nivel o categoría pudiese estar percibiendo"¹⁷⁹¹.

131. La constitucionalidad del monto de la pensión máxima previsto en la Ley N° 28449

La Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece que la ley puede disponer la aplicación de topes a las pensiones que excedan 1 UIT. Esta disposición constitucional, conforme quedó establecido *supra*, no vulnera el derecho fundamental a la pensión.

El artículo 3 de la Ley N° 28449, al fijar en 2 UITs la pensión máxima mensual dentro del régimen del Decreto Ley N° 20530, se ha situado por encima del mínimo monto pensionario que en ponderación con las capacidades presupuestarias del Estado peruano, resulta conforme con el derecho a una vida acorde con el principio de dignidad. Consecuentemente, este Tribunal estima que el monto de la pensión máxima previsto en el artículo 3 de la Ley N° 28449, resulta constitucional.

132. El equívoco acogimiento a la teoría de los derechos adquiridos

Toda vez que el artículo 103 de la Constitución acoge la teoría de los hechos cumplidos con relación a la aplicación en el tiempo de las leyes (tema ya desarrollado *supra* en el *fundamento* 92), el argumento de los recurrentes conforme al cual el tope pensionario previsto en el artículo 3 de la Ley N° 28449 resultaría inconstitucional por pretender aplicarse inmediatamente incluso a los pensionistas que habían cumplido con los requisitos para obtener una pensión antes de la vigencia de la norma, carece de sustento, máxime si es la propia Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, ya declarada constitucional, la que expresamente establece que "(...) las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda".

133. La inconstitucionalidad de la nivelación como mecanismo de reajuste del monto de la pensión

Tampoco resulta inconstitucional que, siguiendo lo dispuesto por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, con relación a la supresión definitiva de la nivelación como mecanismo de reajuste pensionario, el primer párrafo del artículo 4 de la Ley N° 28449, establezca que "(...) está prohibida la nivelación de pensiones con las remuneraciones y con cualquier ingreso previsto para los empleados funcionarios públicos en actividad".

En efecto, según quedó dicho en los *fundamentos* 64 y 65, no puede considerarse como parte del derecho fundamental a la pensión, la adopción de un único sistema o metodología de reajuste del monto de las pensiones.

134. La seguridad jurídica y la modificación del ordenamiento jurídico

A criterio del Tribunal Constitucional, el asunto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la aplicación

inmediata del tope previsto en el artículo 3 de la Ley N° 28449, no se encuentra relacionado con una cuestión de aplicación de leyes en el tiempo (teoría de los hechos cumplidos o de los derechos adquiridos), sino con la necesidad de que toda mutación del ordenamiento jurídico se desenvuelva dentro de márgenes razonables y previsibles; en otras palabras, la cuestión debe ser abordada con relación al principio de seguridad jurídica.

En efecto, tal como ha sostenido el Tribunal Constitucional, en el fundamento 3 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0016-2002-AI, "(...) el principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone 'la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho' (STCE 36/1991, FJ 5). El principio *in comento* no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la 'predecible' reacción, sea para garantizar la permanencia del *statu quo*, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal".

En esa medida, aun cuando de conformidad con los artículos 103 y 109 de la Constitución, en principio, las leyes resultan de aplicación inmediata, sin embargo, la discordancia entre la ley 'nueva' y la ley 'vieja' no podría ser de tal grado que desborde todo margen de razonabilidad en las implicancias que ella genera para los ciudadanos a los que resulta aplicable.

Es sabido que algunos pensionistas del régimen del Decreto Ley N° 20530 percibían pensiones muy superiores a 2 UITs y habían forjado su expectativa de vida personal y familiar sobre la garantía del derecho adquirido que les concedía el régimen constitucional derogado. Por ello, la aplicación inmediata del nuevo tope implicaría una variación marcadamente abrupta, incompatible con el principio de seguridad jurídica que debe informar a la reforma del ordenamiento jurídico.

Así como de una interpretación sistemática de la Segunda y la Décimo Primera Disposiciones Finales y Transitorias de la Constitución se deriva que el reajuste de las pensiones deba ser periódico y progresivo, de manera tal que los egresos de las fuentes presupuestales del Estado se manejen bajo criterios de razonabilidad y previsibilidad, los mismos criterios deben tenerse en cuenta a efectos de reducir el monto de las pensiones en los supuestos en los que éstas resulten excesivamente altas, sin que en ningún caso puedan ser reducidas por debajo del nuevo tope máximo previsto en el ordenamiento (2 UITs).

La Ley N° 28449 resulta compatible con dicho criterio, pues si bien su artículo 3 fija el monto máximo de las pensiones del régimen del Decreto Ley N° 20530, la Tercera Disposición Transitoria establece que dicho tope se aplicará a partir de su vigencia, pero de manera progresiva. En tal sentido, declara que: "Las pensiones superiores al valor de dos (2) UIT vigentes a la fecha de promulgación de la presente Ley, se reducirán anualmente a razón de dieciocho por ciento (18%) hasta el año en el que dicha pensión alcance el tope vigente correspondiente",

regulación que, dictada dentro del margen de libre configuración legal, este Tribunal estima razonable.

§3. EL MONTO MÍNIMO DE LAS PENSIONES

135. Según los demandantes, se afecta el derecho a la pensión mínima vital

Los demandantes alegan que la aplicación de la Ley N° 28449, generará que "(...) las pensiones más humildes quedarán congeladas o propensas al juego político del gobernante de turno según las 'posibilidades presupuestarias del Estado'"^[80].

El Tribunal Constitucional comparte dicha preocupación, pues si tal fuera el caso, los pensionistas del régimen del Decreto Ley N° 20530, no tendrían el ingreso mínimo para su manutención, con el consecuente atentado contra el derecho fundamental al mínimo vital y la afectación de los principios sociales que informan al derecho fundamental a la pensión, sobre todo en lo referido a su contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador (Vid. *fundamento 107*).

136. El criterio de determinación de la pensión mínima

De ahí que este Colegiado considere conveniente que, así como la pensión máxima del ordenamiento está prevista no como un monto específico, sino con relación a la Unidad Impositiva Tributaria (UIT), es necesario que también la pensión mínima vital, como elemento constitutivo del derecho fundamental a la pensión (artículo 11 de la Constitución), tenga un parámetro objetivo y razonable de referencia, es decir, que su determinación se base en una teoría valorista y no nominalista, a efectos de que el monto mínimo vital esté plenamente garantizado frente a eventuales fenómenos económicos –por ejemplo, índices inflacionarios altos- que podrían terminar por vaciar de contenido el derecho fundamental a la pensión.

En ese sentido, el parámetro de referencia para determinar la pensión mínima vital debe ser un porcentaje de alguna unidad de medición monetaria. Dicha medida podría ser el porcentaje de una Unidad Impositiva Tributaria (UIT) o de una Unidad Remunerativa del Sector Público (URSP). Desde la perspectiva constitucional, ello se sustenta en los principios constitucionales de justicia y equidad.

§4. LA EDAD COMO CRITERIO DE DIFERENCIACIÓN EN LA PERIODICIDAD DEL REAJUSTE PENSIONARIO

137. Según los demandantes, la nueva fórmula de reajuste afecta el derecho a la igualdad

Los recurrentes sostienen que los literales a y b del artículo 4 de la Ley N° 28449 vulneran el principio de igualdad, pues "(...) pretende[n] imponer reglas de juego distintas a los jubilados diferenciándolos por su edad... No existe una sustentación objetiva que justifique tal distinción, ya que en el campo pensionario una persona que ostenta menos de 65 años puede significar una persona que haya trabajado muchos más años de servicios que alguien que pase de los 65 años"^[81].

138. Los literales a y b de la Ley N° 28449: la edad como criterio de diferenciación

Los literales a y b del artículo 4 de la Ley N° 28449 establecen que "(...) el reajuste de pensiones se efectuará de la siguiente forma:

a) Las pensiones percibidas por beneficiarios que hayan cumplido sesenta y cinco (65) años o más de edad y cuyo valor no exceda el importe de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias vigentes en cada oportunidad, serán reajustadas al inicio de cada año mediante decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas, teniendo en cuenta las variaciones en el costo de vida anual y la capacidad financiera del Estado.

b) Las pensiones percibidas por beneficiarios menores de sesenta y cinco (65) años de edad se ajustarán periódicamente, teniendo en cuenta las previsiones presupuestales y las posibilidades de la economía nacional".

En el punto analizado, el legislador ha utilizado a la edad como elemento diferenciador del trato. Así, mientras las pensiones de los mayores de sesenticinco años que se encuentren por debajo del tope pensionario, tienen garantizado un reajuste al inicio de cada año, teniendo en cuenta las variaciones en el costo de vida anual y la capacidad financiera del Estado, las de los menores de sesenticinco años no tienen la garantía del reajuste anual, sino solamente periódico.

En consecuencia, lo primero que debe determinar este Colegiado es si, en atención a la naturaleza concreta de la materia regulada, resulta razonable utilizar la edad de una persona como fundamento de diferenciación.

139. El análisis de razonabilidad del criterio diferenciador propuesto

Al respecto, debe recordarse que la seguridad social es una garantía institucional del Estado, que debe concretizarse en un complejo normativo estructurado -por imperio del artículo 10 de la Constitución- bajo la doctrina de la contingencia, es decir, la presencia imprescindible de un supuesto fáctico al que, usualmente, acompaña una presunción de estado de necesidad y que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, para la elevación de la calidad de vida.

La edad ha sido y es uno de los requisitos tradicionalmente utilizados, tanto por nuestro ordenamiento como por ordenamientos comparados, para dotar de márgenes de objetividad a la identificación del supuesto fáctico que activa al sistema previsional para conceder la prestación social orientada a garantizar la consecución del proyecto de vida del jubilado o cesado. A dicho requisito se ha unido clásicamente la denominada 'contingencia' (cese en el empleo, invalidez, entre otros).

Con relación al proyecto de vida, los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, en el fundamento 8 de su Voto Concurrente en el Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, Caso de los 'Niños de la Calle', expedido por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, el 19 de noviembre de 1999, señalaron que: "(...) el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana".

Así las cosas, en tanto que el número de años de edad es inversamente proporcional a los años de expectativa de vida, este Colegiado considera que ésta constituye un factor de distinción razonable entre aquellos a quienes corresponde un reajuste pensionario 'anual' y aquellos que tienen derecho a un reajuste 'periódico'; máxime si se tiene en cuenta que, si bien es cierto que en un inicio la Organización Mundial de la Salud consideró adultos mayores a las personas de más de sesenta años que viven en los países en vías de desarrollo y de sesenticinco años o más a las que viven en países desarrollados, también lo es que, en el año 1994, la Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud, atendiendo a la considerable elevación de la esperanza de vida producida en las últimas tres décadas, fijó en sesenticinco años o más la edad del adulto mayor¹⁶²¹.

140. La falta de razonabilidad de otros criterios de diferenciación

Por el contrario, no hubiese sido razonable, si -como sugieren los demandantes- en lugar de la edad, se hubiese utilizado como criterio de diferenciación la cantidad de años de aportación del pensionista. Si bien es cierto que el requisito de años de aportación es uno de los factores utilizados por el ordenamiento para obtener una pensión de jubilación o cesantía, por sí solo, no puede ser considerado como un dato objetivo que permita activar el sistema de seguridad exigiendo el otorgamiento de una pensión o, en su caso, su reajuste.

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 factor 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.

141. La interpretación constitucional del criterio de diferenciación

La razonabilidad del criterio de diferenciación -la edad- no es motivo suficiente para descartar la existencia de un trato discriminatorio. Es preciso que la finalidad que se pretenda alcanzar con la diferencia de trato sea compatible con el artículo 103 de la Constitución y que a efectos de alcanzarla no se sacrifiquen desproporcionadamente los intereses de los miembros de la categoría perjudicada o no beneficiada.

La finalidad que pretende lograrse con esta diferenciación, es garantizar que cuando menos un grupo plenamente identificable de ciudadanos pensionistas (los de sesenticinco años o más), tengan asegurado el reajuste anual de sus pensiones. Este objetivo resulta compatible con los principios y valores constitucionales que informan al derecho fundamental a la pensión. Sin embargo, es evidente que las consecuencias jurídicas para el grupo no beneficiado (los menores de sesenticinco años) serían manifiestamente desproporcionadas, si la ausencia de este beneficio anual cierto, implicase la condena a la inexistencia del reajuste *sine die*.

Este no puede ser el sentido interpretativo atribuible al literal b del artículo 4 de la Ley N° 28449. Debe tenerse presente que la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución, establece que "(...) el Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias que éste destine para tales efectos y a las posibilidades de la economía nacional".

Por ello, que la sostenibilidad financiera del Estado sea un criterio que debe ser considerado al momento de realizar el reajuste periódico de las pensiones de las personas menores de sesenticinco años, no significa que tal criterio pueda impedir que el reajuste tenga lugar. Se trata tan sólo de un factor que condiciona el *quantum* del reajuste pero no la obligatoriedad de su realización periódica, la cual no podrá extenderse por intervalos de tiempo irrazonable, máxime si la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución ordena que el ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de las nuevas reglas pensionarias sea destinado a incrementar las pensiones más bajas.

Este Colegiado se mantendrá atento a que la periodicidad de este reajuste sea interpretada en el sentido antes referido; esto es, como una real obligación y no como una facultad arbitraria que daría lugar a inconstitucionalidades sobrevinientes que, desde luego, serían sancionables por este Tribunal, adoptando las medidas pertinentes que resulten acordes con sus funciones de valoración, ordenación y pacificación.

En todo caso, considerando que la diferencia de trato prevista en los literales a y b del artículo 4 de la Ley N° 28449, es susceptible de ser interpretada de conformidad

con la Constitución, la supuesta afectación al principio de igualdad sostenida por los recurrentes, debe ser desestimada.

§5. LA PENSIÓN DE VIUDEZ Y LA IGUALDAD DE GÉNERO

142. El artículo 32 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449

Dicho artículo establece: "La pensión de viudez se otorga de acuerdo a las normas siguientes:

- a) Cien por ciento (100%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, siempre que el monto de dicha pensión no supere la remuneración mínima vital.
- b) Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima de viudez equivalente a una remuneración mínima vital.
- c) Se otorgará al varón sólo cuando se encuentre incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión y no esté amparado por algún sistema de seguridad social.
- d) El cónyuge sobreviviente inválido con derecho a pensión que requiera del cuidado permanente de otra persona para efectuar los actos ordinarios de la vida, percibirá además una bonificación mensual, cuyo monto será igual a una remuneración mínima vital, siempre que así lo dictamine previamente una Comisión Médica del Seguro Social de Salud, ESSALUD, o del Ministerio de Salud".

143. La dependencia económica como criterio para la obtención de una pensión de sobrevivencia

Al otorgamiento y al monto de la pensión del titular de la pensión (el causante) corresponden criterios individuales relacionados únicamente a su persona (su edad, sus años de aportación, la contingencia a él sucedida). Dicho otorgamiento tiene por finalidad elevar 'su calidad de vida' (artículo 10 de la Constitución), además de retribuirle por sus años de labores.

La posibilidad de que el derecho a la pensión de jubilación o cesantía, se proyecte en todo o en parte de su *quantum* al cónyuge, descendientes o ascendientes, no puede ser enfocada desde una perspectiva sucesoria. Debe ser concebida como una garantía para velar por el mantenimiento de una vida acorde con el principio de dignidad de aquellos que, en razón de un vínculo familiar directo, dependían económicamente de parte de dicha pensión, es decir, como una garantía derivada del reconocimiento de la familia como instituto fundamental de la sociedad (artículo 4 de la Constitución).

En consecuencia, *prima facie*, la posibilidad de que el monto o parte del monto de la pensión del causante se materialice en una pensión de sobrevivencia, debe

encontrarse condicionada a la dependencia económica en la que se encontraba el o los sobrevivientes con relación a dicho monto.

Tal condición puede considerarse cumplida sobre la base de ciertas presunciones. Así, ésta queda satisfecha en el caso de los hijos menores de edad del fallecido o los mayores de edad que siguen estudios básicos o superiores, pues, en dicha situación, la dependencia con relación a la pensión que correspondía al causante resulta evidente. Debe entenderse incluso que dicha presunción es *iure et de iure*, pues conforme reza el artículo 6 de la Constitución "(...) es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos".

El artículo 32 del Decreto Ley N° 20530 no exige que la viuda acredite su dependencia económica en relación con la pensión de jubilación o cesantía del causante, para obtener una pensión de viudez. Sin embargo, el tratamiento es distinto para el caso del viudo. En efecto, el literal c del referido artículo, exige que el varón "(...) se encuentre incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión y no esté amparado por algún sistema de seguridad social" como condiciones para la obtención de la pensión de viudez regulada en los literales a y b.

En tal sentido, corresponde analizar si dicho trato diferenciado constituye una medida discriminatoria en relación con el varón.

144. La igualdad sustancial en el análisis de la diferencia de trato al varón y la mujer viudos

La diferencia de trato que usualmente los regímenes previsionales han dispensado a los hombres y a las mujeres, *prima facie*, no debe ser enfocada desde la perspectiva formal del derecho a la igualdad en la ley, esto es, como la proscripción constitucional dirigida al legislador de introducir al ordenamiento diferencias de trato entre personas que se encuentran en situación sustancialmente análoga, sin base razonable o proporcional.

Por el contrario, la diferenciación aludida debe ser abordada bajo la directriz material o sustancial que informa al derecho a la igualdad, conforme a la cual existe obligación del Estado de adoptar medidas -comúnmente legislativas- con la finalidad de compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente; de esta manera, a través de tales medidas de 'acción positiva' o 'de discriminación inversa', el Estado busca, tal como se señala en el fundamento 11 de la Sentencia de los Expedientes N° 0001-2003-AI y 0002-2003-AI "(...) revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales".

La concreción del derecho fundamental a la pensión corresponde a los operadores jurídicos, en tanto existe un consenso generalizado en nuestro tiempo de que la sanidad, la seguridad social, la salud, la vivienda, la educación y la cultura son necesidades básicas

que deben ser satisfechas. Por ello, corresponde a los poderes públicos, ante la desigualdad, "(...) promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean realizables y efectivas, y remover los obstáculos que impidan su plenitud... Es un mandato para realizar la igualdad material, que obliga a los poderes públicos. No es un consejo y debe ser tenido siempre en cuenta por los operadores jurídicos"¹⁸³.

La disposición en la que se prevé el compromiso de un Estado social y democrático de derecho (artículo 43 de la Constitución), con la consolidación material del principio de igualdad, se encuentra en el artículo 59 de la Carta Fundamental. En efecto, dicho artículo establece que "(...) el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad".

145. La cláusula específica de no-discriminación y la razonabilidad en la aplicación de reglas de acción positiva

El análisis de la razonabilidad de la aplicación de reglas de acción positiva se dificulta cuando éstas son tomadas en favor de colectivos y no de individuos. Sin embargo, un criterio de vital importancia que facilita el análisis es la presunción de exclusión social contra determinados colectivos derivada de las cláusulas específicas de no discriminación previstas en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución. Así, expresamente, dicho dispositivo, proscribire la discriminación "(...) por motivo de raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica", dejando una cláusula abierta en manos del legislador y del intérprete jurisdiccional al agregar "(...) o de cualquier otra índole".

Por lo tanto, "(...) las cláusulas específicas de no discriminación cumplen principalmente la función de proteger, endureciendo el juicio de igualdad, a determinados colectivos que, por su historia de subyugación y la minusvaloración social a la que se ven sometidos, no pertenecen al grupo dominante que participa, debate y crea las normas jurídicas". Pero otra consecuencia que se deriva de dichas cláusulas "(...) se concreta en la convalidación constitucional de las medidas que utilizan dicho rasgo para favorecer a los colectivos socialmente perjudicados, es decir, las acciones positivas, siempre dentro de unos límites de proporcionalidad"¹⁸⁴.

En tal sentido, existe un amplio margen de presunción de constitucionalidad en las medidas que favorecen a los colectivos minoritarios y/o socialmente postergados, que puedan considerarse dentro de estos criterios específicos. Por ejemplo, las mujeres, determinados grupos étnicos, religiosos, extranjeros, y otros de diversa naturaleza.

146. Análisis del rol de la mujer en la sociedad y justificación de acciones positivas en su favor

Si bien en años recientes ha existido un importante grado de incorporación de la mujer en tareas de orden social en las que nunca debió estar relegada (participación política, acceso a puestos laborales, oportunidades de educación, entre otras muchas), no puede considerarse que en la

realidad peruana dicha tarea se encuentre consolidada. Buena parte de nuestra sociedad aún se nutre de patrones culturales patriarcales que relegan al colectivo femenino a un rol secundario, a pesar de encontrarse fuera de discusión sus idénticas capacidades en relación con el colectivo masculino para destacar en todo ámbito de la vida, sea político, social o económico. Los prejuicios y la idiosincracia de un número significativo de ciudadanos (conformado tanto por hombres como por mujeres) aún mantienen vigente la problemática de género en el país.

De ahí que el Tribunal Constitucional no pueda considerar inconstitucionales medidas que exigen algunos años menos de edad o de aportaciones a la mujer, para acceder a una pensión en un régimen previsional, o aquellas otras que establecen un sistema de cálculo relativamente más favorable a la mujer pensionista al momento de determinar el monto de su pensión. Queda claro que dichas medidas se encuentran estrictamente orientadas, a través de disposiciones ponderadas, a favorecer al colectivo femenino, en el correcto entendido de que la realidad social aún impone concederles un mayor apoyo a efectos de asegurarles una vida acorde con el principio de dignidad.

Y por este mismo motivo, el Tribunal Constitucional tampoco considera inconstitucional que el legislador no haya exigido que la viuda acredite la dependencia económica en la que se encuentra en relación con la pensión del causante. Resulta claro que ha partido de dicha presunción en base al dato de la realidad descrito *supra*. Consecuentemente se trata de una auténtica "acción positiva" en favor de la mujer.

147. Razonabilidad de las condiciones exigidas al hombre para la obtención de una pensión de viudez

Pero, entonces, siguiendo el razonamiento expuesto, en modo alguno podría considerarse que cuando se exige que el varón se encuentre 'incapacitado para subsistir por sí mismo', para obtener una pensión de viudez, el legislador haya optado por una medida inconstitucional, pues en otras palabras, lo único que se le exige es que acredite haber dependido económicamente de la pensión de viudez de su fallecida cónyuge, supuesto *sine qua non* para la obtención de una pensión de tal naturaleza, según quedó dicho.

Sin embargo, la norma no sólo exige que el viudo acredite su incapacidad material de subsistencia (la cual, por lo demás, podría ser consecuencia de diversos factores), sino que adicionalmente exige que éste "(...) carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión y no esté amparado por algún sistema de seguridad social".

Ello, en criterio de este Tribunal, resulta desproporcionado. En efecto, una situación de incapacidad para subsistir por medios propios, entendida como una incapacidad de naturaleza material, distinta, en principio, de la incapacidad civil que da lugar a la declaración de interdicción o al nombramiento de un curador, puede presentarse a pesar de contar con rentas superiores al monto de la pensión de la causante y, ciertamente, también a pesar de encontrarse amparado por algún sistema de

seguridad social. Por ello, exigir que estas condiciones se presenten copulativamente resulta manifiestamente innecesario, produciéndose una afectación del derecho a la pensión del viudo.

El único elemento determinante que obliga a que la pensión de viudez sea otorgada, es la existencia de una situación de incapacidad que impida subsistir por propios medios; esto es, que tal incapacidad impida, desde un punto de vista objetivo, que el beneficiado pueda sostenerse y proveerse por sí de determinadas prestaciones como alimentación, vivienda, vestido y salud.

148. La inconstitucionalidad del conector 'y'

Por tal motivo, es preciso declarar la inconstitucionalidad del conector conjuntivo 'y' del inciso c del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530 modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, de forma tal que no pueda interpretarse que todos los supuestos previstos en dicha disposición deban cumplirse copulativamente a efectos de que la pensión sea otorgada, sino que las referencias que la norma hace a la carencia de rentas o ingresos superiores a la pensión o la ausencia de amparo por algún sistema de seguridad social, deben ser consideradas como criterios de evaluación a ser aplicados independientemente y en cada caso concreto, realizando una interpretación siempre en beneficio del pensionista y no de modo peyorativo o con el objeto de privarle de una pensión legítima.

En todo caso, la carga de la prueba corresponde a la autoridad administrativa, quien será la encargada de acreditar que el pensionista no se encuentra incapacitado materialmente, y que, por lo tanto, no le corresponde acceder a la pensión de viudez.

149. Análisis de constitucionalidad del *quantum* de la pensión de viudez

El literal a del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530, establece que el monto de la pensión de viudez es equivalente al 100% de la pensión del causante en los supuestos en los que ésta no sea mayor a una remuneración mínima vital (S/. 460,00). Si se tiene en cuenta que de conformidad con el inciso 1 de la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N° 28449, la pensión mínima del régimen del Decreto Ley N° 20530 es igual a S/. 415,00, resulta entonces que en ningún caso la viuda(o) recibirá una pensión menor a dicho monto.

Por su parte, el literal b del mismo artículo dispone que la pensión de viudez será igual al 50% de la pensión del causante en los casos en los que ésta sea superior a una remuneración mínima vital (S/. 460,00), supuesto en el cual ésta constituye un tope mínimo.

Así las cosas, en cualquiera de los casos, el monto previsto como pensión de viudez respeta el derecho al mínimo vital como componente del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, motivo por el cual no se incurre en inconstitucionalidad alguna, máxime si se tiene en cuenta que, de conformidad con el literal d del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530, al monto de la

pensión de viudez deberá adicionarse una bonificación mensual equivalente a una remuneración mínima vital, en los casos de invalidez.

§6. LA PENSIÓN DE ORFANDAD

150. El derecho-deber de los padres de mantener a sus hijos

El artículo 35 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, establece:

"El monto máximo de la pensión de orfandad de cada hijo es igual al veinte por ciento (20%) del monto de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera podido percibir el causante, observándose lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto Ley N° 20530.

En caso de fallecimiento de padre y madre trabajadores o titulares de pensiones de cesantía o invalidez, la pensión de orfandad de cada hijo será igual al cuarenta por ciento (40%) del monto de la pensión más elevada".

Por su parte, el artículo 25 de la Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, dispone que

"La suma de los montos que se paguen por viudez y orfandad no podrá exceder del cien por ciento (100%) de la pensión de cesantía o invalidez que percibía o hubiera podido percibir el causante. Si la suma de ellos excediera el cien por ciento (100%), los porcentajes se reducirán proporcionalmente de manera que la suma de todos no exceda dicho porcentaje".

Tal como lo dispone el artículo 25 del Decreto Ley N° 20530, en ningún caso la suma de los montos de las pensiones de sobrevivencia pueden exceder del 100% de la pensión del causante. Un criterio distinto sería contrario a los principios de razonabilidad y sostenibilidad financiera del Estado.

Sin embargo, el primer párrafo del artículo 35 franquea la posibilidad de que en los supuestos en los que la suma de las pensiones de sobrevivencia concurrentes no excedan del 100% de la pensión del causante, la pensión de orfandad sea equivalente a un 20% de aquel.

Distintos argumentos permiten al Tribunal Constitucional considerar que ello resulta inconstitucional:

- Si se tiene en cuenta que, salvo reducidas excepciones previstas en el Decreto Ley N° 20530 (v.g. los artículos 8, 9 y 10), la pensión de jubilación o cesantía es el único ingreso percibido por el pensionista, y que en el común de los casos, los hijos menores de edad y los mayores de edad que siguen estudios básicos o superiores, no se encuentran en capacidad plena para subsistir por sus propios medios, debe presumirse que en dichos supuestos la pensión representa un ingreso indispensable para su subsistencia.

- El legislador se encuentra obligado a considerar que dicha presunción es *iure et de iure*, pues el artículo 6 de la Constitución, reconoce el derecho y el deber de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos.

- La norma permite que al fallecimiento del padre y/o la madre se sume un perjuicio adicional al hijo; a saber, la reducción sustancial del monto económico que resulta indispensable para su manutención, lo que implica una afectación manifiesta del derecho fundamental a la pensión, pues lejos de 'elevar la calidad de vida' del sobreviviente (artículo 10 de la Constitución), lo condena a ver seriamente mellada su capacidad económica de subsistencia.

- La disposición da lugar a un grave atentado contra el derecho del padre de tener la certeza de que, incluso después de su muerte, su pensión podrá coadyuvar en la educación, alimento y seguridad de sus hijos (artículo 6 de la Constitución).

- El primer párrafo del artículo 35 permite que la pensión de orfandad sea menor a la pensión de viudez, sin que exista base razonable y objetiva que permita presumir que los hijos sobrevivientes quedan en menor grado de necesidad que la viuda(o), tras el fallecimiento del causante.

- El primer párrafo del artículo 35 incurre en una inconstitucionalidad por omisión al no prever expresamente un tope mínimo por debajo del cual no podría situarse el monto de la pensión de orfandad.

En consecuencia, por las razones expuestas es preciso declarar la inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 35 del Decreto Ley N° 20530 que dispone:

"El monto máximo de la pensión de orfandad de cada hijo es igual al veinte por ciento (20%) del monto de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera podido percibir el causante, observándose lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto Ley N° 20530."

Al expulsar del ordenamiento jurídico dicho primer párrafo, el artículo 35 del Decreto Ley N° 20530, de conformidad con la Constitución, queda con el siguiente texto: "Artículo 35.- En caso de fallecimiento de padre y madre trabajadores o titulares de pensiones de cesantía o invalidez, la pensión de orfandad de cada hijo será igual al cuarenta por ciento (40%) del monto de la pensión más elevada".

Pero, al propio tiempo, y a efectos de evitar que dicha declaración de inconstitucionalidad genere una inconstitucionalidad mayor ante la ausencia de una disposición que establezca cuál es la pensión de orfandad que corresponde a los hijos del causante, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la frase 'de viudez' de la primera oración y del literal b del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530, debiendo interpretarse aditivamente que los literales a y b de dicho artículo en los que se encuentran los porcentajes que permiten calcular la pensión de viudez, son también aplicables para el cálculo de la pensión de orfandad.

De esta forma, de conformidad con la Constitución, el artículo 32 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, queda con el siguiente texto:

"Artículo 32.- La pensión (de viudez u orfandad) se otorga de acuerdo a las normas siguientes:

a) Cien por ciento (100%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, siempre que el monto de dicha pensión no supere la remuneración mínima vital.

b) Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital, estableciéndose para estos casos una pensión mínima (de viudez u orfandad) equivalente a una remuneración mínima vital.

c) Se otorgará al varón sólo cuando se encuentre incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión, o no esté amparado por algún sistema de seguridad social.

d) El cónyuge sobreviviente inválido con derecho a pensión que requiera del cuidado permanente de otra persona para efectuar los actos ordinarios de la vida, percibirá además una bonificación mensual, cuyo monto será igual a una remuneración mínima vital, siempre que así lo dictamine previamente una Comisión Médica del Seguro Social de Salud, ESSALUD, o del Ministerio de Salud".

Precisándose que la inclusión de la frase '(de viudez u orfandad)' en el texto no implica un acto legislativo, sino el ejercicio de la facultad interpretativa aditiva de este Colegiado, cumpliendo así con la presunción *iuris tantum* de constitucionalidad de las leyes que evita su declaración de inconstitucionalidad cuando exista cuando menos un sentido interpretativo que permita considerarlo compatible con la Norma Fundamental. Así la frase '(de viudez u orfandad)' sólo cumple el propósito de incidir en la manera cómo debe ser interpretado el texto a partir de la expedición de la presente sentencia.

Y precisándose, a su vez, que a diferencia de los literales a y b, los literales c y d son sólo aplicables a la pensión de viudez.

De otra parte, considerando que el artículo 78 del Código Procesal Constitucional faculta a este Colegiado a declarar la inconstitucionalidad de aquellas otras normas que sean conexas a las que han sido objeto de impugnación, y en atención a los criterios expuestos, declárese también la inconstitucionalidad de la oración 'El monto máximo de la pensión de orfandad de cada hijo es igual al veinte por ciento del monto de la pensión de invalidez o jubilación que percibía o hubiera podido percibir el causante' del artículo 57 del Decreto Ley N° 19990. Quedando, de conformidad con la Constitución, de la siguiente forma:

"Artículo 57.- En caso de huérfanos de padre y madre, la pensión máxima es equivalente al cuarenta por ciento. Si el padre y la madre hubieren sido asegurados o pensionistas, la pensión se calculará sobre la base de la pensión más elevada.

En su caso, los huérfanos a que se refiere el inciso b) del artículo anterior tendrán derecho a la bonificación señalada en el artículo 30°."

Asimismo, declárese la inconstitucionalidad de la frase 'de viudez' del artículo 54 del Decreto Ley N° 19990, quedando el texto, de conformidad con la Constitución, de la siguiente forma:

"Artículo 54.- El monto máximo de la pensión (de viudez u orfandad) es igual al cincuenta por ciento de la pensión de invalidez o jubilación que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante".

Debiendo interpretarse que el artículo 54 del Decreto Ley N° 19990 es aplicable tanto para el cálculo de la pensión de viudez como de la pensión de orfandad.

Ello teniendo en cuenta que el artículo 62 del Decreto Ley N° 19990 prevé una disposición sustancialmente análoga a la prevista en el artículo 25 del Decreto Ley N° 20530. En efecto, establece que:

"Artículo 62.- Cuando la suma de los porcentajes máximos que corresponden al cónyuge y a cada uno de los huérfanos de conformidad con los artículos 54 y 57, respectivamente, excediese al cien por ciento de la pensión de invalidez o de jubilación que percibía o hubiere tenido derecho a percibir el causante, dichos porcentajes se reducirán, proporcionalmente de manera que la suma de todos los porcentajes así reducidos no exceda del cien por ciento de la referida pensión. En tal caso, las pensiones de viudez y orfandad equivaldrán a los porcentajes que resulten. Para la suma indicada no se tomará en cuenta la bonificación a que se refieren los artículos 55 y 57".

151. Consideraciones importantes sobre las pensiones de sobrevivientes

Dado que, en el común de los casos, la viuda es, a su vez, madre de los hijos sobrevivientes, tiene el deber de destinar parte de su pensión a velar por el sustento de sus hijos (artículo 6 de la Constitución). Por este motivo, la interpretación que optimiza en mayor grado el reconocimiento de la familia como instituto fundamental de la sociedad (artículo 4 de la Constitución), es aquella conforme a la cual en los supuestos en que concurren una pensión de viudez con pensiones de orfandad, son éstas y no aquella, las que, en aplicación del artículo 25 del Decreto Ley N° 20530, deben reducirse proporcionalmente hasta que la suma de los porcentajes no supere el 100% de la pensión del causante.

De otro lado, dado que la única pensión que tiene naturaleza transmisible es la pensión del titular originario (jubilado, cesante o inválido), no cabe interpretar que el decaimiento o la extinción del derecho a la pensión de alguno de los familiares sobrevivientes (sea la viuda(o) o los hijos), de lugar al aumento del monto de los otros sobrevivientes.

152. Ejemplificación de la aplicación de las nuevas reglas con relación a las pensiones de sobrevivientes

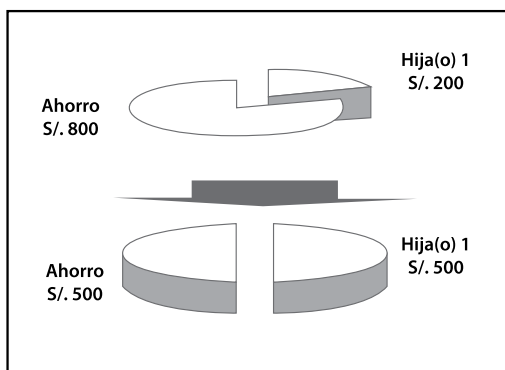
La interpretación sistemática del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530 (con su nueva redacción luego de la declaración de inconstitucionalidad de parte de su dispositivo) y el artículo 25 del mismo Decreto Ley, que establece que las pensiones de sobrevivientes sumadas no pueden superar el 100% de la pensión del causante, puede ser mejor ejemplificada de la siguiente forma:

CASO 1:

Padre pensionista fallecido. Sobreviviente: Sólo un hijo huérfano

Según el artículo 35 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, el hijo recibía el 20% de la pensión del causante. Sin embargo, por la presente sentencia, el hijo único llega a recibir hasta el 50% de dicha pensión.

Gráfico N° 5
Interpretación de las nuevas reglas pensionarias tras la presente sentencia
CASO 1
(Monto de pensión S/. 1 000)



Elaboración: Tribunal Constitucional

CASO 2:

Padre pensionista fallecido. Sobrevivientes: Viuda (50% no alcanza remuneración mínima vital) y 1 hijo huérfano

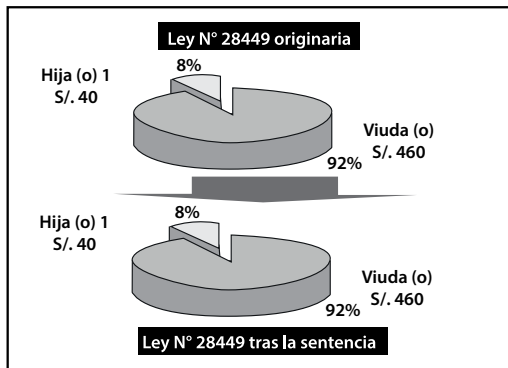
Según el artículo 32 inciso b) del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, la pensión de un viudo o viuda debe ser igual al 50% de la pensión del causante o a una remuneración mínima vital (S/. 460,00), el que resulte mayor. En consecuencia, en los supuestos en los que a la viuda o viudo le corresponda una remuneración mínima vital como pensión, la diferencia entre este monto y el 100% de la pensión del causante corresponderá a los hijos sobrevivientes.

CASO 3:

Padre pensionista fallecido. Sobrevivientes: Viuda (50% supera remuneración mínima vital) y 1 hijo huérfano

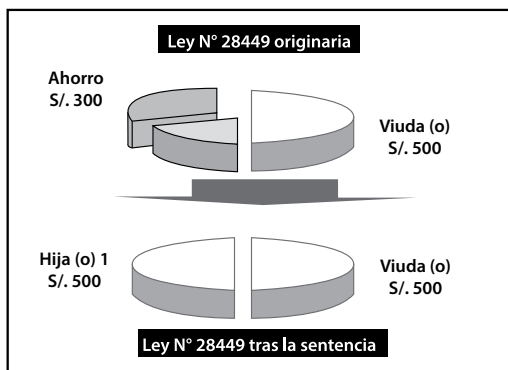
Según los artículos 32 inciso b) y 35 del Decreto Ley N° 20530, modificados por el artículo 7 de la Ley N° 28449,

Gráfico N° 6
Interpretación de las nuevas reglas pensionarias
tras la presente sentencia
CASO 2
 (Monto de pensión S/. 500)



Elaboración: Tribunal Constitucional

Gráfico N° 7
Interpretación de las nuevas reglas pensionarias
tras la presente sentencia
CASO 3
 (Monto de pensión S/. 1 000)



Elaboración: Tribunal Constitucional

en los casos en que corresponda al viudo o viuda una pensión equivalente al 50% de la pensión del causante (monto necesariamente superior a una remuneración mínima vital), al hijo huérfano correspondía un 20% de la misma. Tras la presente sentencia, al haberse declarado la inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 35 del Decreto Ley N° 20530, el viudo o viuda recibirá lo mismo, pero al hijo se le aumenta hasta el 50%.

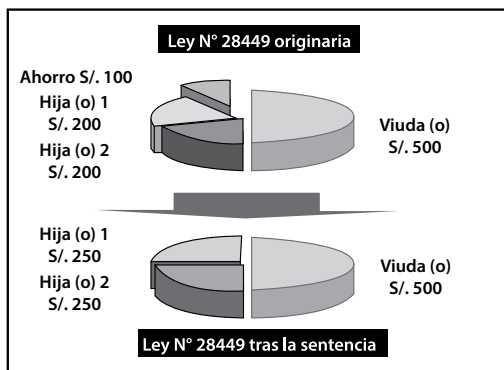
CASO 4:

Padre pensionista fallecido. Sobrevivientes: Viuda (50% supera remuneración mínima vital) y 2 hijos huérfanos

Partiendo del supuesto planteado en el Caso 3, de ser dos los hijos, antes de esta sentencia cada uno hubiese recibido

un 20% de la pensión del causante. Tras la presente sentencia, al haberse declarado la inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 35 del Decreto Ley N° 20530, cada hijo recibirá el 25%.

Gráfico N° 8
Interpretación de las nuevas reglas pensionarias
tras la presente sentencia
CASO 4
 (Monto de pensión S/. 1 000)



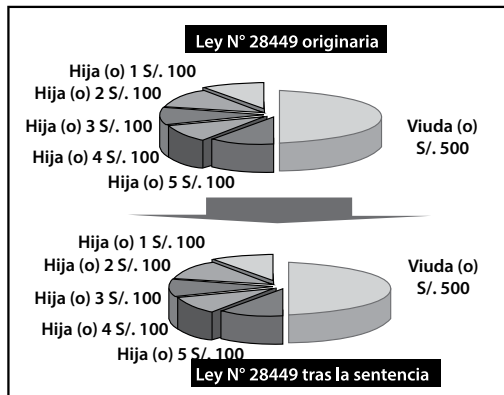
Elaboración: Tribunal Constitucional

CASO 5:

Padre pensionista fallecido. Sobrevivientes: Viuda (50% supera remuneración mínima vital) y 5 hijos huérfanos

Partiendo del supuesto planteado en el ejemplo 3, de ser 5 los hijos, antes de esta sentencia cada uno hubiese recibido un 10% de la pensión del causante. Tras la presente sentencia, las reglas se mantienen.

Gráfico N° 9
Interpretación de las nuevas reglas pensionarias
tras la presente sentencia
CASO 5
 (Monto de pensión S/. 1 000)



Elaboración: Tribunal Constitucional

153. La razonabilidad del cumplimiento de la edad de veintiún años como causal de extinción de la pensión de orfandad de los hijos mayores de edad que siguen estudios básicos o superiores

El literal a del artículo 34 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, dispone que: "Solamente tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de dieciocho (18) años del trabajador con derecho a pensión o del titular de la pensión de cesantía o invalidez que hubiera fallecido. Cumplida esta edad, subsiste la pensión de orfandad únicamente en los siguientes casos:

a) Para los hijos que sigan estudios de nivel básico o superior, hasta que cumplan los veintiún (21) años".

La permisión de que los hijos que siguen estudio básico o superior puedan mantener una pensión de orfandad incluso luego de haber cumplido la mayoría de edad, se fundamenta en cuando menos tres criterios concurrentes:

- el derecho y el deber de los padres de mantener a sus hijos (artículo 6 de la Constitución);

- el reconocimiento de la educación como un derecho y una garantía institucional del Estado social y democrático de derecho, que 'promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte', y que '[p]repara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad' (artículo 14 de la Constitución); y,

- la consideración de orden fáctico, según la cual, en el común de los casos, los hijos mayores de edad que siguen estudio básico o superior, no tienen la experiencia ni el tiempo que permitan generar un ingreso suficiente para cubrir tales estudios, además de sus necesidades básicas.

De ahí que exista una presunción de que en el caso de pensionistas con hijos mayores de edad que siguen estudios básicos o superiores, el monto de la pensión representa un ingreso indispensable.

En tal sentido, la finalidad primordial del literal a del artículo 34 del Decreto Ley N° 20530 consiste en que los hijos que sigan estudios básico o superior, puedan mantener el ingreso que les permita afrontar sus necesidades básicas, esto es, el ingreso que, en última instancia, les asegure, durante dicha etapa, mantener una vida acorde con el principio-derecho de dignidad.

Sucede que la medida que el legislador ha adoptado para alcanzar ese fin no resulta idónea, pues no se toma como referencia para el decaimiento de la pensión el momento en el que el hijo culmina sus estudios, sino la fecha en la que cumple veintiún años. En tanto es evidente que en la gran mayoría de casos a la edad de veintiún años aún no se han culminado los estudios superiores, la disposición no resulta idónea para la consecución del fin que persigue, y en consecuencia, resulta desproporcionada en este aspecto.

Consecuentemente, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la frase 'hasta que cumplan los veintiún (21) años' del literal a del artículo 34 del

Decreto Ley N° 20530, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:

"Artículo 34.- Solamente tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de dieciocho (18) años del trabajador con derecho a pensión o del titular de la pensión de cesantía o invalidez que hubiera fallecido. Cumplida esta edad, subsiste la pensión de orfandad únicamente en los siguientes casos:

a) Para los hijos que sigan estudios de nivel básico o superior (...)."

De otro lado, en tanto que el literal b del artículo 55 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, dispone que se extingue automáticamente la pensión por "(...) b) Haber alcanzado la mayoría de edad los titulares de las pensiones de orfandad, salvo que prosigan estudios universitarios, en cuyo caso la pensión continuará hasta que cumplan veintiún (21) años, o que adolezcan de incapacidad absoluta para el trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la presente Ley.", por conexidad y en atención a lo recién expuesto, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la frase 'en cuyo caso la pensión continuará hasta que cumplan veintiún (21) años'.

Asimismo, en tanto que el artículo supedita la vigencia de la pensión al hecho de proseguir estudios 'universitarios', corresponde declarar la inconstitucionalidad de esta última palabra, por excluir, sin que exista un fundamento objetivo y razonable que lo justifique, a las personas que siguen estudios superiores distintos de los universitarios, tales como carreras técnicas, estudios en centros de educación ocupacional, en institutos militares, entre otros. En este aspecto, la disposición no sólo resulta discriminatoria y, por ende, contraria al inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, sino que también resulta incompatible con el derecho fundamental a la educación (artículo 14 de la Constitución) que inspira la finalidad de la disposición.

Consecuentemente, el literal b del artículo 55 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, queda, de conformidad con la Constitución, con el siguiente texto:

"Artículo 55.- Se extingue automáticamente el derecho a pensión por: (...)

b) Haber alcanzado la mayoría de edad los titulares de pensiones de orfandad, salvo que prosigan estudios, o que adolezcan de incapacidad absoluta para el trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la presente Ley".

Asimismo, también por conexidad y en atención a lo expuesto, declárese la inconstitucionalidad de la frase 'Hasta que el beneficiario cumpla veintiún años' del literal a del artículo 56 del Decreto Ley N° 19990, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:

"Artículo 56.- Tienen derecho a pensión de orfandad: los hijos menores de dieciocho años del asegurado o pensionista fallecido.

Subsisten el derecho a pensión de orfandad:

a) [S]iempre que siga en forma ininterrumpida estudios del nivel básico o superior de educación (...)"

154. Supuestos excluidos de la aplicación del literal a del artículo 34 y del literal b del artículo 55 del Decreto Ley N° 20530

Dada la finalidad de los literales a y b de los artículos 34 y 55 del Decreto Ley N° 20530, respectivamente, este Tribunal considera que no cabe interpretar que entre los supuestos protegidos por la norma se encuentran los estudios de postgrado o los de segunda profesión o segunda carrera técnica. Asimismo, debe interpretarse que la disposición contiene una norma implícita de exclusión, conforme a la cual el beneficio no alcanza a aquellos hijos que no sigan sus estudios de manera satisfactoria, dentro del periodo regular lectivo.

En efecto, el deber del Estado de promover la educación, coadyuvando económicamente al educando al permitirle gozar de la pensión de orfandad a pesar de haber cumplido la mayoría de edad, exige como contrapartida, el deber del beneficiario de mostrar un especial esfuerzo en la culminación exitosa de sus estudios. Objetivo vital del Estado social y democrático de derecho es el redimensionamiento de las conductas humanas, a fin de obtener compromisos de acción y no sólo de omisión con los principios y los derechos sociales. Si bien, por antonomasia, tal compromiso es exigible a los poderes públicos, también recae en los propios particulares, máxime si se trata de los supuestos de su propio bienestar.

C. CRITERIOS PARA LA EJECUCIÓN DE LAS NUEVAS REGLAS PENSIONARIAS

§1. EL DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN PENSIONARIA DE DEFENDER Y CUMPLIR LA CONSTITUCIÓN

155. La entidad encargada de administrar el régimen de pensiones a cargo del Estado

El artículo 10 de la Ley N° 28449 establece que el Ministerio de Economía y Finanzas es la entidad del Gobierno Nacional que administra el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530.

Esta norma tan sólo regula la materia reservada por el artículo 11 de la Constitución en el extremo que dispone que "(...) la ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado" por lo que no incurre en inconstitucionalidad alguna.

156. La Constitución como norma vinculante para la Administración Pública

Por su parte, el artículo 11 de la Ley N° 28449, establece que los empleados y funcionarios de todas las entidades del sector público están obligados a cumplir, bajo responsabilidad, las directivas y requerimientos que en materia de pensiones emita el Ministerio de Economía y Finanzas.

Tal disposición debe ser interpretada en el sentido de que dichas directivas y requerimientos resulten obligatorios, sólo en la medida en que sean compatibles con la Constitución y con las sentencias expedidas por este Tribunal.

En efecto, es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad. El artículo 38 de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos (la Administración incluida desde luego) tienen el deber de respetarla y defenderla.

En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no sólo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución.

157. El efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional

Este Tribunal es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad (artículo 201 de la Constitución y artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Por su parte, el artículo 82 del Código Procesal Constitucional, dispone que:

"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."

En consecuencia, es obligación del Ministerio de la Economía y Finanzas implementar un sistema eficiente que permita la correcta y adecuada administración del régimen, lo que implica un sistema de sanciones a aquellos funcionarios que insistan en una inconstitucional aplicación de las normas legales sobre derechos previsionales. Sobre el particular, es conveniente recordar cómo la Oficina de Normalización Previsional, de modo reiterado, ha venido emitiendo resoluciones contrarias a la jurisprudencia constitucional, a pesar de conocerla perfectamente.

§2. EL DESTINO DEL AHORRO

158. Según el demandado, con la reforma del régimen pensionario habría justicia redistributiva

El demandado afirma que las nuevas reglas impuestas terminan consolidando al Estado social y democrático de derecho. En concreto, refiere que con dichas normas:

"1. Se sientan las bases de una redistribución económica importante que elimina distorsiones insultantes en los montos pensionarios en un Estado pobre como el peruano.

2. Como consecuencia de lo anterior y conforme a la Ley N° 28449, se introduce un elemento de justicia social: se posibilita el aumento en la base de aquellos pensionistas del régimen del D.L. 20530 que perciben menos de una

RMV (S/. 415.00), así como se produce un aumento a aquellos que preciben pensiones menores de S/. 800.00.

3. Por lo tanto, se postula una progresividad en el ejercicio real de los derechos pensionarios del conjunto de pensionistas del régimen del D.L. N° 20530 y no solo de un sector de ellos, como era antes de la reforma.

4. La reforma permite ampliar a mayores sectores las prestaciones del régimen de pensiones^[15].

El Tribunal Constitucional comparte los criterios sostenidos por el demandado. Sin embargo, considera preciso incidir en determinados aspectos que deberán tenerse en cuenta para lograr que los objetivos plasmados en el plano teórico, se puedan concretar en el terreno práctico.

159. El Fondo para la Asistencia Previsional

La Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N° 28449 establece que los recursos que se ahorren como consecuencia de la aplicación de topes a las pensiones, serán transferidos bajo responsabilidad al Fondo para la Asistencia Previsional para financiar los incrementos detallados en dicha disposición.

Por su parte, el cuarto párrafo de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, al regular el ahorro presupuestal, señala que aquel será destinado a incrementar las pensiones más bajas. Si bien esta última disposición no puede ser interpretada en el sentido de que la totalidad de dicho ahorro se destine específicamente a elevar las pensiones (aunque sí su parte más significativa), en la medida que la razón fundamental de la reforma constitucional consiste en optimizar el derecho a la pensión, lo que sí resulta imperativo es que la totalidad de dichos fondos se destine a mejorar el sistema de seguridad social, lo cual implica, entre otros muchos aspectos, gastos en infraestructura y logística de salud, compra de más y mejores medicamentos, capacitación del personal de salud y mejora de sus honorarios, etc.

La interpretación del cuarto párrafo de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución reseñada, resulta vinculante para todos los poderes públicos, de manera tal que será inconstitucional todo acto mediante el cual se destine parte de los recursos que provengan de la aplicación de las nuevas reglas pensionarias, a asuntos que no se encuentren directamente relacionados con la optimización del sistema de seguridad social del Estado.

160. La intangibilidad de los recursos transferidos

Asimismo, debe recordarse que el Fondo para la Asistencia Previsional precitado, goza de la garantía de intangibilidad prevista en el artículo 12 de la Constitución. Sobre el particular debe advertirse que el Decreto de Urgencia N° 034-98, que crea el FONAHPU -para el caso de las pensiones derivadas del Decreto Ley N° 19990-, establece en su artículo 2.3 dicha característica.

Además, el derecho al cobro de la pensión es de naturaleza imprescriptible, motivo por el cual el pago de la pensión generada, en tanto no se realice, queda garantizado por el Fondo previsto en la Ley.

161. La función de la Contraloría General de la República

De conformidad con el artículo 82 de la Constitución, la Contraloría General de la República "Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control."

Consecuentemente, es deber de esta entidad estatal supervisar no sólo la intangibilidad de los fondos provenientes de la aplicación de las nuevas reglas pensionarias, sino también que dicho ahorro se encuentre destinado de manera exclusiva a la optimización del sistema de seguridad social, de conformidad con los criterios expuestos *supra*.

162. El costo económico de la sentencia

El fallo del Tribunal se encuentra respetando el principio de constitucionalidad objetivo referido al equilibrio presupuestal del artículo 78 de la Constitución (mayor desarrollo del mismo en el *fundamento* 50) y el principio de constitucionalidad subjetivo referido a la observancia del derecho fundamental a la pensión digna de los artículos 10 y 11 de la Constitución.

Para proteger ambos bienes constitucionales este Colegiado los ha limitado recíprocamente, de manera razonable -y proporcional-, imbuido del mandato del poder constituyente de respetar los derechos de la persona humana en el marco del ordenamiento jurídico-constitucional.

Por lo tanto, este Colegiado considera un deber implícito en su tarea de control de la Constitución, demandar a los poderes del Estado para que definan los medios que hagan efectiva esta sentencia^[16], frente al hipotético caso de reducción del ahorro presupuestal con la declaración de inconstitucional parcial de la Ley N° 28449.

§3. LA UNIFICACIÓN DE LOS REGÍMENES PENSIONARIOS

163. El principio de unificación progresiva

El Tribunal Constitucional considera que, en tanto que todos los regímenes previsionales administrados por el Estado comparten el objeto de proveer a los pensionistas o a sus sobrevivientes de los recursos necesarios para su mantenimiento o sustento, la reforma implementada debe ser tomada como un primer paso para su unificación progresiva.

Dicha unificación implicaría la consolidación de los principios de universalidad, progresividad y solidaridad, inherentes al sistema de seguridad social, según reza el artículo 10 de la Constitución.

VI. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADAS** las demandas acumuladas en el extremo que impugnan la constitucionalidad de la Ley

de Reforma Constitucional N° 28389. Por cuanto:

A) Por la forma, se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 206 de la Constitución.

B) Por el fondo, se ha respetado el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión (artículo 11) cuando se prevé el cierre del régimen pensionario previsto en el Decreto Ley N° 20530, la introducción de topes pensionarios y la eliminación de la nivelación pensionaria. Asimismo, no se ha afectado la progresividad y la universalidad de la garantía institucional de la seguridad social (artículo 10); tampoco ha impedido el aumento de la calidad de vida (artículo 10) ni la vigencia de los derechos a la igualdad (artículo 2 inciso 2) y a la propiedad (artículo 70) de los pensionistas.

2. Declarar **FUNDADAS EN PARTE** las demandas acumuladas en el extremo que impugnan la constitucionalidad de la Ley N° 28449. En consecuencia, **DECLÁRESE LA INCONSTITUCIONALIDAD:**

A) Del conector conjuntivo 'y' del inciso c del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530 modificado por la Ley N° 28449, de forma tal que deba interpretarse que las referencias que la norma hace a la carencia de rentas o ingresos superiores a la pensión o la ausencia de amparo por algún sistema de seguridad social, como condición para el otorgamiento de una pensión de viudez al hombre, sean consideradas como criterios de evaluación que deben ser aplicados independientemente y en cada caso concreto, realizando una interpretación siempre en beneficio del pensionista y no de modo peyorativo o con el objeto de privarle de una pensión legítima, según los *fundamentos 147 y 148*.

B) De la frase 'hasta que cumplan los veintiún (21) años' del literal a del artículo 34 del Decreto Ley N° 20530, según el *fundamento 153*, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:

"**Artículo 34.**- Solamente tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de dieciocho (18) años del trabajador con derecho a pensión o del titular de la pensión de cesantía o invalidez que hubiera fallecido. Cumplida esta edad, subsiste la pensión de orfandad únicamente en los siguientes casos:

a) Para los hijos que sigan estudios de nivel básico o superior (...)"

Y, por conexidad, declárese también la inconstitucionalidad de la frase 'en cuyo caso la pensión continuará hasta que cumplan veintiún (21) años' del literal b del artículo 55 del Decreto Ley N° 20530, así como también la palabra 'universitarios' del mismo literal, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:

"**Artículo 55.**- Se extingue automáticamente el derecho a pensión por: (...)

b) Haber alcanzado la mayoría de edad los titulares de pensiones de orfandad, salvo que prosigan estudios, o que adolezcan de incapacidad absoluta para el trabajo,

conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la presente Ley (...)"

Asimismo, declárese la inconstitucionalidad de la frase 'Hasta que el beneficiario cumpla veintiún años' del literal a del artículo 56 del Decreto Ley N° 19990. Quedando redactado de la siguiente forma:

"**Artículo 56.**- Tienen derecho a pensión de orfandad: los hijos menores de dieciocho años del asegurado o pensionista fallecido.

Subsisten el derecho a pensión de orfandad:

a) [S]iempre que siga en forma ininterrumpida estudios del nivel básico o superior de educación (...)"

b) Para los hijos inválidos mayores de dieciocho años incapacitados para el trabajo".

c) Del primer párrafo del artículo 35 del Decreto Ley N° 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley N° 28449, según el *fundamento 150*, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:

"**Artículo 35.**- En caso de fallecimiento de padre y madre trabajadores o titulares de pensiones de cesantía o invalidez, la pensión de orfandad de cada hijo será igual al cuarenta por ciento (40%) del monto de la pensión más elevada".

Y, por conexidad, declárese también la inconstitucionalidad de la oración 'El monto máximo de la pensión de orfandad de cada hijo es igual al veinte por ciento del monto de la pensión de invalidez o jubilación que percibía o hubiera podido percibir el causante' del artículo 57 del Decreto Ley N° 19990, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:

"**Artículo 57.**- En caso de huérfanos de padre y madre, la pensión máxima es equivalente al cuarenta por ciento. Si el padre y la madre hubieren sido asegurados o pensionistas, la pensión se calculará sobre la base de la pensión más elevada.

En su caso, los huérfanos a que se refiere el inciso b) del artículo anterior tendrán derecho a la bonificación señalada en el artículo 30°."

d) De la frase 'de viudez' de la primera oración y del literal b del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530, según el *fundamento 150*, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:

"**Artículo 32.**- La pensión (de viudez u orfandad) se otorga de acuerdo a las normas siguientes:

a) Cien por ciento (100%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, siempre que el monto de dicha pensión no supere la remuneración mínima vital.

b) Cincuenta por ciento (50%) de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante, en los casos en que el valor de dicha pensión sea mayor a una remuneración mínima vital,

estableciéndose para estos casos una pensión mínima (de viudez u orfandad) equivalente a una remuneración mínima vital.

c) Se otorgará al varón sólo cuando se encuentre incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión, o no esté amparado por algún sistema de seguridad social.

d) El cónyuge sobreviviente inválido con derecho a pensión que requiera del cuidado permanente de otra persona para efectuar los actos ordinarios de la vida, percibirá además una bonificación mensual, cuyo monto será igual a una remuneración mínima vital, siempre que así lo dictamine previamente una Comisión Médica del Seguro Social de Salud, ESSALUD, o del Ministerio de Salud".

Se precisa que la inclusión de la frase '(de viudez u orfandad)' en el texto no supone un acto legislativo, sino el ejercicio de la facultad interpretativa aditiva de este Colegiado, cumpliendo así con la presunción *iuris tantum* de constitucionalidad de las leyes que evita su declaración de inconstitucionalidad cuando exista cuando menos un sentido interpretativo que permita considerarla compatible con la Norma Fundamental.

Por conexidad, declárese la inconstitucionalidad de la frase 'de viudez' del artículo 54 del Decreto Ley N° 19990, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:

"**Artículo 54.-** El monto máximo de la pensión (de viudez u orfandad) es igual al cincuenta por ciento de la pensión de invalidez o jubilación que percibía o hubiera tenido derecho a percibir el causante".

3. Se INTERPRETA, de conformidad con el **fundamento 154**, que entre los supuestos protegidos por el literal a del artículo 34 y el literal b del artículo 55 del Decreto Ley N° 20530, no se encuentran los estudios de postgrado o los de segunda profesión o segunda carrera técnica. Asimismo, se INTERPRETA que la pensión de orfandad de los hijos mayores de edad que sigan estudios básicos o superiores queda extinguida, cuando tales estudios no se sigan de modo satisfactorio, y dentro del periodo regular lectivo.

4. Se INTERPRETA que, de conformidad con el **fundamento 159**, el cuarto párrafo de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, tiene el sentido de que la totalidad del ahorro proveniente de la aplicación de las nuevas reglas pensionarias, debe ser destinado a mejorar el sistema de seguridad social, lo cual supone, entre otros muchos aspectos, gastos en infraestructura y logística de salud, compra de más y mejores medicamentos, capacitación del personal de salud y mejora de sus honorarios, entre otros.

5. Se EXHORTA al Congreso de la República a cubrir el vacío normativo de la Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 28449, al que se hace alusión en el último párrafo del **fundamento 126**, teniendo presente que dicha omisión no puede ser interpretada en el sentido de que

la falta de comunicación del trabajador dentro de los noventa días previstos en la norma, implique que éste permanezca en el régimen del Decreto Ley N° 20530, ni tampoco que ello suponga que el trabajador queda fuera de todo régimen previsional.

6. Declarar **INFUNDADAS** las demandas en lo demás que contienen.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

¹¹¹ GARCÍA PELAYO, Manuel. El 'status' del Tribunal Constitucional. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, vol. 1, N° 1 (ene.-abr. 1981), pp. 13-14.

¹¹² DE VEGA, Pedro. La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente. Madrid, Tecnos, 1985. p. 53.

¹¹³ LUCAS VERDÚ, Pablo. El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política). Madrid, Reus, 1985. p. 206.

¹¹⁴ TRIEPEL, Heinrich. Derecho público y política. Madrid, Civitas, 1986. 1ª reimpr. p. 42.

¹¹⁵ Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI/TC, pp. 78-91.

¹¹⁶ Contestación a la demanda de inconstitucionalidad N° 0051-2004-PI, p. 4, reiterada en la contestación de las demandas N° 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI.

¹¹⁷ HESSE, Konrad. Escritos de derecho constitucional, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 74.

¹¹⁸ JUST DA COSTA E SILVA, Gustavo. *Os Limites da Reforma Constitucional*. Río de Janeiro – Sao Paulo, Renovar, 2000. p. 69.

¹¹⁹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 85. La situación de los sistemas públicos de pensiones de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530: los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral. Lima, 2004.

¹²⁰ HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Madrid, CEC, 1983. p. 91.

¹²¹ Demanda de inconstitucionalidad N° 0050-2004-PI, p. 28.

¹²² Contestación a la demanda de inconstitucionalidad N° 0050-2004-PI, p. 8.

¹²³ DE CABO MARTÍN, Carlos. La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho. Madrid, Trotta, 2003. p. 44.

¹²⁴ Intervención inicial del abogado del Colegio de Abogados del Cusco (Audiencia del 3 de mayo del 2005).

- ¹¹⁵¹ Contestación del apoderado del Congreso de la República (Audiencia del 3 de mayo del 2005).
- ¹¹⁶¹ Intervención inicial del abogado del Colegio de Abogados del Cusco (Audiencia del 3 de mayo del 2005).
- ¹¹⁷¹ Contestación del apoderado del Congreso de la República (Audiencia del 3 de mayo del 2005).
- ¹¹⁸¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Primera Legislatura Ordinaria de 2004. Transcripción de la Sesión Conjunta de las Comisiones de Constitución y Reglamento, y de Seguridad Social. Miércoles 29 de septiembre de 2004.
- ¹¹⁹¹ Demanda de inconstitucionalidad N° 009-2005-PI, p. 41.
- ¹²⁰¹ Demanda de inconstitucionalidad N° 050-2004-AI, p. 29.
- ¹²¹¹ Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, p. 21.
- ¹²²¹ Alegatos respecto a demanda de inconstitucionalidad N° 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI, p. 8.
- ¹²³¹ MCILWAIN, Charles Howard. Constitucionalismo antiguo y moderno. Madrid, CEC, 1991. p. 37.
- ¹²⁴¹ ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel. La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español. León, Universidad de León, 1996. p. 134.
- ¹²⁵¹ Observación General 'La índole de las obligaciones de los Estados Partes', Párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, elaborado en el 5° Período de Sesiones, 14/1290.
- ¹²⁶¹ ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid, Trotta, 2002. p. 97.
- ¹²⁷¹ Contestación a la demanda de inconstitucionalidad N° 0051-2004-PI, p. 8, reiterada en la contestación de las demandas N° 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI.
- ¹²⁸¹ Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, p. 33.
- ¹²⁹¹ Demanda de inconstitucionalidad N° 009-2005-PI, p. 24.
- ¹³⁰¹ Contestación a la demanda de inconstitucionalidad N° 0051-2004-PI, p. 13, reiterada en la contestación de las demandas N° 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI.
- ¹³¹¹ SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid, Alianza Editorial, 1982. p. 177.
- ¹³²¹ MORÓN DIAZ, Fabio. La dignidad y la solidaridad como principios rectores del diseño y aplicación de la legislación en materia de seguridad social. En: Anuario de Derecho Constitucional. Buenos Aires, CIEDLA, 2000. p. 668.
- ¹³³¹ Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, p. 78.
- ¹³⁴¹ Contestación a la demanda de inconstitucionalidad N° 0051-2004-PI, pp. 9, 7, reiterada en la contestación de las demandas N° 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI.
- ¹³⁵¹ PCM/MTPS/MEF. Las principales preguntas sobre la Reforma Constitucional en materia pensionaria del DL 20530. Lima: 2004. p. 3.
- ¹³⁶¹ Demanda de inconstitucionalidad N° 0051-2004-AI, p. 5 y demanda de inconstitucionalidad N° 0004-2005-PI, p. 10.
- ¹³⁷¹ Demanda de inconstitucionalidad N° 050-2004-AI, p. 47.
- ¹³⁸¹ Contestación a la demanda de inconstitucionalidad N° 0051-2004-PI, p. 23, 24, reiterada en la contestación de las demandas N° 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI.
- ¹³⁹¹ RAWLS, John. Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia. Madrid, Tecnos, 1986. p. 59.
- ¹⁴⁰¹ KELSEN, Hans. Esencia y valor de la Democracia. Barcelona, Omega, 1977. 2ª ed. p. 129.
- ¹⁴¹¹ PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999, pp. 315, ss.
- ¹⁴²¹ Demanda de inconstitucionalidad N° 009-2005-PI, p. 34.
- ¹⁴³¹ Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, p. 33.
- ¹⁴⁴¹ PÉREZ LUÑO, Antonio. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid, Tecnos, 1991. 4ª ed. p.31.
- ¹⁴⁵¹ SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Ob. cit. p. 169.
- ¹⁴⁶¹ Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, p. 44.
- ¹⁴⁷¹ MEDINA GUERRERO, Manuel. La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales. Madrid, Ciencias Jurídicas / McGraw-Hill, 1996. p. 41.
- ¹⁴⁸¹ Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, p. 43.
- ¹⁴⁹¹ Demanda de inconstitucionalidad N° 009-2005-PI, p. 15.
- ¹⁵⁰¹ Contestación a la demanda de inconstitucionalidad N° 0051-2004-PI, p. 15, reiterada en la contestación de las demandas N° 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI.
- ¹⁵¹¹ Demanda de inconstitucionalidad N° 050-2004-AI, p. 48.
- ¹⁵²¹ Demanda de inconstitucionalidad N° 009-2005-PI, pp. 9, 10.
- ¹⁵³¹ Demanda de inconstitucionalidad N° 050-2004-AI, p. 34.
- ¹⁵⁴¹ Contestación a la demanda de inconstitucionalidad N° 0051-2004-PI, p. 23, reiterada en la contestación de las demandas N° 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI.
- ¹⁵⁵¹ Demanda de inconstitucionalidad N° 050-2004-AI/TC, p. 34.
- ¹⁵⁶¹ Observación General 'La índole de las obligaciones de los Estados Partes'. Ob. cit.
- ¹⁵⁷¹ Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, p. 27.
- ¹⁵⁸¹ NEVES MUJICA, Javier. Los derechos adquiridos en materia pensionaria, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en materia Laboral y Previsional. Lima, Academia de la Magistratura-Sociedad Peruana de

- Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004. p. 171.
- ^[59] Demanda de inconstitucionalidad N° 050-2004-AI, p. 51.
- ^[60] Demanda de inconstitucionalidad N° 009-2005-PI, p. 20.
- ^[61] Contestación a la demanda de inconstitucionalidad N° 0051-2004-PI, p. 26, reiterada en la contestación de las demandas N° 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI.
- ^[62] PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Madrid, Marcial Pons, 2000. 7ª Ed. p. 554.
- ^[63] Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, pp. 50, ss.
- ^[64] Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, p. 44.
- ^[65] RUBIO LLORENTE, Francisco. Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial). Barcelona, Ariel, 1995. p. 654.
- ^[66] Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, p. 46.
- ^[67] SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda. Seguridad social y Constitución. Madrid, Civitas, 1995. p. 126.
- ^[68] Demanda de inconstitucional N° 007-2005-PI, p. 43.
- ^[69] Alegatos respecto a demanda de inconstitucionalidad N° 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI, p. 35.
- ^[70] Contestación a la demanda de inconstitucionalidad N° 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI, p. 6.
- ^[71] HÄBERLE. Peter. La libertad fundamental en el Estado constitucional. Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1997. p. 117.
- ^[72] PÉREZ LUÑO, Antonio. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución. Ob. cit. p. 288.
- ^[73] Demanda de inconstitucionalidad N° 0050-2005/PI, p. 33.
- ^[74] Contestación de la demanda de inconstitucionalidad N° 0050-2005/PI, p. 6.
- ^[75] Demanda de inconstitucionalidad N° 009-2005-PI, pp. 10, 29.
- ^[76] RUBIO LLORENTE, Francisco. Derechos fundamentales y principios constitucionales Ob. cit. pp. 652, 653.
- ^[77] Demanda de inconstitucionalidad N° 0009-2005-PI, p. 5.
- ^[78] Demanda de inconstitucionalidad N° 0009-2005-PI, p. 11.
- ^[79] Demanda de inconstitucionalidad N° 0004-2005-PI, p. 15.
- ^[80] Demanda de inconstitucionalidad N° 050-2004-AI, p. 29.
- ^[81] Demanda de inconstitucionalidad N° 0009-2005-PI, pp. 15, 16.
- ^[82] NOVELO DE LÓPEZ, Hilda Irene. Situación Epidemiológica y Democrática del Adulto Mayor en América Latina. En: Revista Salud Pública y Nutrición. México, Universidad Autónoma de Nuevo León, N° 5, 2003. www.uanl.mx/publicaciones/respyn/.
- ^[83] PECES-BARBA, Gregorio. Los valores superiores. Madrid, Tecnos, 1986. pp. 158, ss.
- ^[84] GIMÉNEZ GLÜCK, David. Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional. Barcelona, Bosch. pp. 171, 319.
- ^[85] Alegatos respecto a demanda de inconstitucionalidad N° 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI, p. 8.
- ^[86] ZAGREBELSKY, Gustavo. *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*. En: *Le sentenze della corte costituzionale e l'art. 81, U.C., della Costituzione*. Corte Costituzionale. Milano, Giuffrè Editore, 1993, p. 109.

Exp. N° 0002-2005-PI/TC [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por más de cinco mil ciudadanos. Sobre el desarrollo de proyectos de interés nacional y la distribución de competencias entre el Gobierno Nacional y el Gobierno Regional de Lima].

Fecha de Resolución: 18 de febrero de 2005

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 24 de febrero de 2005

Resumen: Se desestima la demanda de inconstitucionalidad formulada por don Miguel Ángel Mufarech Nemy, en representación de más de cinco mil ciudadanos, contra el artículo 2° de la Ley N° 28374, que regula la distribución de los recursos en el caso de la adjudicación directa de predios en el ámbito de desarrollo de proyectos de interés nacional. Así, pues, se declaró que la mencionada disposición resulta plenamente compatible con la Constitución, entre otras razones, porque el artículo 103° de la *ley fundamental* reconoce que pueden expedirse leyes especiales, cuando la naturaleza de las cosas así lo exija. Asimismo, se exhortó al Congreso de la República para que otorgue estabilidad jurídica a la inversión, emitiendo la ley de demarcación territorial del caso.

El Tribunal Constitucional precisó que siendo la construcción de la planta de licuefacción del gas de Camisea, al sur de Lima, un tema de interés nacional, aun cuando lo ejecute una empresa privada, con tal finalidad, la Ley cuestionada solo regula una competencia compartida entre el Gobierno Nacional y el Gobierno Regional de Lima.

Del mismo modo señaló que mientras el Congreso de la República no solucione los conflictos territoriales pendientes en dicha zona, no se puede determinar la competencia de cada nivel de gobierno, según la norma en cuestión.

En la sentencia el Tribunal precisó que el modelo constitucional de descentralización garantiza la autonomía de los gobiernos regionales y municipales, pero la autonomía que les concede la Constitución debe ser entendida como la capacidad de autogobierno para desenvolverse con libertad y discrecionalidad, sin que ello implique dejar de pertenecer a una estructura general de la cual en todo momento forman parte, de acuerdo al principio de unidad del Estado.

Temas Claves: Antinomias normativas - autonomía municipal - autonomía regional - demarcación territorial - competencia de los gobiernos locales - competencia de los gobiernos regionales - competencia del gobierno nacional - descentralización - interés público - principio de subsidiariedad - principio unitario del Estado - test de competencia.

**SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL**

Miguel Ángel Mufarech, en representación de cinco mil setecientos dieciséis ciudadanos (demandante) c. Congreso de la República (demandado)

Resolución del 18 de febrero de 2005

ASUNTO:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Miguel Ángel Mufarech Nemy, en representación de cinco mil setecientos dieciséis ciudadanos contra el artículo 2 de la Ley N.º 28374.

Magistrados presentes:

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

EXP. N.º 002-2005-PI/TC

LIMA

**MIGUEL ÁNGEL
MUFARECH NEMY**

Y MÁS DE CINCO MIL CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los dieciocho días del mes de febrero de 2005, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, González Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli, y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil ciudadanos, con firmas debidamente certificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, contra el artículo 2 de la Ley N° 28374, publicada el 5 de noviembre de 2004.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso : Proceso de Inconstitucionalidad

Demandante : Miguel Ángel Mufarech Nemy y cinco mil setecientos dieciséis ciudadanos

Normas sometidas a control : Artículo 2 de la Ley N° 28374, Ley que regula la distribución de los recursos en el caso de la adjudicación directa de predios en el ámbito de desarrollo de proyectos de interés nacional, publicada el 5 de noviembre de 2004.

Bienes demandados : Naturaleza de la Ley (artículo 103 de la Constitución), proceso de descentralización (artículo 188 de la Constitución), principio de autonomía regional (artículo 191 de la Constitución), ámbito de las

competencias regionales (artículo 192 de la Constitución) en lo referido a la administración de bienes y rentas (artículo 192 inciso 3), en concordancia con las normas de desarrollo constitucional de descentralización (artículos 3, 14, 35 y demás pertinentes de la Ley N° 27783, Ley de Bases de Descentralización) y de las regiones (artículos 4, 5, 8, 10 y demás pertinentes de la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales).

Petitorio : Se declare la inconstitucionalidad parcial del artículo 2 de la Ley N° 28374.

III. NORMA CUESTIONADA

LEY N° 28374 – Ley que regula la distribución de los recursos en el caso de la adjudicación directa de predios en el ámbito de desarrollo de proyectos de interés nacional

Artículo 2.- Distribución de recursos

Tratándose de predios de titularidad del Estado ubicados en el ámbito de desarrollo de proyectos declarados de interés nacional y necesidad pública, cuya jurisdicción sea reclamada por más de un Gobierno Regional debido a un conflicto limítrofe, el Gobierno Nacional mantendrá la administración de dichos predios en tanto se ponga fin al conflicto.

En los casos en que existan conflictos limítrofes y el Gobierno Nacional efectúe actos de disposición de conformidad con la normatividad vigente, luego de definido el conflicto limítrofe, la Dirección Nacional de Tesoro Público deberá transferir al Gobierno Regional correspondiente un monto igual a los ingresos que ésta hubiera percibido producto de la venta a terceros de predios ubicados en la zona de conflicto durante la existencia del mismo. El monto transferido al correspondiente Gobierno Regional deberá ser destinado a obras de impacto local y/o regional.

IV. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 28 de enero de 2005, los demandantes interponen demanda de inconstitucionalidad, contra el artículo 2 de la Ley N° 28374, publicado el 5 de noviembre de 2004, manifestando que se trata de una norma particular, que tiene como único objeto perjudicar los intereses del Gobierno Regional de Lima, al pretender otorgar al Gobierno Nacional, aquellos bienes y rentas que constitucionalmente pertenecen al Gobierno Regional de Lima. Señalan que la norma sometida a control constitucional, adolece de una inconstitucionalidad desde su origen, y que sienta un precedente que permitiría al Gobierno Nacional dejar sin efecto aquellos parámetros que la Constitución Política del estado ha establecido entre los órganos del estado entre sí.

a. Argumentos de hecho

- Los demandantes refieren que la Provincia de Cañete pertenece a la jurisdicción de la Región Lima, en consecuencia, en función al inciso j del numeral 1

del artículo 10 de la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, aquellos terrenos eriazos y urbanos de propiedad del Estado deben ser administrados y adjudicados por el Gobierno Regional de Lima.

- En ese sentido señalan que uno de dichos terrenos es el correspondiente a las Pampas de Concón, Valle de Topara en los límites de la Provincia de Cañete y con la Provincia de Chincha, cuyo dominio está a favor del Ministerio de Agricultura, pero cuya posesión real recae en terceros. La importancia para el Gobierno Nacional del terreno referido, adjudicado por venta directa a la empresa Hunt Oil Company of Perú L.L.C. - Sucursal del Perú, mediante Resolución Suprema N° 168-2003-EF, publicada el 27 de julio del 2003. En tales terrenos se instalará la Planta de Licuefacción de Gas Natural provenientes de los yacimientos de Camisea.

- Los demandantes alegan que la referida 'adjudicación' del terreno mencionado es ineficaz debido a que la entidad estatal que podía realizar dicho acto jurídico es el Gobierno Regional de Lima. En ese sentido, expide la Ordenanza Regional N° 011-2003-CR/RL publicada el 25 de setiembre de 2003, donde se declara la Nulidad de todos aquellos actos realizados a partir del 1 de enero de 2003 o por realizarse por entes públicos o privados, que pretendan administrar o adjudicar terrenos urbanos y eriazos de propiedad del estado y cuya jurisdicción están bajo la Región Lima.

- Refieren que en este contexto el 28 de abril de 2004, la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial de la Presidencia del Consejo de Ministros expide el informe Técnico N° 001-2004-PCM/DNTDT relativo a la definición de los límites territoriales entre las provincias de Chincha (Ica) y Cañete (Lima), señalando que los terrenos materia de conflicto, se encuentran dentro de los límites de la Provincia de Cañete, del Gobierno Regional de Lima. En virtud del mismo, el Presidente de la República y el presidente del Consejo de Ministros, someten al Congreso de la República un Proyecto de Ley; que no ha sido aprobado ni sometido a consideración del pleno.

b. Argumentos de derecho

- Los demandantes alegan que el parámetro de control constitucional del artículo 2 de la Ley N° 28374, no sólo está compuesto por las normas referidas al Capítulo XIV del Título IV de la Constitución Política del Estado, De la descentralización, las regiones y las municipalidades, sino también de aquellas normas legales que desarrollan dicha parte del texto constitucional, éstas son la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización, y la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Ambas normas tienen la naturaleza de interpuestas y forman parte del bloque de constitucionalidad de la parte de la Constitución referida a la Descentralización.

- Refieren que la inconstitucionalidad de la norma impugnada se funda en que el Gobierno Nacional pretende arrogarse de *motu proprio* una facultad que constitucionalmente le pertenece a los Gobiernos Regionales, especialmente al Gobierno Regional de Lima.

- Los demandantes alegan que se ha vulnerado el principio consagrado en el artículo 103 de la Constitución, en la medida que la ley especial sometida a control constitucional ha sido expedida por la diferencia de las personas, y no por la naturaleza de las cosas, a efectos de perjudicar específicamente al Gobierno Regional de Lima, enervando una competencia constitucional conforme lo establece el artículo 192 de la Constitución; pues no existe otro supuesto de conflicto territorial para la instalación de Gas Natural, que no sea el referido al aparente surgido entre la región Lima (Provincia de Cañete) y la Región Ica (Provincia de Chincha).

2. Contestación de la Demanda

Con fecha 8 de febrero de 2005, Carlos Mesía Ramírez, se apersona al presente proceso en calidad de apoderado del Congreso de la República en mérito de la Resolución N° 060-2004-2005-P/CR, para solicitar se declare infundada la Acción de Inconstitucionalidad promovida por el señor Miguel Ángel Mufareh Nemy y más de cinco mil ciudadanos, contra el artículo 2 de la Ley N° 28374, Ley que regula la distribución de los recursos en el caso de la adjudicación directa de predios en el ámbito de desarrollo de proyectos de interés nacional, por cuanto no contraviene la Constitución por el fondo, ni en lo referido a su aprobación, promulgación publicación; no configurándose las causales establecidas en el artículo 75° del Código Procesal Constitucional.

a. Argumentos de hecho

- Si bien conforme al inciso j del numeral 1 del artículo 10° de la Ley N.º 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, es a la Región Lima a quien correspondería decidir acerca de la venta de los terrenos situados en las Pampas de Concón, Valle de Topara en los límites de la provincia de Cañete con la provincia de Chincha, existe un hecho objetivo que no se puede desconocer, y es que actualmente ha surgido una disputa limítrofe que involucra los referidos terrenos. En consecuencia no se sabe cual es la región que debe adjudicar los terrenos.

- La delimitación de la Región de Lima e Ica, supone un conflicto que requiere una solución discrecional legislativa y no judicial, conforme lo dispone la Constitución en el inciso 7 del artículo 102. Y el hecho de que el Ejecutivo proponga la demarcación territorial, no supone que dicha propuesta deba ser aprobada por el Parlamento de modo integral y sin modificaciones, y tampoco que no pueda archivarla si la considera inoportuna o inconveniente desde un punto de vista político. Estamos ante un acto político no justiciable.

b. Argumentos de derecho

- La definición de Estado unitario que ofrece el demandante es incompleta por interesada, pues desconoce que esta forma estatal se rige no sólo por la Constitución sino que también por un único centro de decisión con fuerza legislativa: el Congreso de la República, cuyas leyes valen, rigen y son de cumplimiento obligatorio en todo el territorio de la República.

- La demanda confunde los conceptos de autarquía y autonomía de las entidades descentralizadas, sobre los cuales el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de distinguir en la sentencia del 7 de agosto de 2003 recaída en la acción de inconstitucionalidad contra a Ley N° 27580 referida a las autonomías municipales. En el sentido que, la autonomía no significa autarquía funcional o autonomía absoluta, sino que dichas funciones deben ejercerse en el marco de la Constitución y las leyes, que la condicionan y que exigen que en determinados supuestos la autonomía deba graduarse en intensidad en función del tipo de interés que se persigue con el ejercicio de las competencias distribuidas.

- Ésta concepción constitucional de la autonomía regional se ve reforzada por las leyes de desarrollo en la materia, que conforman el bloque de constitucionalidad en función del cual se debe resolver el presente proceso de inconstitucionalidad: artículos 5, 7, 8, 9, 11, 36 y 45 de la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

- De una lectura adecuada del inciso j del numeral 1 del artículo 10 de la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, se desprende que no se puede desconocer las competencias compartidas, como las que tiene el Gobierno Nacional en virtud del inciso c numeral 2 del artículo 10 de la Ley N.°27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, correspondientes a los sectores de energía, hidrocarburos y minas.

- En virtud de principio "ley posterior modifica ley anterior", la Ley N° 28374, Ley Orgánica que regula la Distribución de los Recursos en el Caso de la Adjudicación Directa de Predios en el ámbito de desarrollo de Proyectos de Interés Nacional, que es materia del presente proceso de inconstitucionalidad, matiza los efectos y alcances del inciso j del numeral 1 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y se coloca ante la eventualidad de los problemas limítrofes no sólo vigentes, sino de los que pudiesen presentarse.

- La norma sometida a control constitucional se trata de una ley que busca evitar de modo razonable un perjuicio a los intereses nacionales y los objetivos del proceso de descentralización, como son el de garantizar las inversiones, el orden público y la seguridad. En consecuencia la supuesta inconstitucionalidad de la ley por violación del artículo 103 de la Constitución tampoco puede estimarse, ya que el mismo permite la aprobación de leyes especiales cuando así lo exige la naturaleza de las cosas.

- La Ley N.º 28374, no contraviene los fines del proceso de descentralización descritos en el Capítulo III de la Ley N.º 27783, Ley de Bases de la Descentralización, los cuales deben ser analizados en sede política, económica, administrativa y democrática, sobre la base del principio de razonabilidad.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

En atención a la importancia que tiene la norma sujeta a inconstitucionalidad, se procederá al estudio desde

un punto de vista formal y material. Por tal motivo, este Colegiado en las siguientes líneas se pronunciará sobre lo siguiente:

v Respecto al ámbito de actuación del Tribunal Constitucional

(a) Ante todo, es importante señalar cuál es el marco competencial que tiene el Tribunal Constitucional para resolver en el presente caso. En tal sentido,

i. Qué tipo de proceso es el de inconstitucionalidad

ii. Cuáles son las normas aplicables en un proceso como éste

v Respecto a la cuestión de admisibilidad

(b) En segundo lugar, es necesario analizar algunos cuestionamientos a la forma en que la demanda fue presentada.

v Respecto al fondo del proceso

(c) Como tercera parte, como elemento genérico, si el contenido de la ley es conforme con lo que el proceso constitucional de descentralización demanda para el país. Por tanto,

i. Cómo ha sido definido el proceso descentralizador.

ii. De qué forma aparecen las regiones como parte de la descentralización

iii.Cuál es la configuración correcta de las autonomías gubernamentales.

(d) Como cuarta cuestión, cuáles son los criterios básicos en que debe desarrollarse la descentralización. De esta forma,

iv. De qué manera debe conjugarse con el principio de unidad estatal.

v. Hasta qué punto puede considerarse válido el principio de subsidiariedad

(e) En quinto término, si una ley como la dada se encontraría afectando las competencias regionales, por lo que es necesario observar:

i. De qué manera se realiza la distribución competencial entre los distintos gobiernos.

ii. Cuál es la dificultad de la competencia territorial.

iii. Cómo debe entenderse la competencia funcional.

iv. De qué manera se realiza la distribución accesoría.

(f) En sexto lugar, si la ley cumple todos los requisitos que necesita para que sea considerada como válida. En este sentido:

i. Cuál debe ser el grado de generalidad que debe tener.

ii. Si ha sido realizada por un órgano competente.

iii. Cuándo corresponde la dación de una ley orgánica

VI. ÁMBITO DE ACTUACIÓN

1. La necesidad de desarrollar el ámbito de actuación en el caso concreto

Es imprescindible que en el presente caso, el Tribunal pueda definir cuál va a ser el marco en el que actuará, sobre todo tomando en cuenta la particularidad de la demanda y de los alegatos presentados en la Audiencia realizada el día quince del presente mes.

Por tanto, debe quedar establecido cuál debe ser la función de este Colegiado cuando resuelve un proceso de inconstitucionalidad, tomando en cuenta la naturaleza de la ley y el verdadero carácter que tiene la Constitución, así como el parámetro normativo que tiene para poder actuar.

A. EL CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD

2. Tribunal Constitucional y proceso de inconstitucionalidad

El proceso de inconstitucionalidad si bien es de naturaleza abstracta tiene una doble dimensión: objetiva y subjetiva. En reconocimiento de la dimensión objetiva se debe ejercer un control de constitucionalidad acorde con los valores y principios consagrados por la Constitución Política; es decir, que no se reduce, únicamente, a un mero examen de la ley, sino que se orienta a hacer respetar la unidad o núcleo constitucional. Esto es promoviendo la superación de las situaciones reales conflictivas de los diversos intereses que coexisten en el marco del Estado Constitucional de Derecho, a fin de otorgar una razonable aplicación de las normas constitucionales.

En mérito a la dimensión subjetiva, el Tribunal Constitucional puede valorar la constitucionalidad de los actos concretos realizados al amparo de la norma legal impugnada, lo cual definitivamente no supone la resolución del problema en un caso concreto; sino otorgarle un canon valorativo constitucional-función de valoración, para la resolución del presente proceso de inconstitucionalidad.

3. Control político y jurídico del Tribunal Constitucional

Este Colegiado para poder determinar la verdadera naturaleza de la descentralización en el país debe tomar en consideración el marco adecuado que le brinda la Constitución para su actuación, dejando claro que su mandato es de un control político y jurídico. En tal sentido,

“a diferencia de los otros ámbitos jurídicos-técnicos, el objeto del derecho constitucional estriba en proceso vital del Estado como un todo. Este proceso, en cuanto duradera renovación y progreso de la voluntad comunitaria estatal como unidad vital y real, es regulado por la Constitución”¹⁴¹.

Para poder entender el verdadero significado de la Constitución es necesario partir de su concepción como norma fundamentadora de todo el Sistema Jurídico y su cometido como guía primordial del Ordenamiento (en un sentido básicamente político). De ello se desprende que

la construcción constitucional proclama una dualidad jurídico-política de la norma suprema, a guisa de advertir cómo la realidad de un país condiciona la vigencia constitucional, en una interacción constante de sociedad y ley, que es importante descubrir y manejar con acierto de modo permanente; mientras la realidad se encuentra en constante evolución, la normatividad envejece con el paso del tiempo. Este binomio de acción plantea que la Constitución aparte de tener un ámbito normativo, posea uno meramente político.

En tal sentido, también es una guía para este Tribunal, como parte del Estado, una búsqueda constante, a través de sus resoluciones, de

“promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”¹⁴².

Este Colegiado buscará dotar de contenido positivo y real a tal norma a través de la resolución de la presente demanda de inconstitucionalidad referida al fomento de la inversión privada en un tema tan importante como los proyectos referidos al gas de Camisea.

4. Proceso de inconstitucionalidad y problemas abstractos

Este criterio se presenta en el sentido que se hace necesario sustentar la legitimidad o ilegitimidad de los actos de aplicación de la ley, dada su especialidad, en atención a algunas de las funciones adicionales que han sido reconocidas al proceso de inconstitucionalidad, las que se despliegan en el marco constitucional establecido, entre las que tenemos la función ordenadora y pacificadora, que según este Colegiado,

“está orientada a crear certidumbre, estabilidad y seguridad respecto de los hechos que, directa o indirectamente, sean sometidos a su conocimiento o que puedan tener lugar como consecuencia de la expedición de sus sentencias”¹⁴³.

Pues es sólo en el ejercicio de estas funciones del control constitucional, que se logrará jurificar los conflictos sociales y políticos basándose en la propia Constitución, encontrando soluciones sustentables a los mismos.

Es de esta forma que se da contenido a la *praxis* del Tribunal Constitucional, en la garantía de las instituciones que subyacen al cuerpo constitucional y en la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales, lo que configura el parámetro básico de la labor jurídico-política concreta de la justicia constitucional. Así, al afirmarse el principio jurídico de la supremacía jurídica y valorativa constitucional y el rol del Tribunal Constitucional como supremo intérprete, se ve reforzado el principio político de la soberanía popular, que es la base material que da impulso al proceso de maduración democrático-constitucional.

B. EL PARÁMETRO NORMATIVO DE ACTUACIÓN

5. Necesidad de actuación del Tribunal Constitucional

Para que una demanda por inconstitucionalidad pueda ser resuelta por este Colegiado se requiere cumplir con

dos criterios básicos, los mismos que deben quedar claramente establecidos en este acápite de la sentencia.

Uno es que la norma materia de inconstitucionalidad posea un rango de ley. Otro es que el parámetro normativo que debe usar este Tribunal para resolver. A través de ambos se llegará a cumplir las tres funciones básicas del control constitucional abstracto: de valoración, pacificadora y ordenadora⁴¹.

6. La norma materia de inconstitucionalidad

En la Norma Fundamental, el proceso de inconstitucionalidad puede ser interpuesto:

"contra las normas que tienen rango de ley: ley"⁴².

Es decir, es correcto que en el presente caso se está impugnando el artículo 2 de una ley como es la 28374, con un objetivo básico, cual es

"la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa"⁴³.

De lo expresado, a partir de este reconocimiento expreso de la supremacía constitucional⁴⁴, se permite aseverar que la Constitución está alcanzando una calidad imprescindible de guía de las leyes que se emitan, a la luz de ser considerada como

"la realización de algo vivido, formador y conformador de la realidad histórica, pudiendo cumplir su función en la vida de la comunidad"⁴⁵.

Las funciones del control constitucional desarrolladas en los párrafos precedentes, para ser ejercidas necesitan que la demandan de inconstitucionalidad plantee con claridad la pretendida inconstitucionalidad. Es el caso que el recurrente peticiona la declaratoria de inconstitucionalidad parcial del artículo 2 de la Ley N° 28374, de lo que no se puede deducir que parte de la norma pretende impugnar, ni tampoco se desprende con claridad que si la inconstitucionalidad parcial está referida al primer o segundo párrafo de la norma, o a la disposición contenida en dicho artículo, supuesto éste último que no constituye una petición parcial de inconstitucionalidad.

7. La Constitución como norma jurídica y política

Tal como se señalara *supra*, para conectar correctamente realidad y norma es fundamental un sentido compacto de lo que la Constitución significa. Según la teoría institucional, una Constitución democrática ya no podrá pensarse

"como centro del que todo derivaba como irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger"⁴⁶.

El ámbito político de la Constitución, relacionada con el alto grado de consenso requerido entre las distintas fuerzas políticas y sociales de un país para aprobarla, intenta asimismo limitar el poder público para comprometerse con la vigencia de los derechos fundamentales. El intérprete no debe olvidarse de que toda Constitución

refleja un acuerdo político determinado y duradero⁴⁷, es decir, una fórmula de expresión ideológica que organiza la convivencia política en una estructura social y en un particular momento histórico rodeado de singulares características que, debido a la dinámica comunitaria, pueden variar, aunque la idea es que el acuerdo sea duradero.

Por tal razón, cuando este Colegiado resuelva las causas, no puede hacerlo tomando en consideración la Constitución simplemente como una norma jurídica, sino además entendiéndola también como una con un carácter político.

8. El desarrollo legislativo de la descentralización constitucional

Pero, aparte de la Constitución, también se debe resolver analizando las normas que la desarrollan. Por lo tanto, en el presente caso, tomando en consideración el modelo autonómico de descentralización, se ha venido a señalar que

"una actividad expresa postconstitucional, a través de la cual se efectuaría el desarrollo del correspondiente mandato de la Constitución, abriéndose de esta manera las puertas a las Comunidades Autónomas para que ejercieran, dentro de dicho marco básico, las competencias que hubieran asumido en sus Estatutos de Autonomía"⁴⁸.

Este tema es de capital importancia para el caso nacional. Es a través de leyes como las de descentralización y de gobiernos regionales, como el contenido de las normas constitucionales se ven concretizados y producen efecto a la luz del proceso que se ha iniciado hace unos años.

9. El parámetro en el proceso de constitucionalidad

Superado el primer criterio de la intervención de este Colegiado en la inconstitucionalidad de la Ley 28374, cabe un punto a ser analizado: cuál es el parámetro que debe utilizarse para determinar si una norma como ésta es constitucional o no.

Según el propio Código Procesal Constitucional,

"para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona"⁴⁹.

Por tanto, como parte del desarrollo de la parte de descentralización de la Constitución, se han dado una serie de normas que aparecen como pertinentes dentro del presente proceso en virtud de su reconocimiento explícito por parte de la Constitución⁵⁰.

10. El reconocimiento del bloque de constitucionalidad

Sobre todo, relacionando y armonizando la Constitución y el ordenamiento jurídico nacional, se puede entender como bloque de constitucionalidad todo el conjunto

de disposiciones que deben ser tenidas en cuenta para apreciar los vicios de constitucionalidad de una ley sujeta a su control.

De lo expresado se puede entender que el Tribunal Constitucional debe analizar la presente demanda a partir de un canon interpretativo integrado por las normas de la Constitución, y en tanto desarrollan su contenido, la Ley N.º 27783, Ley de Bases de la Descentralización y de la Ley N.º 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Esto es así, en mérito del principio de interpretación establecido en el artículo 79 del Código Procesal Constitucional, que ha sido señalado en el fundamento 8.

11. La resolución de un problema de índole constitucional

En conclusión, en el presente caso, el Tribunal deberá pronunciarse sobre la titularidad de la competencia controvertida entre el Gobierno Central y el Regional, tomando como base para su actuación la inconstitucionalidad de una ley.

"Pero a la vez la decisión sobre la validez de tal acto o norma puede producirse como consecuencia de un pronunciamiento previo sobre la titularidad de la competencia"^[14].

Para ello, el juez constitucional debe hacer uso de las técnicas interpretativas coadyuvantes

"a clarificar el sentido de los preceptos constitucionales y a concluir, por tanto, acerca de la titularidad efectiva de las competencias y los condicionamientos a su ejercicio"^[15].

En tal sentido, a través de la presente sentencia, este Colegiado debe determinar la inconstitucionalidad de una norma como la que está siendo sujeta a control, sobre la base en que su rango es legal y que se debe analizar según el bloque de constitucionalidad. Éste es el parámetro de actuación que debe existir.

VII. CUESTIÓN DE ADMISIBILIDAD

12. Legitimidad procesal activa, según una interviniente en la audiencia

Tras la solicitud por parte del defensor de la parte demandante del uso de la palabra a uno de los promotores de la demanda, el Presidente Regional de Lima Provincias, este Colegiado por principio de equidad consideró pertinente consentir, a pedido del demandado, la intervención de la Alcaldesa de la Municipalidad Provincial de Cañete para esclarecer los argumentos fácticos vertidos por el primero.

En su alegato, la alcaldesa criticó la actuación del promotor de la demanda de inconstitucionalidad, al señalar que no obstante accionar a título personal y en representación de más de 5 mil ciudadanos, había utilizado recursos públicos del Gobierno Regional de Lima, para lograr interponerla, así como para sufragar los gastos del abogado defensor. Esto fue lo que señaló:

"Se ha venido recolectando las firmas engañando a la gente... diciendo que esto es para defender los límites de

Cañete; no sabían que era para paralizar la inversión, y lo digo con testigos, porque firmó mi cuñada y mi sobrina...

Ahora lo que yo pregunto, no soy abogada, no se mucho de leyes, pero tengo entendido que el señor Mufarech presentó esta acción de inconstitucionalidad a título personal. Pero si lo presentó a título personal, por qué salió publicado en El Peruano con una resolución regional, pagándole al señor Anibal Quiroga más de treinta mil soles para la defensa del problema de límites. Y cuando lo hemos visto hoy día se presentó como Presidente de la Región"^[16].

Es así como este Colegiado toma conocimiento de la Resolución Ejecutiva Regional N.º 328-2004-PRES, dada en Huacho el 22 de diciembre de 2004.

13. Sobre la resolución de admisibilidad

Tras haberse presentado la demanda y luego de un estudio formal de la misma, este Colegiado resolvió admitirla

"Atendiendo a

Que la demanda satisface los requisitos formales de los artículos 101º y 102º de la Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional"^[17].

Esta providencia permite que en estos momentos se pueda estar resolviendo las cuestiones de fondo sobre la materia de la inconstitucionalidad. Sin embargo, tras las críticas vertidas en la audiencia respecto *almodus operandi* en que el demandante ha actuado en esta oportunidad, es necesario que este Colegiado señale algunas consideraciones al respecto.

14. Fin de la inconstitucionalidad y demanda

La demanda de inconstitucionalidad busca básicamente impedir que la indemnidad de la Constitución se vea afectada. Y, ¿cómo se logra ello? A través del control de las normas con rango de ley, según está expresamente señalado en la Constitución^[18].

De este axioma general se colige que no se puede presentar una demanda afectándose derechos fundamentales ni principios generales constitucionales. Es decir, no se puede buscar proteger la Constitución vulnerándola.

15. El derecho fundamental a la participación política de la nación

Cuando constitucionalmente se ha reconocido que

"toda persona tiene a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen el derecho, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, iniciativa legislativa y de referéndum"^[19].

se está señalando que cualquier persona puede promover la dación de una ley. Sin embargo, esta formulación positiva de iniciativa legal se debe ver complementada con la posibilidad -también constitucional- de que se declare su inconstitucionalidad, y retirarla del ordenamiento jurídico^[20]. Es así como a los ciudadanos también se le reconoce esta capacidad cuando se señala que

"están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones"^[21].

16. La participación política de la nación y recolección de firmas

Este derecho no puede verse vulnerado a la hora de la recolección de firmas, tal como lo ha venido a afirmar la Alcaldesa de la Municipalidad Provincial de Cañete.

Pese a no existir norma procesal constitucional expresa sobre la materia, cabe la posibilidad del Tribunal como supremo intérprete de la Constitución, solicitar a las autoridades competentes investigar sobre la materia conforme a Ley.

17. El correcto manejo de los fondos regionales

Según la Constitución, los gobiernos regionales tienen autonomía económica^[22]. De otro lado, se señala que estos están compuestos por diversos órganos, como son el Consejo Regional, la Presidencia y el Consejo de Coordinación Regional^[23].

De la conjunción de tales normas se puede comprender que tal capacidad de manejo económico no puede corresponder tan sólo a uno de los órganos en detrimento de los otros.

18. La titularidad para demandar por inconstitucionalidad de una ley

Como se ha dejado sentado, quien ha presentado la demanda de inconstitucionalidad, ha sido una pluralidad de más de cinco mil ciudadanos. Por más que el promotor de la demanda sea Miguel Ángel Mufarech Nemy, Presidente Regional de Lima, éste no la ha interpuesto utilizando el cargo que ostenta, sino en su calidad de ciudadano peruano, y con toda la defensa que la propia Constitución le ofrece.

En caso contrario, hubiese sido necesario la presentación de la

"certificación del acuerdo adoptado en el Consejo Regional de Coordinación Regional"^[24],

documento que no ha sido presentado y que no es necesario en virtud de la independencia del accionante con el Gobierno Regional de Lima. Para este Colegiado la demanda ha sido presentada correctamente por más de cinco mil ciudadanos.

19. El pago de los honorarios del demandante

Por lo tanto, relacionando el concepto de autonomía regional económica y la titularidad del derecho a demandar por inconstitucionalidad, no es posible pasar por alto, a criterio de este Colegiado, el hecho que sean las arcas del Gobierno Regional de Lima las que sufraguen los gastos de pago de los honorarios del demandante.

En una resolución Ejecutiva Regional, emitida a finales de diciembre del 2004 y firmada únicamente por Miguel Ángel Mufarech Nemy, al ser Presidente Regional de Lima, se señala lo siguiente:

"VISTOS; la Resolución Ejecutiva Regional N° 327-2004-PRES, el Informe N° 181-2004-GRL/SGRAJ a través del cual se sustenta la configuración del supuesto de servicios...

CONSIDERANDO;

Que, es necesario contratar el servicio de Asesoría Legal y Consultoría Especializada para la Procuraduría Pública Regional del Gobierno Regional de Lima para la defensa, análisis y conducción de todas las estrategias legales, judiciales, administrativas y constitucionales, para el inicio de cuanto proceso y/o acción en defensa de la intangibilidad y propiedad de las tierras eriazas, sus límites y extensión, que se encuentren dentro de la jurisdicción territorial del Gobierno Regional de Lima, específicamente entre las provincias de Cañete (Región Lima) y (Región Ica) hasta su finalización, incluyendo la solicitud y/o pedido de inconstitucionalidad parcial o total de toda norma legislativa y/o administrativa, general o particular, que afecte ese derecho directa o indirectamente;...

Que, el abogado Aníbal Quiroga León, acredita tener especialización en derecho constitucional y procesal constitucional, administrativo y judicial, para brindar la referida asesoría legal y consultoría especializada, dado que ejerce activamente la defensa especializada en materia constitucional y procesal constitucional, así como la docencia universitaria en dichas materias en prestigiosos Centros Superiores de Estudios, además de haber cursado estudios de especialización referidos a dichas especialidades, contando dentro de la cartera de clientes del Estudio "Aníbal Quiroga León & Abogados Soc. Civil R.L.", del cual es socio principal, con importantes entidades públicas y privadas; por lo que resulta procedente su contratación en vía de exoneración y bajo la causal de servicios personalísimos;...

Que, mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 327-2004-PRES se incluyó en el Plan Anual de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del Gobierno Regional de Lima, el proceso de Adjudicación Directa Selectiva para la contratación del servicio de Asesoría Legal y Consultoría Especializada en materia de derecho constitucional y procesal constitucional, administrativo y judicial, para la defensa, análisis y conducción de todas las estrategias legales, judiciales, administrativas y constitucionales, para el inicio de todo proceso y/o acción en defensa de la intangibilidad y propiedad de las tierras eriazas, sus límites y extensión, que se encuentren dentro de la jurisdicción del Gobierno Regional de Lima, específicamente entre las provincias de Cañete (Región Lima) y de Chincha (Región Ica); hasta su finalización, incluyendo la solicitud o pedido de inconstitucionalidad parcial o total de toda norma legislativa o administrativa, general o particular, que afecte ese derecho directa o indirectamente; por un valor de S/. 36,000.00 nuevos soles correspondientes a Asesoría Legal y Consultoría Especializada;...

SE RESUELVE:...

Artículo Segundo.- Ordenar la contratación del abogado Aníbal Quiroga León, como servicio personalísimos, de conformidad con el inciso h) del artículo 102 del T.U.O. de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 012-2001-PCM y normas modificatorias, hasta por la suma de S/. 36,000.00 nuevos soles, monto que incluye los impuestos de ley

Regístrese, publíquese y cúmplase.

Miguel Ángel Mufarech Nemy
Presidente^[25]

20. Subsistencia de la declaración de admisibilidad

Pese a lo señalado, y a la preocupación de este Colegiado por la actitud del demandante y su abogado, la declaración de admisibilidad de la demanda debe quedar consentida y no puede ser materia de cuestionamiento, razón por la cual es necesario en las siguientes líneas pronunciarse sobre el fondo de la presente causa.

VIII. FUNDAMENTOS DE FONDO

21. El análisis coherente de la descentralización regional

Es imprescindible que el Tribunal pueda resolver el presente caso según los parámetros constitucionales que le corresponden, sobre todo basándose en la norma sujeta a control de constitucionalidad.

A través de la demanda, los accionantes precisan que la norma es inconstitucional toda vez que

"el Gobierno Nacional pretende arrogarse de *motu proprio* una facultad que constitucionalmente le pertenece a los Gobiernos Regionales, especialmente al Gobierno Regional de Lima cuando el terreno al que se refiere en forma genérica la norma citada es el referido a la instalación de la Planta de Licuefacción del Gas Natural de Camisea, el cual se encuentra dentro de la jurisdicción del Gobierno Regional de Lima"^[26].

Por tanto, a lo largo de esta sentencia este Colegiado debe tratar de resolver la existencia o no de coherencia de la norma impugnada respecto a la Constitución, tanto desde un punto de vista material (relacionado con su correspondencia con el proceso descentralizador existente en el país, que será materia de los dos primeros acápite) como desde uno formal (relacionado con el cumplimiento de los requisitos exigidos para la dación de una ley, que será materia del último acápite).

A. LA VERDADERA NATURALEZA DEL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN

22. La descentralización como antinomia del centralismo nacional

Que hoy el Perú sea un país extremadamente centralista no es cosa del azar. Desde siempre, ha estado ligado a la fuerza centrípeta de una ciudad. Así, en el Incanato, Cuzco era la capital del Imperio, y considerada el 'ombligo del mundo'. Ya en el Virreynato, Lima, al lado del puerto del Callao, se convertía en el centro de Sudamérica, dejándose de lado a Cusco^[27], tal como sucede hasta ahora.

La causa del problema se encuentra, parece ser, en que el caudillismo nacional, unido a fuertes cimientos oligárquicos, ha impedido la consolidación de partidos y de las instituciones gubernamentales, dejando paso al poder unipersonalizado. Esto ha motivado el interés de las clases dominantes, política, económica y socialmente, en mantener la situación y su condición, a costa de la mayoría de los peruanos. Justamente eso fue lo que se vivió en los últimos años con el gobierno de Fujimori, en el cual se desmontaron las regiones del primer proceso descentralista iniciado, traspasándose funciones a los once Consejos Transitorios de Administración Regional - CTAR, dependientes del Ministerio de la Presidencia, como una forma marcada de 'recentralización' del poder.

Por eso, es interesante que el proceso descentralizador no sea truncado por los intereses gubernamentales anticonstitucionales. Es más, la etapa antidemocrática de la década pasada debe servir de lección para que las instituciones públicas, desde el rol que cumplen en el Estado, puedan hacer concurrir esfuerzos para cumplir los deberes que el Poder Constituyente ha establecido al Estado democrático y social de derecho, según la normatividad constitucional^[28].

§1. Modelo constitucional de la descentralización

23. La descentralización como autarquía, según el demandante

Partiendo de que la descentralización está relacionada con la capacidad de autogobierno de las entidades públicas, el demandante alega que en el ámbito administrativo

"tiene vinculación con el concepto de autarquía y supone la necesidad del Estado Central de delegar funciones específicas en órganos con capacidad suficiente para administrarse a sí mismos" aunque no se puede decir que "existe en términos absolutos"^[29].

En términos nacionales, la descentralización debe significar

"un proceso que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país"^[30].

24. El fin de la ley es descentralizador, según el demandado

Con el fin de contradecir los argumentos vertidos por el demandado, en la contestación de la demanda se precisa que

"en uso de competencias a las que no puede renunciar el Parlamento, se establecen los parámetros para garantizar, en caso de conflictos limítrofes, no sólo la administración de los predios sino también los objetivos y principios del proceso descentralizador a cargo de los gobiernos regionales"^[31].

25. El modelo de poder de la matriz

El poder en un Estado con gobiernos diferenciados debe ser analizado según el grado de relaciones entre ellos, de acuerdo a la naturaleza estatal. En una versión original, el modelo impuesto era el de la pirámide del poder, según

el cual en una versión jerárquica del centro-periferia, permitía el control desde la cúspide o núcleo del Estado y del gobierno sobre sus contornos y entes inferiores, tal como ha sido práctica constante en el país, según se acaba de comentar. La búsqueda de democratización implicaba relaciones más directas y de coordinación entre el centro y la periferia.

Sin embargo, las nuevas necesidades del Estado y de la población han impulsado la existencia de un modelo de la matriz, el mismo que debe ser contemplado

“sustituyendo a los niveles o ámbitos jerárquicamente más ‘altos’ y más ‘bajos’ de la pirámide por niveles o ámbitos más extensos o más reducidos cuya extensión no sugiere diferencias en su respectiva importancia sino más bien por su aptitud o idoneidad para desempeñar ciertas tareas o funciones. Una vez que se han convertido en instituciones marco o instituciones delimitadoras, los gobiernos ya no se prestan tan fácilmente a la reificación sino que más bien pueden cambiarse... Abundando en este sentido, dado que todas las autoridades son en definitiva agentes del pueblo, ninguna de ellas puede pretender ser soberana sobre las restantes, sean estas contempladas como los distintos pueblos o como los otros gobiernos”^[32].

A partir de esta nueva configuración, el Estado peruano debe buscar identificar las correctas relaciones de los estamentos del poder sobre la base del proceso de descentralización puesto en marcha. Este elemento de distribución del poder es trascendente para determinar la constitucionalidad o no de la Ley 28374.

26. El modelo de descentralización adoptado

Son diversos los modelos de descentralización existentes en el Derecho Comparado. Se pueden encontrar las regiones en Italia o las autonomías en España, como esquemas de Estados Unitarios, además de los clásicos modelos de Estados Federales, como puede ser el de Estados Unidos o el de Alemania (con los Länder federados). Perú adoptó, para aplicar su descentralización, el modelo de la regionalización.

Lo que debe quedar claro es la vocación de dotar a los ámbitos internos de un Estado de algún tipo de autonomía, significa transitar entre opciones distintas pero que tienen puntos en común, tanto así que ellas servirán para explicar algunos elementos que son componentes esenciales en el desarrollo de la descentralización peruana.

27. Las virtudes del proceso de descentralización

El Perú, un país con un fuerte arraigo centralista, recientemente ha ingresado en el segundo gran proceso descentralista de su historia republicana, hecho de relevancia indudable. Por eso, para que este proyecto tenga viabilidad y no se constituya en un fracaso anunciado, debe ser entendido y conducido bajo los principios de esperanza y de responsabilidad.

Todo este modelo se enmarca en la configuración de un Estado constitucional de democracia, el mismo que integra contenidos sociales con la búsqueda consecuente de

conciliar los intereses de la sociedad. Por eso el proceso descentralizador requiere un Estado sólido y coherente con

“dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social”^[33].

28. El objetivo esencial de la descentralización

Partiendo de que la descentralización

“es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país”^[34],

debe considerarse como

“finalidad el desarrollo integral, armónico y sostenible del país, mediante la separación de competencias y funciones, y el equilibrado ejercicio del poder por los tres niveles de gobierno, en beneficio de la población”^[35].

De esta forma, y esto debe estar en correlación con los intereses del Estado, tal como se puede observar en el caso concreto, la descentralización debe ser entendida como una situación

“en la que la adscripción de la ejecución de los fines públicos se otorga principalmente a personas jurídicas distintas del Estado, y en este caso favoreciendo la participación de la colectividad en el poder público como modo de reestructuración de competencias realizada en favor de las Entidades más próximas a los ciudadanos”^[36].

29. Las dificultades del proceso de descentralización

Esta empresa de reconocimiento constitucional es asaz difícil por la ya destacada tradición centralista el Perú. Se ha de buscar la creación de un Estado unitario y descentralizado, como medio de racionalizar y democratizar el poder, buscándose así el respeto del pluralismo, pues

“el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”^[37],

Desde esta perspectiva, no es imposible señalar que es

“atendiendo al objetivo primordial del proceso descentralizador (el desarrollo integral del país) que es posible reconocer los límites del mismo y, por ende, del carácter autonómico de las distintas regiones”^[38].

Es así como la autonomía descentralista de los estamentos estatales, podrá entenderse como

“ámbito de poder propio pero limitado en cuanto parte integrante del poder total representado por el Estado globalmente considerado, es decir, el ordenamiento

general y originario desde esta perspectiva (de cuyo reconocimiento extrae el poder autónomo su existencia y legitimidad)¹³⁹¹.

Ante la incertidumbre y escepticismo inicial sobre el éxito de este proceso, todos los organismos del Estado, entre los cuales debe ubicarse este Colegiado, debe buscar su éxito, y éste es el sentido que debe guiar la presente sentencia.

§2. Las autonomías en los gobiernos

30. La base de la autonomía competencial para las regiones, según el demandante

La política permanente del Estado en materia de descentralización, permite al demandante afirmar que

“una forma de expresión de esta autonomía competencial en materia económica y administrativa es permitir que los Gobiernos Regionales puedan administrar por sí mismos sus bienes y rentas, según los parámetros establecidos por su propia ley orgánica. Dicha norma ha establecido que los Gobiernos Regionales (y en específico el Gobierno Regional de Lima) tienen como competencia exclusiva la administración y adjudicación de los terrenos eriazos de propia del Estado en su jurisdicción, con excepción de los terrenos de propia municipal”¹⁴⁰¹.

31. La descentralización no puede entenderse como autarquía, según el demandado

Partiendo de una distinta forma de analizar la unidad estatal, el demandante ha alegado que

“tampoco puede suscribirse lo afirmado por el demandante cuando confunde contradictoriamente los conceptos de autarquía y autonomía de las entidades descentralizadas”¹⁴¹¹.

32. La definición de autonomía

En la Ley de Bases de la Descentralización se ha llegado a proponer una definición para autonomía, la misma que debe ser entendida como una garantía institucional¹⁴²¹ que indica que

“es el derecho y la capacidad efectiva del gobierno en sus tres niveles, de normar, regular y administrar los asuntos públicos de su competencia. Se sustenta en afianzar en las poblaciones e instituciones la responsabilidad y el derecho de promover y gestionar el desarrollo de sus circunscripciones, en el marco de la unidad de la nación. La autonomía se sujeta a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional respectivas”¹⁴³¹.

Para hacerlo más claro aún, este Colegiado ha venido a señalar que

“la autonomía es capacidad de autogobierno para desenvolverse con libertad y discrecionalidad, pero sin dejar de pertenecer a una estructura general de la cual en todo momento se forma parte, y que está representada no sólo por el Estado sino por el ordenamiento jurídico que rige a éste”¹⁴⁴¹.

Lo importante del actual proceso descentralizador es que la autonomía ha sido revisada para el caso de todos los gobiernos reconocidos. Es decir, tanto el Gobierno Nacional como el Regional y el Local poseen autonomía a nivel del Derecho Público Interno, pero sólo el Gobierno Nacional detenta la soberanía a nivel del Derecho Público Internacional.

33. La autonomía nacional

Básicamente la autonomía está relacionada con la actuación del Gobierno Nacional. Entonces, pese a la diversidad de gobiernos reconocida, el Estado se presenta como uno e indivisible¹⁴⁵¹, y si bien se propugna el inicio de la descentralización, ésta sigue tal proceso respetando dicha unidad estatal y sin posibilidad de afectarla.

El gobierno nacional se sustenta en los tres clásicos poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), así como en diversas instituciones constitucionalmente protegidas. De otro lado, todo Estado para su subsistencia debe tener una posibilidad real de poseer ingresos suficientes para realizar las labores que le competen. Sin embargo, el Presupuesto de la República, que depende el Congreso deberá buscar un gasto descentralizado y diferenciado.

34. La autonomía regional

Un elemento básico que se ha considerado inteligentemente para que realmente las regiones puedan funcionar y tengan realidad social es su autonomía:

“Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia”¹⁴⁶¹.

La autonomía política se traduce básicamente en la elección de sus representantes¹⁴⁷¹, así como en la elaboración del Plan de Desarrollo Regional¹⁴⁸¹, en virtud de la cual ejercen funciones ejecutiva y normativa. En esta última se percibe la posibilidad de autonomarse.

De otro lado, la autonomía económica es esencial para las regiones, puesto que sin rentas propias y sin una reserva presupuestal mínima, su actuación sólo podría llegar a mostrarse como aparente. Por eso, con un mandato constitucional y legal claro, se han establecido los bienes y rentas que le corresponden a las regiones¹⁴⁹¹.

Esta definición de autonomía está subyacente en todo el debate que se ha formulado a lo largo de la presente sentencia, pues es el Gobierno Regional de Lima el que asevera que la intromisión supuesta del Gobierno Nacional se encontraría afectando su autonomía, y por tanto sus competencias.

35. La autonomía municipal

En el Perú, el gobierno local recae sobre las Municipalidades, que ejercen su autoridad sobre un ámbito territorial denominado Municipio. Su tema central se puede considerar que es urbano y local:

“promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad,

en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo”¹⁵⁰¹.

La autonomía, en un triple sentido (política, económica y administrativa) ha sido reconocida constitucionalmente¹⁵²¹. La administrativa nos permite observar que en la actualidad se reconocen dos niveles en el gobierno local: el provincial y el distrital, cuyas funciones debidamente delimitadas¹⁵²¹. Adicional y excepcionalmente, por creación legal, se puede crear un gobierno delegado municipal¹⁵²¹. Dotarle de autonomía política ha sido una innovación de la Constitución de 1993 respecto a la de 1979. Dentro de los órganos que integran las Municipalidades, están el Consejo Municipal y la Alcaldía. Con respecto a la autonomía económica, sus ingresos están claramente establecidos en la Constitución¹⁵⁴¹, y desarrollados legalmente. Tampoco se les reconoce la potestad tributaria.

De esta forma,

“los órganos del municipio pueden tener competencia también para establecer normas generales que no tendrán el nombre de leyes, pero que lo serán en el fondo, desde el momento que habrán sido establecidas por el cuerpo colegial representativo, por un concejo municipal o ayuntamiento elegido por los vecinos del municipio”¹⁵⁵¹.

36. La autonomía y competencias

Así concebido el país, es interesante que el presente caso se pueda respetar, a partir de la autonomía nacional, sobre todo en el ámbito parlamentario, reconocer y respetar la autonomía regional. Los parámetros de esta última deben fijarse de manera correcta, a partir de una distribución de competencias circunscripta, la cual debe basarse en los criterios de unidad y subsidiariedad.

Para este Colegiado, autonomía no puede ser confundida con autarquía, por más que puedan desenvolverse con plena libertad en los aspectos administrativos, económicos y políticos. La autonomía debe ser realizada con pleno respeto del ordenamiento jurídico toda vez que

“no supone autarquía funcional al extremo de que, de alguna de sus competencias pueda desprenderse desvinculación parcial o total del sistema político o del propio orden jurídico en el que se encuentra inmerso cada gobierno municipal. En consecuencia, no porque un organismo sea autónomo deja de pertenecer al Estado, pues sigue dentro de él y, como tal, no puede apartarse del esquema jurídico y político que le sirve de fundamento a éste y, por supuesto, a aquél”¹⁵⁶¹.

37. El verdadero alcance de la autonomía regional

Es decir, la norma constitucional que reconoce la autonomía regional, al igual como este Tribunal lo ha reconocido respecto a la municipal, debe ser entendida en el sentido que

“tal capacidad para regirse mediante normas y actos de gobiernos se extiende a todas aquellas competencias que constitucionalmente le hayan sido atribuidas.

Sin embargo, ello no quiere decir que el desarrollo y ejercicio de cada una de éstas pueda realizarse, siempre y en todos los casos, con idéntica intensidad de autonomía. Es constitucionalmente lícito modularlas en función del tipo de interés que con su ejercicio se persigue. La Constitución garantiza a los gobiernos locales una autonomía plena para aquellas competencias que se encuentran directamente relacionadas con la satisfacción de los intereses locales. Pero no podrá ser de igual magnitud respecto al ejercicio de aquellas atribuciones competenciales que los excedan, como los intereses supralocales, donde esa autonomía tiene que necesariamente graduarse en intensidad, debido a que en ocasiones de esas competencias también coparticipan otros órganos estatales¹⁵⁷¹.

Por tanto, los intereses nacionales deben llegar a modular la eficacia de la autonomía regional, más aún si se tiene en cuenta que ésta está sujeta a parámetros constitucionales que le dotan de validez y eficacia.

Es así como debe entenderse en el presente caso la autonomía del Gobierno Regional de Lima. No se puede pretender argumentar la autonomía como si fuera un elemento casi de soberanía. Las regiones poseen un papel trascendente en la descentralización, tal como se observará *infra*, pero ello no puede dar lugar a un abuso de su posición constitucional.

§2. Regionalización y descentralización

38. Las regiones como parte de la descentralización

Como parte del proceso descentralista, existirá una nueva configuración territorial del país. En este marco, aparecen las regiones, las mismas que se presentan como unidades geoeconómicas sostenibles, y cuya creación se ha realizado

“sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, cultural, administrativa y económicamente, conformando unidades geoeconómicas sostenibles”¹⁵⁸¹.

De esta forma, estas nuevas formas de gobierno permiten el arbitrio del manejo y organización interna de una circunscripción territorial, y en esta primera etapa estarán igualadas a lo que históricamente han sido los departamentos, división administrativa básica del Estado.

39. El objetivo regionalizador

Así, para el Tribunal Constitucional

“el reconocimiento, respeto y promoción por parte del gobierno central de la autonomía política, económica y administrativa de los gobiernos regionales, es consubstancial al principio reconocido en el artículo 43° de la Constitución, según el cual el gobierno es descentralizado”¹⁵⁹¹.

La regionalización es un componente básico del proceso democrático del Estado, encaminado a institucionalizar un pluralismo político de base territorial; supone la distribución, el reparto y la difusión del poder del Estado por el territorio nacional. En tal proceso, la recuperación

de las libertades perdidas es recobrar el protagonismo de su propia historia y una normalización de la vida política de los pueblos. Los procesos de regionalización y autonomía pueden contribuir a garantizar el derecho de los pueblos al reconocimiento de sus particularidades culturales e históricas. Pueden asegurar una mejor adecuación de la acción del Estado a las peculiaridades de los territorios o regiones.

40. La real dimensión de la descentralización y regionalización

En la base de la descentralización existen dos fundamentos: uno político, democratizado; y, otro técnico, de eficiencia en las prestaciones de los servicios públicos, tal como se ha venido a explicar en doctrina:

la descentralización "no sólo es un instrumento democratizador del poder y una garantía para la libertad, sino que, además, puede suponer una mejor técnica de organización para resolver los asuntos públicos"^[60].

Pero tampoco se puede creer que con la sola descentralización y regionalización se van a solucionar rápidamente los problemas que aquejan al país, sino es una propuesta para la mayor participación de la sociedad y de mayor eficiencia en la solución de dificultades estructurales tan graves y complejas como las que se viven. Además, no hay que soslayar que en sede legal se ha reconocido que este proceso debe ser realizado a la luz de los principios de dinamismo^[61] y de irreversibilidad^[62].

B. LOS PRINCIPIOS ELEMENTALES DEL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN

41. Dualidad de principios

Para poder entender correctamente el proceso de descentralización, y dentro de él, la regionalización, es necesario reconocer que cualquier tipo de análisis que se realice de las autonomías que se le reconoce con el subsecuente reparto de competencias, debe respetar de un lado, la unidad del Estado peruano como marco que guíe el proceso, y la subsidiariedad como criterio que guíe la disquisición funcional entre los distintos gobiernos existentes.

§1. El principio unitario del Estado

42. La descentralización frente al Estado unitario, según el demandante

Para el demandante

"el Estado Peruano es un Estado Unitario que dentro de los últimos años ha estado implementando -a través de un proceso gradual- la descentralización administrativa de su organización interna a través de diversos entes autárquicos denominados Regiones (éstas de reciente data) y Municipalidades, quienes mantienen una serie de competencias internas propias distintas (de índole política, funcional y fiscal) al denominado Estado Central"^[63].

43. El Estado es uno con una sola soberanía, según el demandado

Frente a ello, el demandante precisa que

"suponer la existencia Estados con varias soberanías, ya que eso es un imposible jurídico que atenta contra la propia naturaleza del poder estatal que, para poder serlo, tiene que ser siempre uno, indivisible y supremo, cualidad infaltable para gozar de la condición de Estado soberano, independientemente de su forma de descentralización"^[64].

44. El gobierno nacional como unitario

El Estado de nuestro país es unitario, pero a la vez, con un gran compromiso hacia el futuro: su descentralización, tal como se presenta en la Constitución: "Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado"^[65].

Por tanto, por más descentralización que exista el gobierno no puede dejar de ser unitario. La consecuencia de una afirmación como ésta es trascendente para configurar el tipo de Estado que es el Perú. Para no dejar dudas al respecto, se ha señalado que

"el territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación"^[66].

45. El significado constitucional de la unidad estatal

Y es en ese sentido, que puede recurrir al Derecho Constitucional comparado como un quinto método de interpretación, en la medida que se torna en una herramienta explicativa necesaria, pues es en el conocimiento de esa diversidad de repuestas en el contexto de procesos de descentralización, que se podrá establecer los criterios y pautas que deben determinar el análisis del juez constitucional en cada caso en concreto.

En el contexto actual puede hablarse de

"la homologación de las soluciones técnicas, con la notable aproximación de los mecanismos formales empleados para hacer posible el reparto de competencias y permitir su ejercicio, articulando los poderes separados en un sistema único capaz de funcionar con eficacia"^[67].

En este marco, la unidad estatal constituye el fundamento de la organización y marcha de la estructura del Estado peruano. Respetando su contenido, existe una redistribución funcional y territorial. Es así como se subordina el principio de jerarquía normativa al de competencia: la unidad prima sobre la diversidad.

En tal sentido, el Gobierno constitucional del Perú no puede verse soslayado por una autonomía excesiva que quieran arrogarse las regiones. Por lo tanto, el Gobierno Regional de Lima no está en capacidad de discutir la unidad del Estado, ni tampoco afectar, por una interpretación incorrecta de la misma, su indemnidad.

46. La diferencia con el sistema federal

Frente al sistema unitario del Perú, existe uno federal. Esta forma de organización política evidencia un alto grado de relación entre integración y autonomía en la sociedad y en la política. Para entender el federalismo se debe partir de la idea de que no hay un modelo único, pues sería un contrasentido. Así, la esencia del federalismo está en la creación de instituciones y procesos que permitan alcanzar una unidad política que acomode y aumente la diversidad durante la solución de los problemas de la vida diaria, en los cuales la democracia, entendida como el gobierno del pueblo, signifique autogobierno. Su objeto se centra en que las naciones-estado como autoridades soberanas y unitarias no pueden gobernar con eficiencia a las sociedades complejas y diversas. Éstas requieren sistemas flexibles y dinámicos de gobierno descentralizado.

En los países que adoptan este sistema, la presunción de la unidad estatal no es de competencia del Estado Federal, sino más bien de los Estados federados (llamados Lãnder en Alemania), sobre la base de una delicada atribución de competencias. No obstante tal aseveración,

“el reparto competencial de las funciones de soberanía entre la Federación y los Lãnder parte en general de una esfera de acción de los Lãnder fundamentalmente unitaria e idéntica... El contenido de las competencias de los Lãnder no resulta únicamente de esta disposición, sino -como ‘competencia residual’- una vez deducidas las (en general unitarias) competencias federales, y a lo que tendría que añadirse las competencias estatales fundadas en disposiciones constitucionales específicas (p. ej. Constataciones de competencias del TC)”^[68].

Este esquema se ve trastocado claramente en un Estado unitario, como es el peruano, pues en el país no son las regiones (como sí lo son los Lãnder) los que poseen la ‘competencia residual’ de la unidad estatal, sino más bien al Gobierno Nacional.

47. Gobierno unitario frente a la descentralización

Para zanjar la cuestión, el Tribunal Constitucional ha marcado su posición. Sobre la base de los límites que deben regir al proceso de descentralización, ha llegado a precisar que

“el objetivo principal de dichos límites que, a su vez, actúa como principio informante de toda política descentralizadora, es el reconocimiento de la unicidad e indivisibilidad del Estado.

En efecto, Estado unitario e indivisible de gobierno descentralizado no son, en absoluto, conceptos contrapuestos”^[69].

Por tal razón, la democratización política del gobierno central y su administración constituyen condición ineludible para lograr el desarrollo descentralista, así como la satisfacción de las necesidades urgentes que sean materia de su competencia. De lo expuesto se colige que la unidad es la regla, y la descentralización es la excepción.

48. Primacía del principio unitario

Cuando un tema es de importancia nacional, surge con toda su fuerza la unidad del Estado, permitiendo la autonomía regional.

Sobre todo el ámbito en el que se desarrolla la descentralización es administrativo, y en cierta forma territorial, judicial y legislativa. Pero es el Estado la unidad que mantiene la función legislativa básica con el fin de mantener la unidad del país. Hablando en estricto del tema legislativo, éste compete al Congreso de la República, salvo en las materias que el bloque de constitucionalidad demande para los gobiernos regionales y municipales.

Por más que la cláusula de residualidad no está expresamente reconocida en la Constitución, a diferencia de lo que sucede en ordenamientos comparados. No obstante esta aseveración, a partir del principio de unidad analizado, cabe señalar que las competencias regionales sólo serán aquellas que explícitamente estén consagradas en la Constitución y en las leyes de desarrollo de descentralización, de modo que lo que no esté señalado en ellas, corresponde a la competencia exclusiva del Gobierno Central.

§2. El principio de subsidiariedad

49. El principio de cercanía para subsidiariedad, según el demandante

A partir del principio de subsidiariedad, el demandante precisa que ésta asume que

“el proceso de descentralización debería tener en consideración que el manejo eficiente de recursos del Estado debería partir de las entidades más idóneas para ello, como en el caso del Gobierno Regional de Lima”^[70].

50. El interés nacional y la necesidad pública

El tema hidroenergético es uno que mayor trascendencia tiene en el mundo de hoy. Por tal motivo, no es ilógico que se haya señalado en la ley:

“Declárase de interés nacional y necesidad pública la instalación y operación de Plantas de Procesamiento de Gas Natural, de conformidad con la Ley N° 28176”^[71],

tanto así que se ha permitido la modificación de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, en el sentido que

“mediante contrato-ley, el Estado podrá otorgar a las plantas de procesamiento de gas natural, los beneficios que la presente Ley y sus normas reglamentarias conceden”^[72].

51. El concepto de subsidiariedad

La subsidiariedad es un principio íntimamente ligado con el tema descentralizador, y aplicable a la determinación correcta de competencias funcionales entre el órgano nacional, regional o autonómico.

Sobre esta base, un principio institucional organizativo como es la subsidiariedad

"exige la atribución de competencias y responsabilidades públicas a las autoridades más próximas a los ciudadanos, que se encuentren en condiciones de ejercerlas, principio que enlaza de modo claro con la exigencia de que los intereses colectivos de ámbito estrictamente local sean expresados por quienes tienen legitimación para ello"^[73].

Sin embargo,

"el principio de subsidiariedad no siempre se encuentra inserto en el texto... se trata muchas veces de orden doctrinario"^[74].

Por lo tanto, y de inicio, este principio tiene por objeto garantizar una toma de decisión lo más cerca posible del ciudadano, comprobándose constantemente que la acción que debe emprenderse a escala nacional se justifica en relación con las posibilidades que ofrece el nivel regional o local.

52. La proporcionalidad en la determinación de subsidiariedad

No obstante estas nociones generales, la subsidiariedad solamente tendrá validez constitucional si está estrechamente vinculado a los principios de proporcionalidad y de necesidad que suponen que la acción del Estado no debe exceder lo que es necesario para lograr los objetivos de la Constitución.

Es decir, una materia solamente podrá ser asignada al gobierno más próximo a la sociedad si a partir del análisis de la competencia discutida, esta concesión favorece realmente a la población en un triple sentido:

- el propósito de la asignación debe ser congruente con los fines de la Constitución, adecuándose la solución concreta a los principios básicos de la descentralización.

- la solución arribada debe ser la más efectiva y adecuada admisible, pues tal prescindibilidad significa elegir entre las medidas posibles, la 'más benigna'

- racionalmente, tal determinación de contenidos no debe afectar el funcionamiento de alguno de los gobiernos existentes, por lo que se buscará la conveniencia constitucional del resultado al cual se llegue.

53. Correlación entre subsidiariedad y unidad

Como se ha venido señalando, la unidad estatal constituye el fundamento de la organización y marcha de la estructura del Estado peruano. Respetando su contenido, existe una redistribución funcional y territorial. Es así como se subordina el principio de jerarquía normativa al de competencia: se reconoce la diversidad dentro de la discrecionalidad.

A partir de un concepto como el de unidad estatal, se prevé una suerte de cláusula residual, que en caso de duda razonable sobre la titularidad de la competencia, ésta se determina a partir de un test de la competencia, la misma que será analizada *infra*, pero que se debe establecer a partir del bloque de constitucionalidad (Vid. Acápite VI). Pero el criterio básico relacionado con la

unidad y las atribuciones nacionales, y su preferencia, es determinar si la materia es de interés general del Estado. Y esto es un elemento trascendente en la resolución del presente proceso de inconstitucionalidad.

De todas formas,

"hay que tener presente que no se trata solamente de acerca el gobierno a los administrados, con una descentralización puramente burocrática y administrativa, sino que se trata de que los administrados puedan participar en las funciones de gobierno"^[75].

54. Reversión de la subsidiariedad por cercanía

Como se ha podido analizar, la subsidiariedad está en íntima relación con la mayor cercanía del gobierno con la población. Sin embargo, esta normatividad varía de lógica, cuando un interés mayor de la nación se encuentra involucrado en el caso concreto.

Por tanto, ¿puede una empresa privada realizar una actividad de interés nacional y necesidad pública, que a la vez determine la calidad de una ley de carácter especial? La respuesta no es absoluta.

Cuando el Estado es el que realiza una actividad o presta un servicio público es mucho más fácil determinar la importancia estatal de su actividad. Es más, se presume esta calidad. Sin embargo, cuando es una entidad privada quien actúa, por más trascendencia que tenga su intervención, debe realizarse un estudio razonable de su diligencia a fin de determinar si su actividad cumple o no con el carácter de 'interés nacional y necesidad pública'.

Para llegar a determinar una respuesta correcta, en la doctrina se ha venido señalando que

"no hay que confundir la organización de un servicio que normalmente se somete al Derecho público (normalmente y no siempre, pues cabe utilizar subrogatoriamente el Derecho privado) con su explotación, sometida al Derecho privado. La actividad económica queda, por lo tanto, encuadrada dentro de la actividad privada, con todas las consecuencias derivadas de ello"^[76].

55. El papel de la empresa privadas en las plantas de gas licuado

Tal como ya lo ha expresado claramente este Colegiado *supra*, en este punto se debe dejar de lado la abstracción de la ley, permitiéndose analizar un caso concreto, según lo llegara a proponer la parte demandante^[77]. Además se debe tomar cómo la Constitución es una norma jurídico-política y en tal sentido debe procurar el desarrollo de la nación y su bienestar general, al ser un fin primordial del Estado^[78].

Según la actividad que cumple en el desarrollo del país, la actividad de la empresa Perú LNG, por más críticas que exista sobre su real solidez económica, es de interés nacional, y se subroga en el lugar del Estado para cumplir con una actividad que es necesaria para que el gas de Camisea pueda llegar a sus destinatarios reales: la población peruana.

No obstante lo señalado, el Gobierno Nacional debe tomar todas las providencias del caso para asegurarse sobre la estabilidad financiera de la mencionada empresa, a fin de que la nación no se vea perjudicada con una inversión inadecuada o desproporcionada con la magnitud de la obra requerida, y que ha creado tanto interés en la población.

56. La finalidad de mantener la substancia del Estado

Pese a existir la subsidiariedad, se puede asumir que en un gobierno unitario existe una presunción de competencia a favor del Gobierno Nacional, a diferencia de lo que sucede en el Gobierno Federal, donde la presunción de la titularidad de las competencias reside en los gobiernos de cada Estado federado.

El interés público nacional es la pauta que guía la relación entre unidad y subsidiariedad. Es así que la cercanía como base de la subsidiariedad se revierte en el ámbito del interés nacional, y esto es lo que se debe analizar para determinar la validez o no de una ley como la 28374, que se autoproclama como seguidora de tal fin.

C. EL REPARTO DE COMPETENCIAS

57. La verdadera magnitud de los efectos de la ley

La unidad estatal y la descentralización están integradas en la Constitución y las leyes que la desarrollan, permitiendo que la población sea la favorecida con miras al bienestar general de la población. De esta forma,

“es la aplicación armónica de dichos principios la que permite al Estado cumplir con uno de sus deberes primordiales; a saber, ‘la promoción del desarrollo integral y equilibrado de la Nación’ (artículo 44° de la Constitución)”^[82].

Sin embargo, para el demandante

“sustentar la validez constitucional de una norma semejante como la cuestionada, es generar implícitamente un retroceso en el proceso de descentralización del país”^[83].

Por tal motivo, sobre la base de los elementos expuestos *supra*, es posible analizar la cuestión concreta de la ley siguiendo los principios que sustentan la Constitución.

§1. La distribución competencial

58. La competencia exclusiva de las regiones, según el demandante

Refiriéndose al caso concreto, el demandante propugna la tesis que la zona donde se instalará la ‘Planta de Licuefacción de Gas Natural provenientes de los yacimientos de Camisea’ corresponde al Gobierno Regional de Lima, puesto que éste

“tiene la competencia exclusiva de administrar y adjudicar los terrenos urbanos y eriazos de administrar y adjudicar los terrenos urbanos de propiedad del Estado, con excepción de aquellos de propiedad municipal ubicados en la jurisdicción de la Municipalidad de Lima”^[84].

59. La ley cumple seis fines descentralizadores, según el demandado

Más allá del problema limítrofe entre Lima e Ica, a través de la ley materia de la inconstitucionalidad, el demandante alega que ésta es correcta por los siguientes motivos:

“a) A nivel político, la Ley N.° 28374 garantiza la unidad y eficiencia del Estado al establecer una adecuada relación entre los gobiernos regionales que mantienen conflictos de límites y permite canalizar las disputas por cauces institucionales, a fin de garantizar la formación de gobiernos regionales sólidos, como lo quiere el inciso d) del artículo 6 de la Ley N.° 27783.

b) En el plano económico, permite la competitividad de las regiones al garantizar la disposición de la infraestructura económica y social necesaria que promuevan la inversión. Permite la potenciación del financiamiento regional al conjurar una incertidumbre jurídica que impide la inversión a gran escala.

c) En el plano administrativo, ofrece soluciones destinadas a otorgar garantías de los actos administrativos a fin de asegurar la provisión de los servicios públicos, pues en virtud del principio de las competencias compartidas en materia de energía e hidrocarburos, el gobierno nacional mantiene la administración de los predios hasta que se dirime el conflicto limítrofe.

d) Es democrática, porque establece compensaciones extraordinarias para el gobierno regional perjudicado, si una vez realizada la demarcación territorial, el terreno en disputa no es ubica en su jurisdicción. También porque el dinero que el gobierno nacional recibe por la venta de los terrenos que administra, son transferidos al gobierno regional que por la delimitación territorial aparece como propietaria de dichos terrenos, con lo cual se da estricto cumplimiento al inciso j) del numeral 1 del artículo 10 de la Ley N.° 27867.

e) La ley contribuye al desarrollo integral y sostenible de regiones que tienen problemas de límites.

f) La ley es equitativa, porque promueve la igualdad de acceso a las oportunidades de los sectores sociales ubicados en los límites fronterizos entre una región y otra”^[82].

60. La competencia territorial y funcional

Por tanto, se ha llegado a configurar la competencia sobre la base de atribuciones por el tipo de función (competencia de función), por el tipo de materias atribuidas (competencia *ratione materiae*) y por el ámbito de territorio (competencia territorial)^[82].

Entonces, sobre la base del doble juego de la regla de competencia, ésta existe principalmente sobre la base de la *ratione materiae* y de la *ratione territorii*, lo cual motiva aceptar que una competencia regional

“alcanza, en principio, hasta donde llega el territorio al que se extiende su jurisdicción y qué se detiene, justamente, en la frontera de dicho territorio”^[84].

Cabe señalar que efectivamente la distribución de competencias supone respuestas desiguales y variables según el tiempo y lugar, ya que,

“la vida económica y social, los factores militares y geográficos, todo ello influirá en la determinación de cada arreglo en particular”^[85],

mas este tipo de consideraciones debe entenderse en sus justos límites. Ello, en la medida que la definición constitucional de las competencias, al dejar abierta superposiciones e interconexiones entre las distintas instancias de gobierno, toma una serie de pautas jurídicas de interpretación, para evitar disfunciones en el desenvolvimiento del aparato público.

61. El *test* de la competencia

Para determinar de manera correcta, qué competencia corresponde a cada órgano constitucional, el intérprete debe remitirse a un *test* de la competencia^[86].

En primer lugar se debe analizar el principio de unidad, ya estudiado *supra*. Luego, se debe pasar propiamente al análisis del principio de competencia. A partir de este último, se debe utilizar tres fórmulas congruentes con la búsqueda de la certidumbre competencial, las mismas que están relacionadas con la lista de materias (se refiere a la lista pormenorizada explicada en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad) y las cláusulas generales (está relacionada con el reparto de funciones generales entre los distintos órganos constitucionales^[87]):

- Competencias exclusivas: Son materias asignadas en exclusividad a favor de organismos constitucionales, ya sea de manera positiva (de manera directa) o negativa (si se impide su delegación).

- Competencias compartidas: Son materias divididas en determinadas áreas de atención, repartiéndose responsabilidades entre dos o más niveles de gobiernos, actividad coherente con la noción de cooperación entre los organismos constitucionales autónomos^[88].

- Competencias concurrentes: Son materias que dan lugar a que dos o más órganos asuman funciones específicas comunes, existiendo una relación complementaria de tutela y control normativo.

§2. Las competencias territoriales

62. El problema subsistente de la demarcación

El terreno materia de disputa definitivamente se encuentra en su territorio en virtud de lo señalado por el ente central cuando explícitamente señala que debe establecerse

“como límite territorial definitivo entre la provincia de Chincha – departamento de Ica y la provincia de Cañete – departamento de Lima la siguiente memoria descriptiva, elaborado sobre la base de la carta nacional a escala 1/100,000 HOJAS: TUPE (26 L), CINCHA (27K), TANTARA (27L):

‘Línea que partiendo de la desembocadura de la Quebrada Topará en el Océano Pacífico, en el punto de coordenada

UTM (WGS 84): 8526742 Km.N y 365039 Km.E, sigue en dirección Nor Este aguas arriba por el cauce de la Quebrada Topará hasta el Nor Este por línea de cumbre de los cerros Palta rumi, cerro Mesa Rumi, cerro Culcú Punta, cerro Chitiapunco, cerro Mallunca culminando en la SEÑAL CERRO CHAVÍN (3806 M.S.N.M.) en el cerro Mancohuilca”^[89].

Sin embargo, la propuesta del Ejecutivo es simplemente eso: una propuesta. No pone fin a un problema de demarcación territorial entre Lima e Ica, sino que se requiere de una actividad parlamentaria final^[90].

63. Valor de la propuesta del Ejecutivo

Este Tribunal ha venido a señalar que el tema limítrofe entre Chincha y Cañete debe ser resuelto en sede parlamentaria^[91], porque

“si bien es cierto que de las instrumentales presentadas en el presente proceso no aparece que el tema de los límites en disputa haya sido, hasta la fecha, definido con la suficiente claridad o precisión, lo que aparentemente justificaría la necesidad de una redelimitación, no lo es menos que el procedimiento seguido por la Municipalidad Provincial de Chincha, al aprobar la redelimitación territorial del distrito de Grocio Prado mediante la Ordenanza cuestionada, no es el señalado ni por la ley de la materia ni por su Reglamento, lo que en el fondo patentiza que se ha tomado una decisión unilateral que, por la forma como se ha producido, equivale a un exceso en el que no solo se termina desconociendo las competencias de las autoridades administrativas, sino las del propio Congreso, que es el que, finalmente, habrá de hacer suya la correspondiente propuesta de redelimitación. En tales circunstancias, no cabe interpretar la redelimitación producida como un procedimiento válido, sino como un indebido recorte o restricción territorial opuesto a lo establecido por la Constitución y a las normas de desarrollo expedidas conforme a ella”^[92].

Es decir, como lo señala el demandado,

“está claro que todas las atribuciones del Congreso contenidas en el artículo 102 son de naturaleza discrecional porque se trata de un poder del Estado y no de una simple dependencia administrativa, sujeta a las propuestas del Ejecutivo o de las Oficina de Cartografía dependiente de la Presidencia del Consejo de Ministros”^[93].

64. Valor de la propuesta del Ejecutivo

Por lo tanto, es imprescindible que el Congreso defina con la mayor celeridad posible la demarcación territorial, más aún si existen propuestas sobre la demarcación, reflejadas en proyectos de ley sobre la materia.

Para evitar más confrontaciones entre las regiones, el Parlamento debe señalar qué territorio corresponde a qué región y qué a la otra. De esta manera, el proceso descentralizador del Perú seguirá su rumbo de manera correcta.

§3. Las competencias funcionales

65. Las competencias de cada nivel gubernamental

El legislador, inteligentemente, ha determinado que hasta que no se determine cualquier tipo de conflicto territorial, no se puede paralizar el país, con una obra que requiere la inversión correspondiente.

El tema del gas de Camisea necesita de la cooperación de todas las instituciones intervinientes, por lo que era imprescindible que el proyecto no se paralice por una cuestión territorial, tanto así que fue necesario que se diera una norma que tratara de decidir sobre la materia funcional, hasta que no se decidiera el tema territorial. Para eso, debe determinarse con claridad qué corresponde al Gobierno Nacional y qué a los Gobiernos Regionales.

66. Las competencias del gobierno nacional

Si bien constitucionalmente no se ha establecido expresamente las competencias que les corresponde al gobierno nacional dentro del proceso de descentralización, hay algunas que pueden vislumbrarse a partir de las funciones de los poderes, o por determinación explícita del constituyente, como puede ser el caso de la moneda^[94], el control del gasto^[95] y la creación de tributos^[96]. Esta falta de previsión de la Constitución puede ser hasta entendible en el contexto centralista en que fue elaborada, pero es preocupante que este aspecto (competencias exclusivas) no haya sido desarrollado hasta la actualidad.

Pese a ello, legalmente se han previsto cuáles son estas competencias, sin trastocar el modelo constitucional existente. De esta forma,

"son competencias exclusivas del gobierno nacional: a) Diseño de políticas nacionales y sectoriales. b) Defensa, Seguridad Nacional y Fuerzas Armadas. c) Relaciones Exteriores. d) Orden Interno, policía nacional, de fronteras y de prevención de delitos. e) Justicia. f) Moneda, Banca y Seguros. g) Tributación y endeudamiento público nacional. h) Régimen de comercio y aranceles. i) Regulación y gestión de la marina mercante y la aviación comercial. j) Regulación de los servicios públicos de su responsabilidad. k) Regulación y gestión de la Infraestructura pública de carácter y alcance nacional. l) Otras que señale la ley, conforme a la Constitución Política del Estado"^[97].

De otro lado, se ha configurado que

"las competencias compartidas del gobierno nacional se rigen por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y las Leyes específicas de organización y funciones de los distintos sectores que lo conforman"^[98].

En este marco, deben encuadrarse las funciones asumidas por el Gobierno Nacional, así sea de manera provisional, para la dación de la Ley 28374.

67. Las competencias del gobierno regional

A partir de la reforma constitucional, se les han asignado genéricamente diversos temas, y se le asigna a los gobiernos regionales la posibilidad de su promoción y regulación, aunque es recientemente cuando se ha desarrollado con amplitud por medio de ley cada uno de ellos:

"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"^[99].

En el ámbito legal, se ha terminado yendo más lejos, al separarse su tipo de competencias. Es así como se ha considerado como exclusivas las siguientes:

"a) Planificar el desarrollo integral de su región y ejecutar los programas socioeconómicos correspondientes. b) Formular y aprobar el plan de desarrollo regional concertado con las municipalidades y la sociedad civil de su región. c) Aprobar su organización interna y su presupuesto institucional conforme a la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado y las Leyes anuales de Presupuesto. d) Promover y ejecutar las inversiones públicas de ámbito regional en proyectos de infraestructura vial, energética, de comunicaciones y de servicios básicos de ámbito regional, con estrategias de sostenibilidad, competitividad, oportunidades de inversión privada, dinamizar mercados y rentabilizar actividades. e) Diseñar y ejecutar programas regionales de cuencas, corredores económicos y de ciudades intermedias. f) Promover la formación de empresas y unidades económicas regionales para concertar sistemas productivos y de servicios. g) Facilitar los procesos orientados a los mercados internacionales para la agricultura, la agroindustria, la artesanía, la actividad forestal y otros sectores productivos, de acuerdo a sus potencialidades. h) Desarrollar circuitos turísticos que puedan convertirse en ejes de desarrollo. i) Concretar alianzas y acuerdos con otras regiones para el fomento del desarrollo económico, social y ambiental. j) Administrar y adjudicar los terrenos urbanos y eriazos de propiedad del Estado en su jurisdicción, con excepción de los terrenos de propiedad municipal. k) Organizar y aprobar los expedientes técnicos sobre acciones de demarcación territorial en su jurisdicción, conforme a la ley de la materia. l) Promover la modernización de la pequeña y mediana empresa regional, articuladas con las tareas de educación, empleo y a la actualización e innovación tecnológica. m) Dictar las normas sobre los asuntos y materias de su responsabilidad, y proponer las iniciativas legislativas correspondientes. n) Promover el uso sostenible de los recursos forestales y de biodiversidad. o) Otras que se le señale por ley expresa"^[100].

Frente a las competencias exclusivas de las regiones, se considera que son de índole compartido, tanto con el gobierno nacional como con el local, las siguientes:

"a) Educación. Gestión de los servicios educativos de nivel inicial, primaria, secundaria y superior no universitaria, con criterios de interculturalidad orientados a potenciar la formación para el desarrollo. b) Salud pública. c) Promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel, correspondientes a los sectores agricultura, pesquería, industria, comercio, turismo, energía, hidrocarburos, minas, transportes, comunicaciones y medio ambiente. d) Gestión sostenible de los recursos

naturales y mejoramiento de la calidad ambiental. e) Preservación y administración de las reservas y áreas naturales protegidas regionales. f) Difusión de la cultura y potenciación de todas las instituciones artísticas y culturales regionales. g) Competitividad regional y la promoción de empleo productivo en todos los niveles, concertando los recursos públicos y privados. h) Participación ciudadana, alentando la concertación entre los intereses públicos y privados en todos los niveles. i) Otras que se le delegue o asigne conforme a Ley¹¹⁰¹.

Como se observa, las funciones confusas entregadas a los gobiernos regionales deben ser interpretadas en su verdadera dimensión para entender la supuesta afectación competencial que ha sufrido el Gobierno Regional de Lima.

68. Las relaciones de los gobiernos

Son varias las formas en que el gobierno nacional va a mantener el contacto con los gobiernos regionales y locales, lo cual es muy importante para el impulso de estos últimos. Un tema importante dentro de este nivel está dado a partir de la función que se le ha dotado a la Contraloría de la República, como parte del Sistema Nacional de Control y como organismo supervisor del gasto de las regiones y municipalidades¹⁰², aparte de los propios órganos que estos gobiernos tengan para dicho efecto¹⁰³. Asimismo, el Tribunal Constitucional deberá funcionar como el organismo encargado de resolver los conflictos de competencia, al ser ésta una de sus labores constitucionales¹⁰⁴. Se ha establecido también que será el Consejo Nacional de Descentralización -CND-, el responsable directo de todas las acciones y transferencias, para cuyo efecto hace las evaluaciones correspondientes y coordina su ejecución con los respectivos sectores del Poder Ejecutivo. Dependerá de la Presidencia del Consejo de Ministros¹⁰⁵.

En el caso de los gobiernos regionales, éstos estarán en constante relación con el nacional y los locales. Así, estará en coordinación con las municipalidades; colaborará bilateralmente con los otros gobiernos (en un triple sentido: intercambio informativo, creación de organismos mixtos y conferencia permanente entre sí); tendrá el aval del gobierno nacional para los préstamos¹⁰⁶; y, sus políticas tendrán que estar en armonía con las nacionales y las locales. Pero además de estas relaciones, también estará muy cerca de la sociedad civil, y ello se dará a través de dos instancias: su participación para elaborar el Plan de Desarrollo Regional y su integración en el Consejo de Coordinación Regional¹⁰⁷.

69. La función de administrar bienes de terrenos destinados a una materia de gas natural

Constitucionalmente se ha señalado que cuando una región quisiera asumir funciones de índole privativa, es necesario que lo haga

“en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo”, es decir, pueda ejercer “atribuciones inherentes a su función”¹⁰⁸.

Entonces, si se le asignan competencias exclusivas, éstas deben estar en relación directa con su función y debería ceder para permitir el impulso de planes y políticas de desarrollo nacionales. Así, por más que se haya reconocido como competencia exclusiva

“administrar y adjudicar los terrenos urbanos y eriazos de propiedad del Estado en su jurisdicción, con excepción de los terrenos de propiedad municipal”¹⁰⁹.

Sin embargo, exclusividad no significa exclusión. Esta facultad no es excluyente, puesto que sobre el mismo tema pueden asignarse funciones concurrentes. Tan cierto es este tema que la propia Ley Orgánica de la Descentralización señala que es una competencia compartida de las regiones con el gobierno nacional la siguiente:

“promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel, correspondientes a los sectores..., energía, hidrocarburos”¹¹⁰.

Por tanto, la ley 28734 sólo se encuentra regulando esta competencia compartida, incluyendo además el rol que le competen a las municipalidades, tal como se verá *infra*, más aún si se toma en cuenta la importancia transversal que tiene la construcción de plantas relacionada con el tema de la construcción de la planta.

70. El interés nacional de la construcción de la planta

Tratando de definir el concepto de interés nacional, este Colegiado a propósito de buscar entender el carácter de los decretos de urgencia, ha señalado que el interés nacional justifica la aplicación en medidas concretas.

“Ello quiere decir que los beneficios que depare la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad”¹¹¹.

De otro lado, como bien se ha señalado para el caso del planeamiento y gestión de acondicionamiento territorial y desarrollo urbano, el Estado debe garantizar con respecto a la distribución territorial:

- a. La ocupación racional y sostenible del territorio.
- b. La armonía entre el ejercicio del derecho de propiedad y el interés social.
- c. La coordinación de los diferentes niveles de gobierno nacional, regional y local para facilitar la participación del sector privado.
- d. La distribución equitativa de los beneficios y cargas que se deriven del uso del suelo.
- e. La seguridad y estabilidad jurídica para la inversión inmobiliaria”¹¹².

71. El interés nacional de la construcción de la planta

Es por ello, que tomando en consideración tal carácter, es decir, el alcance amplio de la construcción de la planta de licuefacción, no sólo habría un beneficio para

las poblaciones de una región u otra, sino que es todo el país que se beneficia, y no sólo Lima o Ica. El desarrollo del país requiere el concurso de todas las instituciones, y hacia eso apunta la ley.

De esta forma queda claramente establecida la funcionalidad que la ley cumple para el desarrollo del país, especialmente para promover una verdadera inversión estatal. Así, como ya se ha venido señalando, cuando la Constitución establece que

“son deberes primordiales del Estado... promover el desarrollo integral y equilibrado de la nación”¹¹³³,

entonces se debe asentar el claro nivel de actuación del Gobierno Nacional para asegurar el cumplimiento de sus funciones, como por ejemplo, permitir que el gas llegue a toda la población. En este sentido,

“el Estado asegura la prestación de servicios públicos básicos promoviendo la participación del sector privado, a fin de mejorar la calidad de los servicios”¹¹³⁴.

§4. Las competencias accesorias

72. Determinación competencial accesoria a través de la ley

Adicionalmente, ha sido interesante que exista un tratamiento específico a través de la propia Ley 28374, de dos materias que complementan el sentido del cuestionado artículo 2. Uno es el tema de la distribución de recurso y otro es el reconocimiento de la actuación municipal en las funciones que le competen.

73. Distribución de recursos como afectación de la autonomía regional, según el demandante

El demandante concluye su análisis precisando que

“la aparente ‘distribución de funciones’ a favor del Gobierno Nacional es inconstitucional porque afecta la autonomía de los Gobiernos Regionales en la administración de los bienes de titularidad del Estado dentro de su jurisdicción, conforme lo establecen las normas constitucionales mencionadas, así como las normas de desarrollo constitucional”¹¹³⁵.

74. Compensación económica

Es más, en la propia ley materia de inconstitucionalidad, se precisa que

“Autorízase al Ministerio de Economía y Finanzas a otorgar una compensación económica extraordinaria, por una sola vez, a favor de la Región en la que, legalizada la demarcación territorial, no se ubiquen los terrenos en disputa.

Dicha compensación, en ningún caso, podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) de los ingresos que se hubiesen percibido por la venta a terceros de los predios ubicados en la zona de conflicto”¹¹³⁶.

75. Libre iniciativa privada y pagos

Partiendo de la existencia de un modelo de economía social de mercado, se ha reconocido el principio de la

iniciativa privada como la que desea ser ejercida por la empresa constructora. Por tanto, a través de la ley materia de inconstitucionalidad, debe también reconocerse los límites que este derecho tiene impuesto.

Ya este Tribunal ha señalado que

“la iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia. Empero, con el mismo énfasis debe precisarse que dicho ordenamiento protege la libre iniciativa contra la injerencia de los poderes públicos, respecto de lo que se considera como ‘privativo’ de la autodeterminación de los particulares”¹¹³⁷.

76. El reconocimiento expreso de las competencias municipales

De lo expresado en los puntos anteriores de esta sentencia, la discusión sobre la administración y adjudicación de terrenos sí compromete seriamente la inversión privada, y por lo tanto la limitación al alcance de la competencia regional sí amerita al estar en contraposición con una explotación minera de interés nacional la actuación del Gobierno Nacional. Sin embargo, en el tema de las competencias municipales no existe duda alguna.

Según la Constitución, los gobiernos locales son competentes para

“crear, modificar y suprimir... licencias... municipales, conforme a ley”¹¹³⁸.

Entonces, en el caso del presente proceso, cuando la ley señala que

“en tanto se resuelva el conflicto limítrofe, se procederá conforme a lo dispuesto por la Decimotercera Disposición Complementaria de la Ley Orgánica de Municipalidades. Para tal efecto, se reputarán como válidos todos los certificados, autorizaciones, licencias, permisos y similares, así como los procedimientos administrativos, que por razón de su actividad industrial, comercial, de servicios u otra hayan sido obtenidos o seguidos ante el municipio de la jurisdicción a la que corresponda el predio según su inscripción en los Registros Públicos. En el caso de los procedimientos administrativos, a partir del año siguiente a aquél en que se defina el conflicto de límites se deberá seguir el procedimiento correspondiente ante el municipio a cuya jurisdicción se haya atribuido el predio”¹¹³⁹,

lo único que se está desarrollando y reconociendo es una competencia claramente establecida, independientemente que, como han aceptado las partes del proceso, los terrenos en el caso específico de Chinchay y Cañete están inscritos en la Oficina Registral de esta última.

D. LA VALIDEZ FORMAL DE LA LEY

77. La corrección del proceso legislativo

Tomando en cuenta que existe una cuádruple obligación estatal para legislar (negocial o de declaración de

voluntad, aplicativo de la ley para solucionar conflictos, reglamentario y legislativo en el sentido constitucional), este Colegiado considera que

"el deber de legislar consiste en la atribución de dictar normas que permitan hacer cumplir, respetar o ejecutar los alcances de otras de mayor jerarquía"¹¹²⁰.

Justamente en este marco, para el demandante, la ley emitida debe haber sido elaborada con todas las formalidades básicas para que su contenido no sea materia de control jurisdiccional. Por tanto, no puede contener

"privilegios y estatutos de carácter personal", pues deben "responder al interés común y tener un carácter *erga omnes*"¹¹²¹.

§1. La necesidad de su carácter general

78. La ley ha sido elaborada con un fin subjetivo, según el demandante

Sabiendo que según la Norma Fundamental, la ley no puede ser expedida por la diferencia de las personas, el demandante alega que

"la norma en cuestión vulnera dicho parámetro constitucional debido a que ha sido expedida a efectos de perjudicar específicamente al Gobierno Regional de Lima, ya que a pesar de su carácter 'general' el objeto de la norma es enervar una competencia constitucional específica a favor de ella, conforme lo establece el Art. 192° de la Constitución Política del Estado. En otros términos, el objeto de la norma es dirigido a una persona particular: El Gobierno Regional de Lima"¹¹²².

79. Sí se pueden dar leyes especiales, según el demandado

Partiendo que el proyecto de ley de demarcación territorial es un ejercicio regular de las potestades legislativas del Congreso, concluye el demandado que

"la supuesta inconstitucionalidad de la ley por violación del artículo 103 de la Constitución tampoco puede estimarse, ya que la Constitución permite la aprobación de leyes especiales cuando así lo exige la naturaleza de las cosas"¹¹²³.

Añade el demandado que

"no debe olvidarse que la Ley N.° 28374 fue aprobada frente a situaciones de hecho objetivas, que obstaculizaban y ponían en riesgo el proceso de descentralización y sus objetivos, como son el garantizar las inversiones, el orden público, la seguridad y la consecución pacífica y armónica de la descentralización"¹¹²⁴.

80. La ley según la Constitución

Una ley para que tenga validez requiere de dos condiciones¹¹²⁵: que sea accesible y previsible. Por la accesibilidad, el individuo debería conocer que los supuestos de la norma le son aplicables. Por la previsibilidad, las normas legales deberán estar prescritas

con la conveniente precisión como para que se adopte una conducta adecuada a las mismas y prever los efectos de su transgresión, pues "toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales"¹¹²⁶.

Congruente con estos elementos, la ley había asumido la generalidad como atributo esencial. Sin embargo, esta propiedad propia del Estado liberal, se ha visto transformado dentro de un Estado social, según se analizará *infra*.

81. La generalidad de las normas

Este Tribunal ya ha venido determinando cómo debe entenderse el concepto de la generalidad de las leyes. Partiendo de que

"pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de las personas"¹¹²⁷,

este Colegiado ha venido a determinar que el término 'cosa' significa todo elemento vinculado a la juridicidad, es decir es inmanente pero real, y objetivo pero intrínsecamente vinculado a las relaciones interpersonales, por lo que el dinamismo de su 'naturaleza' surge desde su contenido o sustancia y se proyecta hacia su finalidad. En tal sentido, la norma constitucional

"no hace sino reclamar la razonabilidad objetiva que debe fundamentar toda ley, incluso, desde luego, las leyes especiales. Respetando el criterio de razonabilidad legal, el Estado queda facultado para desvincular a la ley de su vocación por la generalidad y hacerla ingresar en una necesaria y razonable singularidad. Necesaria, porque está llamada a recomponer un orden social que tiende a desvirtuarse, y razonable, porque se fundamenta en un elemento objetivo, a saber, la naturaleza de las cosas"¹¹²⁸.

Es así como toda ley

"considera a la generalidad de manera directa como una exigencia para la consecución de determinados objetivos, y que por eso puede llamarse finalista...: de un lado (donde se puede ver el argumento técnico), en una concepción mecanicista del Estado como un equilibrio entre poderes que desarrollan funciones distintas por naturaleza, de manera que la generalidad es el atributo que conviene a la 'naturaleza' de la función legislativa, y de otro, en el objetivo que con ello se pretende (y donde se advierte con claridad el argumento finalista) como es el de garantizar el estatuto de libertad y seguridad de los ciudadanos"¹¹²⁹.

A propósito de tal argumentación, se ha considerado como elemento esencial de una ley el reconocimiento del 'principio de generalidad'¹¹³⁰.

82. Proscripción de leyes dadas según la diferencia de las personas

Constitucionalmente, también se prevé que no pueden expedirse leyes fundamentadas en la diferencia de las personas. Éste es el argumento utilizado por el

demandante para señalar que con la Ley 28374 afecta los intereses del Gobierno Regional de Lima.

Para el Tribunal Constitucional, esta norma debe ser analizada con relación al derecho a la igualdad¹¹³¹. A partir de tal sistematización,

“el principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de “tratar igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos”, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. Sin embargo, enfocar la interpretación del derecho a la igualdad desde una faz estrictamente liberal, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución. En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales”¹¹³².

Es más, según este Colegiado

“es por ello que la inconstitucionalidad de una disposición con carácter especial no se deduce de su condición de norma *sui generis*, es decir, porque regule una situación específica, sino de su contenido discriminatorio o no”¹¹³³.

83. Aplicación general relativa

En algunos supuestos, el principio básico de generalidad se ve sobrepasado por la concreción de supuestos específicos. Es decir,

“al configurarse las sociedades actuales como no concurrentes, de un lado, y heterogéneas, de otro, desaparezcan los supuestos justificadores de la generalidad, mientras aparecen los justificadores de la singularidad como son que las exigencias intervencionistas del Estado social la demandan como necesidad técnica de la intervención concreta y como necesidad política de legitimación democrática”¹¹³⁴.

No es exacto que se deba aplicar en el momento que se da la norma a diversos casos. Lo que se exige es que sea susceptible de ser aplicada en otros casos.

Al respecto, el propio demandante se ha podido responder una inquietud:

“¿Qué otro supuesto de conflicto territorial para la instalación de Gas Natural existe en la actualidad?

Ninguno, salvo el mencionado... entre la Región Lima (Provincia de Cañete) y la Región Ica (Provincia de Chincha), donde el supuesto conflicto se ha dirimido a favor del primero. Es evidente que la norma en cuestión ha sido expedida para perjudicar exclusivamente a la Región Lima que el recurrente gobierna, con la finalidad del Gobierno Nacional”¹¹³⁵.

84. El acuerdo previo

Como validez de la importancia de un tema como éste, se realizó un Acta de Acuerdo suscrita por los presidentes de los Gobiernos Regionales de Lima e Ica, además de los alcaldes involucrados, bajo el auspicio del Congreso de la República, en el cual se determinó lo siguiente:

“La comisión de Pro Inversión propondrá un proyecto de ley de alcance general que permita una solución frente a posibles impases que surjan respecto a predios ubicados en zonas cuya jurisdicción sea reclamada por más de un gobierno regional.

El otorgamiento de licencias y pago de derechos que corresponda será efectuado conforme a lo dispuesto por la Ley Orgánica de Municipalidades y demás normas sobre la materia.

El proyecto de ley, en coordinación con el Ministerio de Economía y Finanzas contemplará disposiciones autoritativas específicas que posibiliten la dación de una compensación económica extraordinaria, por única vez, a la región en la que, legalizada la demarcación territorial, no se ubiquen los terrenos en los que se construirá la planta.

En tal sentido, una vez resuelto el problema limítrofe, el gobierno nacional deberá transferir al gobierno regional donde se ubiquen los terrenos en los que se construirá la planta, igual a los ingresos que hubiera percibido por la venta de aquellos.

La Empresa Perú LNG se compromete a que los puestos de trabajo no calificados se concederán equitativamente en forma prioritaria a los ciudadanos de las provincias de Cañete y Chincha, para lo cual abrirá en cada ciudad, oficinas de contratación de personal.

Para tal efecto, la empresa promoverá programas de capacitación laboral en dichas circunscripciones”¹¹³⁶.

85. El carácter especial de la ley plenamente justificado

Tomando en consideración el carácter de interés nacional de la ley, es innegable que más allá de lo específico del carácter de una ley como la 28374 es innegable que no existe discriminación alguna a través de su desarrollo.

Lo que más se puede ver es que se está tratando de solucionar razonablemente un problema real y concreto, de mucha significación para el país, y que necesitaba de una ley para poder ser solucionado. Es más, el ámbito de la ley no se agota en un caso específico, sino que tiene la virtud de poderse aplicar a diversas situaciones limítrofes que sucedan en el futuro.

§3. El órgano competente

86. No se debía legislar sobre esta materia, según el demandante

Como parte de su autonomía, las regiones no pueden ser dejadas de lado para tratar sobre su autonomía. Por tal razón, para el demandante se debe tomar en cuenta lo que se señala en doctrina sobre que

"en orden a la gestión de sus respectivos intereses, deben establecerse núcleos básicos competenciales y de recursos de cada ente territorial (nacional, regional y local, dentro de éste, provincial y distrital) inamovibles por el legislador ordinario"¹¹³⁷¹.

87. Existencia de unidad legislativa, según el demandado

Frente a lo expuesto por el demandante, y partiendo de la definición del Estado unitario, el demandado alega que

"esta forma estatal se rige por una sola Constitución pero también por un único centro de decisión con fuerza normativa: el Congreso de la República cuyas leyes valen, rigen y son de cumplimiento obligatorio en todo el territorio de la República"¹¹³⁸¹.

De esta forma, la materia del presente caso se sustenta en lo siguiente:

"se trata de un supuesto conflicto entre dos leyes -la orgánica de gobiernos regionales y la que es materia de la presente acción de inconstitucionalidad-; aparente conflicto que en nuestro sistema constitucional se resuelve no sólo mediante la aplicación del principio ya anotado (Ley posterior modifica a la anterior), sino además en beneficio del Poder Legislativo, ya que éste es el encargado por la Constitución de diseñar, la marcha del proceso de descentralización"¹¹³⁹¹.

88. La solución a las antinomias normativas

Partiendo de la existencia de una unidad normativa y la coherencia que la rige, se puede señalar que ésta puede verse afectada por la aparición de ciertas antinomias, las mismas que son generadas por la existencia de dos normas que simultáneamente plantean consecuencias jurídicas distintas para un mismo hecho, suceso o acontecimiento, como puede ser en el caso concreto las normas generales sobre descentralización y la ley materia de la inconstitucionalidad.

Para este Colegiado, la antinomia caracterizada por un 'síndrome de incompatibilidad', se acredita en los diversos presupuestos:

"- Que las normas afectadas por el 'síndrome de incompatibilidad' pertenezcan a un mismo orden jurídico; o que encontrándose adscritas a órdenes distintos, empero, estén sujetas a relaciones de coordinación o subordinación (tal el caso de una norma nacional y un precepto emanado del derecho internacional público).

- Que las normas afectadas por el 'síndrome de incompatibilidad' tengan el mismo ámbito de validez (temporal, espacial, personal o material). El ámbito

temporal se refiere al lapso dentro del cual se encuentran vigentes las normas. El ámbito espacial se refiere al territorio dentro del cual rigen las normas (local, regional, nacional o supranacional). El ámbito personal se refiere a los *status*, roles y situaciones jurídicas que las normas asignan a los individuos. Tales los casos de nacionales o extranjeros; ciudadanos y pobladores del Estado; civiles y militares, funcionarios, servidores, usuarios, consumidores, vecinos; etc. El ámbito material se refiere a la conducta descrita como exigible al destinatario de la norma.

- Que las normas afectadas por el 'síndrome de incompatibilidad' pertenezcan, en principio, a la misma categoría normativa; es decir, que tengan homóloga equivalencia jerárquica"¹¹⁴⁰¹.

89. La competencia legislativa

Para determinar a quién le corresponde legislar sobre materias de descentralización, se ha dicho de manera muy clara y categórica que

"es al legislador postconstitucional a quien corresponde establecer lo que se entiende por bases de la materia, delimitando así lo que es competencia estatal y definiendo al mismo tiempo el punto de partida y el límite a partir del cual" las regiones pueden ejercer su desarrollo normativo"¹¹⁴¹¹.

Entonces, correspondería al Congreso de la República, el desarrollo de un ámbito como el presente en la ley sujeta a control por ser el tema de interés nacional y necesidad pública. El límite de las competencias regionales se justificaría sobre la base del desarrollo de la nación.

90. La progresividad en el proceso descentralizador

Tomando en consideración que la descentralización es un proceso permanente del Estado, el demandante entiende que para que sea efectivo

"es necesario que existan gobiernos locales y regionales con autonomía de decisión en las competencias que les asignen la Constitución y las normas legislativas diversas"¹¹⁴²¹.

En el esquema descentralizador, el objetivo final de esta redefinición gubernamental será la creación de gobiernos intermedios realmente sólidos entre el nacional y la población. Por ello, se ha buscado dotarles a las regiones y a los municipios de autonomía, con un territorio, población y gobierno propios, a la vez de presentarse sin relación jerárquica alguna con el nacional.

La descentralización en el país para que se pueda efectivizar ha de considerar aspectos no sólo de índole jurídico, sino también otros de contenido político, social y económico, constituyéndose de esta manera en un proyecto complejo y dificultoso, calculándose su duración entre quince y veinte años. Por ello, ha sido presentado como una política permanente del Estado que busca el desarrollo integral del país¹¹⁴³¹. Siguiendo el hilo conductor de la gradualidad, se ha establecido que se ejecutará en forma progresiva y ordenada sobre la base de cuatro etapas de desarrollo y una preliminar. En la preparatoria

se dieron las normas necesarias; en la primera se realizó la instalación y la organización de los nuevos gobiernos; en la segunda se está intentando la consolidación del proceso de regionalización; en la tercera se buscará la transferencia inicial y recepción de competencias sectoriales; y en la última se completará el traspaso funcional.

Una cosa adicional sobre el tema de la progresividad. Este término no significa necesariamente pasar siempre competencias a los gobiernos regionales. Significa, y acá se debe retomar la unidad estatal, que el Gobierno Nacional debe regular la fórmula utilizada para el desarrollo correcto de la descentralización. Si es necesario poner orden, lo debe hacer, y siempre con un criterio de razonabilidad y racionalidad que justifique su decisión.

91. La unidad legislativa

A entender de este Colegiado, la unidad del Estado permite

“la existencia de la unidad sistémica del orden jurídico, lo que, por ende, presume una relación armónica entre las normas que lo conforman.

Ello es así por la necesaria e imprescindible compenetración, compatibilidad y conexión axiológica, ideológica y lógica entre los deberes y derechos asignados, además de las competencias y responsabilidades establecidas en el plano genérico de las normas de un orden jurídico.

Lo opuesto a la coherencia es la antinomia o conflicto normativo, es decir, la existencia de situaciones en las que dos o más normas que tienen similar objeto, prescriben soluciones incompatibles entre sí, de modo tal que el cumplimiento o aplicación de una de ellas acarrearía la violación de la otra, ya que la aplicación simultánea de ambas resulta imposible”⁽¹⁴⁴⁾.

92. El principio de jerarquía funcional en el órgano legislativo

Este principio reconocido expresamente por el Tribunal Constitucional, gracias a la deducción lógica de la estructura de jerarquía funcional operante en cada organismo público, debe ser entendido de manera correcta como

“que a falta de una asignación específica de competencia, prima la norma producida por el funcionario u órgano funcional de rango superior. Se aplica preferentemente al interior de un organismo público”⁽¹⁴⁵⁾.

93. La autonomía regional como límite legislativo

Este Colegiado considera conveniente asimilar la autonomía regional con la municipal a la hora de considerarla como un límite del proceso legislativo, razón por la cual, debe asimilarse al caso regional a la definición dada para el caso de los gobiernos locales, en el que se consideró su autonomía como una

“garantía institucional que, por su propia naturaleza, impide que el legislador pueda desconocerla, vaciarla de

contenido o suprimirla, protegiendo a la institución edil de los excesos que pudieran cometerse en el ejercicio de la función legislativa, y su objeto es asegurar que, en su tratamiento jurídico, sus rasgos básicos o su identidad no sean trastocados de forma tal que la conviertan en impracticable o irreconocible”⁽¹⁴⁶⁾.

Entonces, si bien la autonomía regional es un límite para legislar, en el caso de la presente ley sujeta a control de constitucionalidad, no se afecta en nada tal autonomía. Es más, se posibilita que existan bienes que se reviertan a su favor en el futuro. La intervención legislativa central sigue coadyuvando el desarrollo de las regiones.

§3. La calidad de leyes orgánicas

94. La modificación de la ley orgánica, según el demandado

Sobre la base del principio que la ley posterior modifica la anterior, el demandado considera pertinente señalar que

“la ley que es materia de la presente acción de inconstitucionalidad es una ley orgánica posterior, que no puede ser obviada y que resulta objetivamente razonable”⁽¹⁴⁷⁾.

95. La presente ley no es orgánica, según el demandante

Frente a eso, el demandante asevera que

“no se entiende cómo el Congreso puede señalar a través de su representante que ésta sea una ley orgánica. Si alguien pudiera pensar que ésta es una ley orgánica porque se aprobó con más de 81 votos no es el caso. Una ley orgánica tiene que ser tramitada y procesada como tal”⁽¹⁴⁸⁾.

Por más que el tema no fue desarrollado por el demandante en su demanda, y más bien fue introducido al debate por el demandado, es obligación del Tribunal analizar la cuestión de validez formal de la ley materia de cuestionamiento.

96. La modificación de la ley orgánica, según el demandado

Constitucionalmente, se ha previsto que a través de las leyes orgánicas

“se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución”⁽¹⁴⁹⁾.

Es decir, una ley orgánica es

“una institución a la que el constituyente... le ha asignado una posición central en el desarrollo de la Constitución, previendo un considerable número de tales leyes para regular muy diversas materias”⁽¹⁵⁰⁾.

97. El proceso legislativo en las leyes orgánicas

Tal como lo señala la propia Constitución,

“los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley”⁽¹⁵¹⁾.

Sin embargo, esta formulación genérica cuenta con una cláusula de excepción, la misma que se puede observar tanto cuando se prescribe que

“las iniciativas legislativas que versen sobre leyes orgánicas... requieren para su aprobación de una doble votación”^[152],

como cuando se llega a señalar que

“para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso”^[153].

De otro lado, refiriéndose a la modificación de una ley orgánica, este Colegiado ha venido señalando que

“no se genera, *per se*, un problema de inconstitucionalidad cada vez que una ley ordinaria colisione con una ley orgánica. La eventual inconstitucionalidad sería consecuencia de que la ley ordinaria haya infringido directamente el artículo 106° de la Constitución, en un doble sentido: a) porque no tenía competencia para regular una materia sujeta a reserva de ley orgánica; o, b) porque pese a regular una materia sujeta a reserva de ley orgánica, no se aprobó con la mayoría exigida por el artículo 106° de la Constitución”^[154].

98. El proceso legislativo de la Ley 28374

El proyecto de ley 11733, Ley que regula la distribución de los recursos en el caso de la adjudicación directa de predios en el ámbito de desarrollo de proyectos de interés nacional, se transformó en la ley materia de inconstitucionalidad gracias a la votación de ochentisiete de los noventa y dos congresistas presentes en la Sesión del 28 de octubre del 2004, a horas 01:01:14 p.m.^[155]

De otro lado, en la Junta de Protavoces realizada el 2 de noviembre del mismo año,

“se acordó, por unanimidad, la exoneración del trámite de doble votación a que se refiere el artículo 73° del Reglamento del Congreso”^[156].

Entonces, más allá de la forma correcta en que se aprobó la ley materia de la inconstitucionalidad, el tema que se encuentra regulando, al tratarse de un ámbito constitucional, requiere obligatoriamente una ley orgánica tal como ha venido a suceder.

99. Ley orgánica frente a ley orgánica

Para concluir, debe quedar claro que la ley 28374 tiene la calidad de ley orgánica, y por lo tanto tiene toda la aptitud como para explicitar un tema materia de controversia. Simplemente, se encuentra describiendo la situación real de administración de bienes referidos a temas de gas natural y que importan una intervención especial, pero sin desconocer y desfigurar los límites existentes para el funcionamiento los gobiernos regionales y la descentralización.

IX. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere el artículo 201 de la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO:

Declarar **INFUNDADA** la demanda de Inconstitucionalidad de autos.

Por lo tanto:

1. Se declara la validez constitucional del artículo 2 de la Ley N.° 28374.

2. Se exhorta al Congreso de la República para que otorgue estabilidad jurídica a la inversión, emitiendo la ley de demarcación territorial del caso, en el plazo más inmediato posible.

3. Se exhorta a las autoridades judiciales y administrativas a investigar el uso de los fondos públicos del Gobierno Regional de Lima, de acuerdo con el numeral VII de los fundamentos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

^[1] LUCAS VERDÚ, Pablo. El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política). Madrid, Reus, 1985. p. 206, siguiendo el pensamiento de Smend.

^[2] Artículo 44 de la Constitución.

^[3] Sentencia del Expediente 0021-2003-AI/TC, Colegio de Biólogos y Colegio de Arquitectos del Perú, fund. 2.

^[4] Claro análisis de estos cometidos en Jiménez Campo, Javier. Qué hacer con la ley inconstitucional. En: Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Madrid, CEC, 1997, pp. 24, ss.

^[5] Artículo 200 inciso 4 de la Constitución.

^[6] Artículo 75 del Código Procesal Constitucional.

^[7] Básicamente establecida a partir del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y del artículo 138 *in fine* de la Constitución.

^[8] HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 112.

^[9] Tal como lo ha precisado ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid, Trotta, 1995. p. 14.

^[10] Orientación doctrinal en DE VEGA, Pedro. La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente. Madrid, Tecnos, 1985. p. 56; y en SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid, Alianza Editorial, 1ª ed., 1ª reimpr. pp. 80 y ss.

^[11] PÉREZ ROYO, Javier. Las fuentes del Derecho. Madrid, Tecnos, 2ª ed., 1985. p. 158.

¹²² Artículo 79 del Código Procesal Constitucional.

¹²³ Octava Disposición Final y Transitoria acápite 1 de la Constitución ("son materia de leyes de desarrollo constitucional... las normas de descentralización").

¹²⁴ GÓMEZ MONTORO, Ángel. El conflicto entre órganos constitucionales. Madrid, CEC, 1992. p. 255.

¹²⁵ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Derecho Público de las Comunidades Autónomas. Madrid: Civitas, 1982. tom. I, p. 328.

¹²⁶ Intervención de la Alcadesa de la Provincia de Cañete, Audiencia del 15 de febrero del 2005.

¹²⁷ Resolución del Tribunal Constitucional 0002-2005-PI/TC, Más de cinco mil ciudadanos, Motivaciones (se decide "admitir la demanda de inconstitucionalidad presentada").

¹²⁸ Artículo 200 inciso 4 de la Constitución.

¹²⁹ Artículo 2 inciso 17 de la Constitución, complementado en el artículo 31 de la Constitución (participación en los asuntos públicos).

¹³⁰ Sobre el valor de la inconstitucionalidad de la ley, se puede observar el artículo 103 de la Constitución.

¹³¹ Artículo 203 inciso 5 de la Constitución, reproducido en el artículo 99 del Código Procesal Constitucional.

¹³² Artículo 191 de la Constitución.

¹³³ Explicación somera de sus funciones en el artículo 191 de la Constitución.

¹³⁴ Artículo 102 inciso 5 del Código Procesal Constitucional.

¹³⁵ Resolución Ejecutiva Regional N° 328-2004-PRES, Dispone la contratación de servicio de asesoría legal y consultoría especializada mediante proceso de adjudicación de menor cuantía, dada en Huacho el 22 de diciembre del 2004.

¹³⁶ Acápite III.4.3 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 45 del Expediente).

¹³⁷ Este abandono se mantuvo hasta nuestros días, pese a su reciente reivindicación al constitucionalizarse como capital histórica del Perú [artículo 49 de la Constitución].

¹³⁸ Claramente establecidos en el artículo 44 de la Constitución.

¹³⁹ Acápite I.1.7 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 9 del Expediente).

Es más, la descentralización "pretende la democratización tanto política como económica del gobierno central (y su administración) con la finalidad de lograr las metas de los gobiernos regionales" [acápite III.4.17 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 55 del Expediente)].

¹⁴⁰ Acápite I.2.6 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 13 del Expediente).

¹⁴¹ Acápite 2 de la contestación de la demanda (fs. 97 del Expediente).

¹⁴² ELAZAR, Daniel, Tendencias de desarrollo institucional en España y el mundo. En: AGRANOFF, Robert y Rafael BAÑÓN I MARTÍNEZ, El Estado de las Autonomías. ¿Hacia un nuevo federalismo? Bilbao, Instituto Vasco de

Administración Pública, 1998. p. 26.

¹⁴³ Sentencia del Expediente 008-2003-AI/TC, Más de cinco mil ciudadanos, fund. 12.

¹⁴⁴ Artículo 188 de la Constitución.

¹⁴⁵ Artículo 3 de la Ley de Bases de la Descentralización.

¹⁴⁶ CALONGE, GARCÍA y GONZÁLEZ. Autonomías y municipios. Descentralización y coordinación de competencias. Valladolid, 1995. pp. 41, ss.

¹⁴⁷ Artículo 2 inciso 19 de la Constitución.

De otro lado, se debe reconocer la intervención política de los peruanos, al existir el derecho "a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación" [artículo 2 inciso 17 de la Constitución].

¹⁴⁸ Sentencia del Expediente 0012-2003-AI/TC, Gobierno Regional de Tacna, fund. 3.

¹⁴⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano. Constitución, Municipio y Garantía Institucional. Lima, Grijley, 2000. p. 96.

¹⁵⁰ Acápite III.4.13 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 52 del Expediente).

¹⁵¹ Acápite 1 de la contestación de la demanda (fs. 93, 94 del Expediente).

¹⁵² Sobre este tema, GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación, autonomía local; opinión pública). Madrid, Cívitas, 1994. p. 165.

¹⁵³ Artículo 8 de la Ley de Bases de la Descentralización.

¹⁵⁴ Sentencia del Expediente 0012-1996-AI/TC, 32 congresistas, fundamentos.

Según la Jurisprudencia Comparada, que poseen en el país, aparte del gobierno nacional, el regional y municipal, aparece como aquellos "asuntos que están enraizados en la comunidad local o que tienen una específica relación con ésta y pueden ser resueltos por la misma forma independiente y bajo la propia responsabilidad" [Sentencia del Tribunal Federal Alemán, *BverfGE* 8, 122, sobre acuerdos de los municipios del Land Hessen sobre celebración de referendos sobre armas atómicas].

¹⁵⁵ Artículo 43 de la Constitución.

¹⁵⁶ Artículo 191 de la Constitución.

¹⁵⁷ Artículo 191 de la Constitución: su mandato dura 4 años.

¹⁵⁸ Artículo 192 inciso 6 de la Constitución.

¹⁵⁹ Artículo 193 de la Constitución; además, artículo 37 de la Ley de Bases de la Descentralización.

Entre otros, los derechos económicos que generen las privatizaciones y concesiones que otorguen; las asignaciones y transferencias establecidas en la Ley de Presupuesto; los recursos asignados del Fondo de Compensación Regional (sustentado en el carácter redistributivo entre las regiones, con el fin de facilitar recursos a aquellas zonas que no cuentan con ellos, a fin de que sean polos de desarrollo y contribuyan al Producto

Bruto Interno); los bienes muebles e inmuebles de su propiedad; los recursos asignados por concepto del canon; el producto de sus operaciones financieras y de crédito interno concertadas con cargo a su patrimonio propio (las operaciones de crédito externo requieren el aval o garantía del Estado, y se sujetan a la ley de endeudamiento público); y, los tributos creados por ley a su favor.

^[50] Artículo 195 de la Constitución.

Su carácter de autonomía proviene del origen romano de la institución. En los *municipia* se ejercía un control del Imperio sobre las ciudades conquistadas, motivo por lo cual se les daba cierta autonomía, *municipium*.

^[51] Artículo 194 de la Constitución.

^[52] Artículos 70 y 71 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

^[53] Artículo 194 de la Constitución.

^[54] Se explican claramente los bienes y rentas municipales [artículo 196 de la Constitución y artículo 46 de la Ley de Bases de la Descentralización].

^[55] KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. México, FCE, 1958. p. 240.

^[56] Sentencia del Expediente 007-2001-AI/TC, fund. 6.

^[57] Sentencia del Expediente 007-2002-AI/TC, fund. 9.

Es más, "ello permite concluir que la autonomía no supone una autarquía funcional, o que alguna de sus competencias pueda desvincularse total o parcialmente del sistema político, o del propio orden jurídico en el que se encuentra comprendido todo gobierno municipal" [Sentencia del Expediente 0010-2003-AI/TC, Municipalidad Provincial de Santa, fund. 5].

^[58] Artículo 190 de la Constitución.

Su sede "es la capital del departamento respectivo" [artículo 32 de la Ley de Bases de la Descentralización].

^[59] Sentencia del Expediente 0012-2003-AI/TC, Gobierno Regional de Tacna, fund. 2.

^[60] DE VEGA, Pedro. Poder Constituyente y Regionalismo. En: Trujillo, Gumercindo (comp.). Federalismo y Regionalismo. Madrid, 1979. p. 354.

^[61] La descentralización "es un proceso constante y continuo, se ejecuta en forma gradual por etapas, previendo la adecuada asignación de competencias y la transferencia de recursos del nivel central hacia los gobiernos regionales y los gobiernos locales; promueve la integración regional y la constitución de macro regiones. Exige una constante sistematización, seguimiento y evaluación de los fines y objetivos, así como de los medios e instrumentos para su consolidación" [artículo 4 apartado d de la Ley de Bases de la Descentralización].

^[62] Además, "debe garantizar, en el largo plazo, un país, espacialmente mejor organizado, poblacionalmente mejor distribuido, económica y socialmente más justo y equitativo, ambientalmente sostenible, así como políticamente institucionalizado" [artículo 4 apartado c de la Ley de Bases de la Descentralización].

^[63] Acápite I.1.8 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 9 del Expediente).

^[64] Acápite 1 de la contestación de la demanda (fs. 93 del Expediente).

^[65] Artículo 43 de la Constitución.

Por tanto, se afirma que su significación no es administrativa, sino básicamente constitucional [HAURIUO, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris, 1993, p. 86.]

^[66] Artículo 189 de la Constitución.

Sin embargo, que se le califique como unitario no obsta para que en algunos supuestos se reconozca la variedad de gobiernos existentes: "El Estado sólo garantiza el pago de la deuda pública contraída por gobiernos constitucionales de acuerdo con la Constitución y la ley" [artículo 75 de la Constitución].

^[67] MUÑOZ MACHADO, Santiago. Derecho Público de las Comunidades Autónomas. p. 318.

^[68] PERNTHALER, Peter. El Estado federal asimétrico. Fundamentos teóricos, consecuencias prácticas y ámbitos de aplicación en la reforma del Estado federal austríaco. Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1999. p. 31

^[69] Sentencia del Expediente 0012-2003-AI/TC, Gobierno Regional de Tacna, fund. 3.

^[70] Acápite III.4.15 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 53 del Expediente).

^[71] Artículo 1 de la Ley 28374.

^[72] Artículo 1 de la Ley 28176, Ley de Promoción de la Inversión en plantas de procesamiento de gas natural.

^[73] BLASCO DÍAZ, José Luis. Ordenanza Municipal y ley. Madrid, Marcial Pons, 2001. p. 54.

^[74] DE OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo. *Princípio de subsidiariedade. Conceito e evolução*. Río de Janeiro, Forense, 1997. p. 31

^[75] BLASCO DÍAZ, José Luis. Ordenanza Municipal y ley. p. 54.

^[76] GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A. Aspectos de la Administración Económica. En: Revista de la Administración Pública. Madrid, N.º 12, 1953. p. 32.

^[77] Intervención del apoderado de los demandantes en la Audiencia del día 15 de febrero del 2005.

^[78] Sobre estos cometidos, tal como ya se ha expresado, revisar, artículo 44 de la Constitución.

^[79] Sentencia del Expediente 0012-2003-AI/TC, Gobierno Regional de Tacna, fund. 3.

^[80] Acápite III.4.16 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 54 del Expediente).

^[81] Acápite I.1.6.1 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 20 del Expediente).

^[82] Acápite 3 de la contestación de la demanda (fs. 100, 101 del Expediente).

^[83] GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid, Tecnos, 2002. Tom. 1, pp. 321, 322.

^[84] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo. tom. 1, p. 276.

^[85] FRIEDRICH. Gobierno Constitucional y Democracia. Madrid, 1975. tom. I.

^[86] Sobre éste, MUÑOZ MACHADO, Santiago. Derecho Público de las Comunidades Autónomas. Madrid: Civitas, 1982. tom. I, pp. 318, ss.; PAREJO ALFONSO, Luciano. La prevalencia estatal sobre el regional. Madrid, CEC, 1981, pp. 72, 73.

^[87] VIVER I PI-SUNYER, Carles. Materias competenciales y Tribunal Constitucional. La delimitación de los ámbitos materiales de las competencias en la Jurisprudencia Constitucional. Barcelona, Ariel, 1989. p. 246.

^[88] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo. Madrid, Civitas, 1981. tom. 1, pp. 267, ss.

^[89] Conclusiones del Informe Técnico N.º 001-2004-PCM/DNTDT, de la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial de la Presidencia del Consejo de Ministros, presentado como Anexo 1-E de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 80 del Expediente).

^[90] Proyecto de Ley N.º 10861-2003-PE, referido a la delimitación territorial de las Provincias de Chincha y Cañete, presentado el 22 de junio del 2004.

^[91] Proyecto de Ley N.º 10861-2003-PE, referido a la delimitación territorial de las Provincias de Chincha y Cañete, presentado el 22 de junio del 2004.

^[92] Sentencia del Expediente 007-2004-AI/TC, Municipalidad Provincial de Cañete – Región Lima, fund. 5.

Además, se ha señalado que “el hecho de que se juzgue indebida la actuación de la Municipalidad demandada, no implica que los gobiernos locales carezcan de facultades para tomar decisiones en el marco de sus competencias que contribuyan a la precisión de límites con relación a eventuales zonas o territorios en disputa; pero en tales circunstancias no se puede, ni se debe, actuar al margen de los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico, pues con ello no se haría otra cosa que fomentar la anarquía al interior del Estado. Lo dicho, por lo demás, no solo es válido para la Municipalidad demandada, sino para cualquier otra corporación descentralizada que, so pretexto de su facultad normativa, emita disposiciones que, de manera unilateral, desconozcan los procedimientos y competencias determinadas debidamente” [fund. 6].

^[93] Acápite 2 de la contestación de la demanda (fs. 99 del Expediente).

^[94] Artículo 83 de la Constitución.

^[95] Artículo 81 de la Constitución.

^[96] Artículo 74 de la Constitución.

^[97] Artículo 26.1 de la Ley de Bases de la Descentralización.

^[98] Artículo 27.1 de la Ley de Bases de la Descentralización. Además, “el gobierno nacional transfiere las competencias y funciones sectoriales a los gobiernos regionales y locales, en la forma y plazos establecidos en la presente

Ley” [artículo 27.2].

^[99] Artículo 192 inciso 7 de la Constitución, desarrollados desde los artículos 47 al 64 de la Ley de Bases de la Descentralización.

^[100] Artículo 35 de la Ley de Bases de Descentralización.

^[101] Artículo 36 de la Ley de Bases de Descentralización.

^[102] Artículo 21 de la Ley de Bases de Descentralización.

^[103] Artículo 199 de la Constitución.

^[104] Artículo 200 inciso 3 de la Constitución.

^[105] Artículo 23 de la Ley de Bases de Descentralización.

^[106] Artículo 5 apartado d de la Ley de Bases de Descentralización: sólo pueden asumir endeudamiento público externo, emitir bonos y tutular cuentas, con el aval o garantía del Estado.

^[107] Temas desarrollados en el artículo 192 inciso 2 de la Constitución.

^[108] Artículo 192 párrafo inicial e inciso 10 de la Constitución.

^[109] Artículo 35 inciso j de la Ley de Bases de Descentralización y artículo 10 punto 1 acápite j de la Ley Orgánica de Regiones.

^[110] Artículo 10 punto 2 acápite c de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

^[111] Sentencia del Expediente 008-2003-AI/TC, Más de cinco mil ciudadanos, fund. 60.d.

^[112] Artículo 1 del Decreto Supremo 027-2003-VIVIENDA, Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano.

^[113] Artículo 44 de la Constitución.

^[114] Artículo 11 del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada.

^[115] Acápite III.4.21 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 57 del Expediente).

^[116] Artículo 3 de la Ley 28374.

^[117] Sentencia del Expediente 008-2003-AI/TC, fund. 18 (se parte que “toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material” [fund. 17]).

^[118] Artículo 195 inciso 4 de la Constitución.

^[119] Artículo 4 de la Ley 28374.

^[120] Sentencia del Expediente 005-2003-AI/TC, Congresistas de la República, fund. 5.

^[121] Acápite III.4.4 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 46 del Expediente).

^[122] Acápite III.4.5 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 46 del Expediente).

^[123] Acápite 2 de la contestación de la demanda (fs. 99 del Expediente).

^[124] Acápite 4 punto 5 de la contestación de la demanda (fs. 102 del Expediente).

^{1125]} Subdivisión planteada por la CORTE AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-5/85, Colegiación Obligatoria de Periodistas. párr. 39. Además, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Sentencias Kruslin (A 176-A, 29, 1990) y Huvig (A 176-B, 28, 1990).

^{1126]} CORTE AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A, N.º 4, párr. 14.

^{1127]} Artículo 103 de la Constitución.

^{1128]} Sentencia de los Expedientes acumulados 0001/0003-2003-AI/TC, Colegios de Notarios de los distritos notariales de Lima, Callao y Arequipa, fund. 8.

^{1129]} DE CABO MARTÍN, Carlos. Sobre el concepto de ley. Madrid, Trotta, 2000. pp. 48, 49.

^{1130]} Sentencia del Expediente 008-2003-AI/TC, Más de cinco mil ciudadanos, fund. 60.d.

^{1131]} Artículo 2 inciso 2 de la Constitución.

^{1132]} Sentencia de los Expedientes acumulados 0001/0003-2003-AI/TC, Colegios de Notarios de los distritos notariales de Lima, Callao y Arequipa, fund. 11.

^{1133]} Sentencia del Expediente 031-2004-AI/TC, Máximo Yauri Salazar y más de cinco mil ciudadanos, fund. 7.

^{1134]} DE CABO MARTÍN, Carlos. Sobre el concepto de ley. Madrid, Trotta, 2000. p. 56.

^{1135]} Acápite III.4.7 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 47 del Expediente).

^{1136]} Acta de Acuerdo que suscriben los Gobiernos Regionales de Lima e Ica y los Concejos Provinciales de Cañete y Chincha para viabilizar la instalación de la Planta de Gas Natural Licuado para el Proyecto Camisea, ante la Comisión de Pro Inversión del Congreso, firmado el 6 de octubre de 2004, por el Presidente y tres miembros de la Comisión Especial Pro Inversión, el Presidente Regional de Lima Provincias, el Presidente Regional de Ica, la Alcaldesa Provincial de Cañete, el Alcalde Provincial de Chincha y el representante de Perú LNG, presentado como Anexo 1-F de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 83 del Expediente).

^{1137]} Acápite III.4.15 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 53 del Expediente).

^{1138]} Acápite 1 de la contestación de la demanda (fs. 93 del Expediente).

^{1139]} Acápite 2 de la contestación de la demanda (fs. 98 del Expediente).

^{1140]} Sentencia del Expediente 005-2003-AI/TC, Congresistas de la República, fund. 4 (por lo tanto "puede definirse la antinomia como aquella situación en que dos normas pertenecientes al mismo orden jurídico y con la misma jerarquía normativa, son incompatibles entre sí, debido a que tienen el mismo ámbito de validez").

^{1141]} PÉREZ ROYO, Javier. Las fuentes del Derecho. p. 161.

^{1142]} Acápite III.4.12 de la demanda de inconstitucionalidad (fs. 51 del Expediente).

^{1143]} Artículo 188 de la Constitución.

^{1144]} Sentencia del Expediente 005-2003-AI/TC, fund. 4.

^{1145]} Sentencia del Expediente 005-2003-AI/TC, Congresistas de la República, fund. 6.d.

^{1146]} Sentencia del Expediente 0010-2003-AI/TC, Municipalidad Provincial de Santa, fund. 7.

^{1147]} Acápite 2 de la contestación de la demanda (fs. 97 del Expediente).

^{1148]} Intervención del abogado del demandante, Audiencia del 15 de febrero del 2005.

^{1149]} Artículo 106 de la Constitución.

^{1150]} PÉREZ ROYO, Javier. Las fuentes del Derecho. p. 55.

^{1151]} Artículo 106 de la Constitución, sobre la base de su consideración como ley de carácter general [artículo 72 apartado c del Reglamento del Congreso].

^{1152]} Artículo 73 del Reglamento del Congreso, párrafo sustituido por el artículo único de la Resolución Legislativa N° 013-2001-CR, publicada el 16 de noviembre del 2001, norma también desarrollada en el artículo 77 del Reglamento del Congreso.

^{1153]} Artículo 106 *in fine* de la Constitución, retomado por artículo 81 apartado b del Reglamento del Congreso.

^{1154]} Sentencia del Expediente 007-2002-AI/TC, Caso Municipalidad Metropolitana de Lima, fund. 7.

^{1155]} Acta de votación, presentada en la contestada de la demanda (fs. 106 del Expediente).

Además, en la misma sesión se exoneró de segunda votación, con el voto de ochentiséis de noventa y un congresistas, según acta de votación, presentada en la contestada de la demanda (fs. 107 del Expediente).

^{1156]} Acta de la 21ª Sesión de la Junta de Protavoces del Congreso de la República, correspondiente al Periodo Anual de Sesiones 2004-2005 celebrada el jueves 28 de octubre de 2004, presentada en la contestación de la demanda (fs. 108 del Expediente).

Exp. N° 0008-2005-PI/TC [Proceso de Inconstitucionalidad promovido Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos. Se reafirma la constitucionalidad de la Ley marco del Empleo Público].

Fecha de Resolución: 12 de agosto de 2005

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 14 de setiembre de 2005

Resumen: En esta sentencia el Tribunal Constitucional dejó expresa constancia de la intangibilidad de los derechos colectivos de los trabajadores (sindicación, huelga y negociación colectiva) reconocidos por la Constitución y los tratados sobre la materia.

Al mismo tiempo, exhortó al Congreso de la República para que, con carácter prioritario y urgente, apruebe las leyes complementarias a la Ley Marco a fin de iniciar la uniformidad, equidad y modernización del empleo público, elemento fundamental para un adecuado funcionamiento de la Administración Pública.

También se destacó que, tal como lo ha advertido el Informe Final de la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la Administración Pública, existe un verdadero caos en la citada administración, reflejado en la existencia de múltiples organismos y sistemas de pagos al personal, una dispersión de conceptos remunerados y no remunerados; y una gran variedad de montos, así como inequidad existente en las remuneraciones de los servidores del Estado en sus diversas jerarquías y de instituciones públicas frente a otras.

Del mismo modo, se verificó la subsistencia de diferentes regímenes legales de contratación del empleado público, lo que ha generado más de 60,000 trabajadores administrativos que se desempeñan en la modalidad de servicios no personales, con contratos que vencen cada dos o tres meses, sin seguridad social, ni CTS ni vacaciones. Situación que no puede ser tolerada en un Estado democrático de Derecho, correspondiéndole al Congreso la tarea de revertir esta realidad.

Luego de realizar un análisis de la función pública conforme a la Constitución, el Tribunal Constitucional concluyó que esta función como tal, se encuentra al servicio de la Nación, y la ejercen dos grandes grupos de servidores estatales, conformados por los servidores civiles y servidores que cumplen función militar y policial. En relación a estas últimas, conforme a las normas constitucionales, a los fundamentos de la presente sentencia y al principio democrático, ejercen sus funciones bajo la supremacía del poder democrático, civil y constitucional.

Los demandantes alegaban que la Ley Marco cuestionada era violatoria del derecho de sindicación, lo que podría abrir paso a la discriminación de los trabajadores públicos; del mismo modo, consideraban que se violaba el derecho a la huelga, toda vez que, conforme al principio de legalidad, su reconocimiento debe ser expreso y, además, que el otro derecho que consideraban violado era el de la negociación colectiva, por establecer que todo acto relativo al empleo debe encontrarse debidamente autorizado y presupuestado.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional precisó que la Constitución es una norma jurídica vinculante y los derechos que reconoce pueden ser directamente aplicados; por tanto, el artículo de la Ley impugnada respecto a que no enumera expresamente los derechos de sindicación y huelga, es un artículo de remisión que, lejos de restringir o violar derechos para los empleados públicos, los amplía. En efecto, no es una condición indispensable para la vigencia de los derechos constitucionales que tengan que ser reiterados y consignados repetidamente en la Ley.

En cuanto a que se vulnera el derecho a la negociación colectiva, señaló, tal como lo ha precisado en otras ocasiones, que el derecho constitucional a la negociación colectiva se expresa principalmente en el deber del Estado de fomentar y estimular la negociación colectiva entre empleadores y trabajadores, conforme a las condiciones nacionales, de modo que la convención colectiva que se deriva de la negociación colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

Finalmente, el Tribunal Constitucional declaró que, de acuerdo a lo dispuesto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y su reiterada jurisprudencia, los derechos laborales de los trabajadores, como los de sindicación, negociación colectiva y huelga, previstos en el artículo 28° de dicho texto, deberán interpretarse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8° del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales; el artículo 8° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales o Culturales o Protocolo de San Salvador; el Convenio 87° de la OIT relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación; el artículo 6° del Convenio 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva; y el Convenio 151° de la OIT, relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, entre otros tratados de derechos humanos.

Temas Claves: Carrera pública - contenido esencial del derecho a la huelga - convenio colectivo - derecho a la huelga - derecho a la negociación colectiva - derecho a la sindicalización - igualdad de oportunidades - irrenunciabilidad de los derechos laborales - principio de indubio pro operario - principios constitucionales laborales.

SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos
(demandantes) c. Congreso de la República (demandado)

Resolución del 12 de agosto de 2005

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadano contra la Ley N.º 28175

Magistrados presentes:

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

EXP. N.º 008-2005-PI/TC
LIMA
JUAN JOSÉ GORRITI
Y OTROS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de agosto de 2005, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por don Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos, con firmas debidamente comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones, contra diversos artículos de la Ley N.º 28175, publicada el 19 de febrero de 2004 en el Diario Oficial *El Peruano* y vigente desde el 1 de enero de 2005.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso : Proceso de Inconstitucionalidad

Demandante : Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos

Norma sometida a control : Ley N.º 28175, Ley Marco del Empleo Público.

Normas constitucionales cuya vulneración se alega : Artículos 26.º, 28.º, y 40.º de la Constitución.

Petitorio : Se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 28175.

III. NORMA CUESTIONADA

Artículos impugnados de la Ley N.º 28175.

"Artículo IV.- Principios

Son principios que rigen el empleo público:

(...)

8. Principios de Derecho Laboral.- (...) En la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio.

(...)

10. Principio de provisión presupuestaria.- Todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado.

Artículo 15.- Enumeración de derechos

El empleado público, sin excluir otros que le otorgan la Constitución y las leyes, tiene derecho a:

(...)

Artículo 16.- Enumeración de obligaciones

(...)

d) Percibir en contraprestación de sus servicios sólo lo determinado en el contrato de trabajo y las fuentes normativas del empleo público; (...)

(...)

Artículo 22.- Término del empleo público

El término del empleo se produce por:

(...)

c) Mutuo disenso".

IV. ANTECEDENTES

1. Argumentos de la demanda.

Con fecha 3 de marzo de 2005, los demandantes interponen acción de inconstitucionalidad, contra la Ley N.º 28175, por considerar que vulnera los artículos 26º, 28º y 40º de la Constitución.

Sustentan su pretensión en los siguientes argumentos:

a) Que el artículo 15º de la Ley Marco del Empleo Público omite incluir el derecho de los servidores públicos a la carrera administrativa que la Constitución Política del Estado garantiza en su artículo 40º. Estiman que por efecto de ello se eliminan una serie de principios laborales que la Constitución ampara y que son recogidos en el Decreto Legislativo N.º 276, tales como el de estabilidad, de garantía del nivel establecido, de retribución justa y equitativa y su regulación por un sistema único y homologado.

b) Que se vulnera el derecho de sindicación garantizado en la Constitución, toda vez que la Ley N.º 28175 no hace ninguna referencia a éste, propiciándose de este modo una discriminación para los trabajadores públicos, ya que este derecho sí es reconocido para los trabajadores de la actividad privada. Añaden que esta situación puede abrir paso a la disolución de los sindicatos de las entidades del Sector Público.

c) Que la Ley N.º 28175 viola el derecho a la huelga porque el artículo 15º de dicha ley también lo omite. Consideran que no basta que el artículo en mención enuncie que la enumeración de derechos que hace se efectúa sin exclusión de otros que la Constitución y las leyes otorgan, ya que, conforme al principio de legalidad, consagrado en el numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar de la

referida ley, su reconocimiento debe ser expreso.

d) Que el numeral 10 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 28175 vulnera el derecho a la negociación colectiva, por establecer que todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe encontrarse debidamente autorizado y presupuestado. Manifiestan que esta disposición en la práctica hace imposible la realización de las convenciones colectivas en el sector público vulnerando de este modo la libertad sindical, puesto que la normatividad presupuestal no contempla la participación de los trabajadores sindicalizados y, por tanto, no está prevista la solución de pliegos de reclamos.

e) Que el inciso d) del artículo 16 de la ley impugnada introduce la figura del contrato de trabajo, propia de los trabajadores privados, para los empleados públicos, vulnerándose con ello el derecho a la carrera administrativa, ya que el acceso a ella se hace por concurso y al trabajador se le otorga un nombramiento, y no un contrato de trabajo.

f) Que el numeral 8, relativo a los principios de derecho laboral, del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 28175, al establecer que en la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio, viola el principio de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

g) Que el inciso c) del artículo 22º de la Ley N.º 28175, al consagrar el mutuo disenso como causal de terminación del empleo público, vulnera el principio constitucional del carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, consagrado en el numeral 2 del artículo 26º de la Constitución.

2. Contestación de la demanda.

El Apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que se la declare infundada, alegando que no contraviene la Constitución por el fondo ni por la forma.

Sustenta su pretensión en los siguientes argumentos:

a) Que la Ley Marco del Empleo Público no estipula normas relativas a los derechos particulares de los servidores públicos, funcionarios públicos o empleados de confianza, sino que establece una regulación general referida al personal del empleo público que presta servicios al Estado y enuncia normas específicas para la regulación de los derechos y deberes de los servidores públicos comprendidos en la carrera administrativa y los que corresponden a los funcionarios públicos y empleados de confianza.

b) Que los demandantes incurren en un error al considerar que el artículo 15º de la Ley N.º 28175 viola el artículo 40º de la Constitución relativa a la carrera administrativa, porque dicha ley se refiere a los derechos del empleado público con carácter general y no a los

derechos de los servidores públicos en particular, que son los comprendidos en la carrera administrativa conforme al precepto constitucional anteriormente referido de la Constitución.

c) Que el hecho de que la Ley Marco del Empleo Público no declare los derechos de sindicación y huelga no quiere decir que los desconozca, ya que están reconocidos por la Constitución, los Convenios Internacionales de Protección de los Derechos Humanos y la Ley N.º 27556, que crea el Registro de Organizaciones Sindicales de Servidores Públicos. Añade que la Ley del Empleo Público no viola ningún principio de legalidad ni la Constitución porque se deja claro que el carácter enunciativo de los derechos comprendidos en el artículo 15.º no desconoce los derechos que la propia Constitución y otras leyes reconocen a los empleados. Del mismo modo, precisa que en la expresión "leyes" también se incluye a los tratados, como el Convenio 151 de la OIT.

d) Que la previsión presupuestal consagrada en el numeral 10 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 28175, no viola la libertad sindical ni el derecho a la sindicación, puesto que este deriva del principio constitucional de legalidad presupuestaria y porque con ella lo único que se pretende es que los gastos relativos al empleo público deben estar autorizados y presupuestados.

e) Que el inciso d) del artículo 16º de la ley impugnada, referido al contrato de trabajo para los empleados públicos, solo es de aplicación a los empleados públicos sujetos a modalidad de empleo temporal y a los cargos de confianza.

f) Que el numeral 8 del artículo IV del Título Preliminar de la ley cuestionada, manifiesta que dicha norma no se refiere al principio *in dubio pro operario*, sino al tema de los límites de los derechos fundamentales. Añade que gran parte de la Administración Pública está dedicada a la prestación de los servicios públicos que requieren continuidad, estabilidad y forman parte de los intereses generales que deben sobreponerse o primar sobre intereses individuales o colectivos.

g) Que la incorporación del mutuo disenso como causal de extinción del empleo público a que se refiere el artículo 22.º de la Ley impugnada no es aplicable a los servidores públicos sujetos al régimen de carrera administrativa, sino a los funcionarios sujetos a contrato temporal o a los empleados de confianza.

h) Que la Ley N.º 28175 no está vigente porque no se han aprobado hasta la fecha los proyectos de ley remitidos por el Poder Ejecutivo que la desarrollan y otorgarían contenido al nuevo régimen de carrera que se propone.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

a) Consideraciones sobre la vigencia y la denominación de la ley impugnada.

a.1) El artículo 109.º de la Constitución y la vigencia de la Ley N.º 28175.

a.2) La Ley y su denominación en el marco de la Constitución y la Ley N.º 26889.

b) La función pública conforme a la Constitución.

b.1.) Titulares de la función pública.

b.2) Finalidad esencial de la función pública al servicio de la Nación conforme a la Constitución y confianza de los ciudadanos.

c) Régimen Constitucional del Trabajo.

c.1.) Algunos consideraciones liminares sobre de la noción trabajo.

c.2.) Estado y trabajo.

c.3.) Los principios laborales constitucionales.

c.3.1.) *Indubio pro operario*.

c.3.2.) La igualdad de oportunidades.

c.3.3.) Referencia a la regla de no discriminación en materia laboral.

c.3.4.) La irrenunciabilidad de derechos.

c.4.) Los derechos colectivos de los trabajadores según la Constitución.

c.4.1.) La libertad sindical.

c.4.2.) Los alcances de la libertad sindical.

c.4.3.) La Constitución y los sindicatos.

c.4.4.) El convenio colectivo.

c.4.4.1.) Los elementos del convenio colectivo.

c.4.4.2.) Las características del convenio colectivo.

c.4.4.3.) Tipología del convenio colectivo.

c.4.4.4.) El carácter y alcance del convenio colectivo.

c.4.4.5.) El caso del convenio colectivo articulado (rama de actividad).

c.4.5.) La intervención de terceros en la solución de los conflictos laborales.

c.4.6.) La huelga.

c.4.6.1.) La titularidad del derecho de huelga.

c.4.6.2.) Las limitaciones del ejercicio del derecho de huelga.

d) Evaluación de la constitucionalidad de los artículos impugnados.

d.1) La carrera administrativa como bien jurídico constitucional.

d.2) Derechos de sindicación, huelga y negociación colectiva de los servidores públicos conforme a la Constitución.

d.3) Cuestiones relativas a la relación laboral de los empleados públicos en el marco de la Constitución.

VI. FUNDAMENTOS

1. La materia regulada por la ley se refiere al empleo público, elemento fundamental para el adecuado funcionamiento del Estado. Respecto al empleo público en el Perú, el Informe Final de la Comisión Multisectorial Encargada de Estudiar la Situación del Personal de la Administración Pública Central (creada por Decreto Supremo N.º 004-2001-TR) presentado el 15 de julio de 2001, constató que existe un verdadero caos en la Administración Pública, reflejado en la existencia de múltiples organismos y sistemas de pagos al personal; una dispersión de conceptos remunerados y no remunerados; y una gran variedad de montos. Del mismo modo, de la revisión de los cuadros estadísticos del mismo informe, este Tribunal comprueba la inequidad existente en las remuneraciones de los servidores del Estado en sus diversas jerarquías y de instituciones públicas frente a otras.

2. Asimismo, la subsistencia de diferentes regímenes legales de contratación del empleado público ha generado la cantidad de 60,000 trabajadores públicos administrativos que se desempeñan en la modalidad de servicios no personales, con contratos que vencen cada dos o tres meses, sin seguridad social, ni CTS, ni vacaciones, situación que no puede ser tolerable en un Estado Democrático y Social de Derecho. (Véase Verdades y Mitos, La Reforma del Empleo Público, Encarte de Derecho, *El Peruano*, 10 de mayo de 2005).

En tal sentido, la síntesis del Acuerdo Nacional de fecha 19 de abril de 2004, expresa en su punto 17 como una de las medidas de corto plazo a implementarse hasta el año 2006, que se debe establecer un sistema adecuado de la carrera pública y realizar un censo integral de todos los funcionarios que reciben pago por parte del Estado. Asimismo, en el Compromiso Político, Social y Económico de Corto Plazo del Acuerdo Nacional del 19 de abril de 2004, se dispone en el numeral 114 plantear un nuevo sistema de remuneraciones en el sector público.

Por las consideraciones precedentes, el Tribunal Constitucional reconoce que le corresponde al Congreso de la República la tarea de revertir la situación descrita con carácter prioritario y urgente, a fin de iniciar la uniformidad, equidad y modernización del empleo público, sin lo cual no puede haber un adecuado funcionamiento de la Administración Pública. Establecidas estas premisas, procederemos a evaluar la constitucionalidad de las normas cuestionadas.

a) Consideraciones sobre la vigencia y la denominación de la ley impugnada

a.1) El artículo 109.º de la Constitución y la vigencia de la Ley N.º 28175

3. El Apoderado del Congreso de la República alega que la Ley N.º 28175, publicada el 19 de febrero de 2004, no estaría vigente. Afirma que si bien la primera disposición transitoria, complementaria y final de la ley dispuso que ésta entraría en vigencia el 1 de enero de 2005, mediante su segunda disposición transitoria se estableció que el

Poder Ejecutivo, en el plazo de 120 días, contados a partir de la publicación de la ley, remitiría al Congreso de la República las propuestas legislativas sobre:

- Ley de la carrera del servidor público.
- Ley de los funcionarios públicos y empleados de confianza.
- Ley del sistema de remuneraciones de empleo público.
- Ley de gestión del empleo público.
- Ley de incompatibilidades y responsabilidades.

Consecuentemente y efectuando una interpretación sistemática de ambas disposiciones, resultaría lógico afirmar "(...) que la intención del legislador al promulgar la Ley Marco del Empleo Público, Ley N.º 28175 y postergar su vigencia al año 2005, le otorgaba un plazo prudencial al Congreso de la República para la aprobación de las cinco normas que la desarrollan y así permitir la entrada en vigencia de la Ley Marco en forma integral con los proyectos que la desarrollan, al no haberse dado este supuesto, y no estando aprobadas las leyes que la desarrollan, no es posible dar cumplimiento a lo dispuesto en su primera disposición complementaria".

4. El Tribunal Constitucional no comparte la tesis del Apoderado del Congreso. El artículo 109º de la Constitución dispone que la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

La primera disposición transitoria, complementaria y final de la Ley N.º 28175 estableció que ella entraba en vigencia el 1 de enero de 2005, con excepción de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 3º, referido a la percepción de dietas, que entraría en vigencia a los treinta (30) días de la publicación de dicha Ley, 19 de febrero de 2004, y la prescripción de que la segunda y cuarta disposiciones transitorias entrarán en vigencia al día siguiente de la publicación de la Ley. Como puede observarse, estas últimas disposiciones de la Ley entraron en vigencia antes del 1 de enero de 2005.

5. Con relación a las demás disposiciones de la Ley N.º 28175, éstas entraron en vigencia el 1 de enero de 2005, fecha a partir de la cual empezó a ser aplicada por diversas entidades del Estado.

En efecto, la Directiva N.º 006-2005-EF/76.01, de Ejecución del Presupuesto de las Entidades de Tratamiento Empresarial para el Año Fiscal 2005, del 3 de febrero de 2005, establece en su artículo 40º, aplicando el segundo párrafo del artículo 3º de la Ley N.º 28175, que "Las personas al servicio del Estado y que en representación del mismo formen parte de Directorios, no podrán percibir dietas en más de una (1) entidad, en concordancia con el artículo 3 de la Ley N.º 28175 - Ley Marco del Empleo Público".

Del mismo modo, la quinta disposición transitoria de la Ley N.º 28562, Ley que autoriza el Crédito Suplementario

en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2005, publicada el 30 de junio de 2005, exceptuó a determinadas entidades del Estado por cinco días calendario de lo dispuesto en el artículo 5.º de la Ley N.º 28175, Ley Marco del Empleo Público.

6. El Apoderado del Congreso también sostiene que: "(...) el Poder Ejecutivo a manifestado públicamente a través de un comunicado difundido por la Presidencia del Consejo de Ministros, publicado el 17 de enero de 2005 en el Diario Oficial El Peruano, que la ley marco del empleo público requiere para su aplicación que previamente entren en vigencia sus leyes complementarias".

Al respecto, cabe señalar que dicho comunicado corresponde a la Secretaría de Gestión Pública de la PCM y en él se consigna que "Las normas contenidas en la LMEP referidas a la instalación del Consejo Superior del Empleo Público - COSEP, la clasificación del empleo público en nuevos grupos ocupacionales, la adecuación de los regímenes existentes en la administración pública, entre otras, para comenzar su aplicación, requieren que previamente entren en vigencia las cinco leyes complementarias a que se refiere la segunda disposición transitoria, complementaria y final".

Como puede apreciarse, dicho comunicado no afirma que la ley no esté vigente sino que se refiere a que específicas disposiciones de la ley, y no todas, para ser aplicadas e implementadas, requieren de leyes complementarias.

7. Por tanto, este Tribunal Constitucional considera pertinente precisar que la Ley N.º 28175 está vigente desde el 1 de enero de 2005, conforme al artículo 109.º de la Constitución, y que en el caso de algunas disposiciones específicas, para ser aplicadas en su integridad, requieren de otras leyes, cuestión distinta a la vigencia de la ley.

a.2) La ley y su denominación en el marco de la Constitución y la Ley N.º 26889

8. Otro aspecto que debe tratarse es el de la denominación de la ley cuestionada. Al respecto, el artículo 51º de la Constitución consagra el principio de jerarquía normativa y supremacía normativa de la Constitución, y dispone que la Constitución prevalece sobre toda norma legal y la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. Del mismo modo, el inciso 4º del artículo 200º de la Constitución establece las normas que, en el sistema de fuentes normativas diseñado por ella, tienen rango de ley: las leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas.

Consecuentemente, de las normas precitadas se colige que, en nuestro ordenamiento jurídico, el primer rango normativo corresponde a la Constitución y el segundo a la ley y a las normas con rango de ley, configurándose en este segundo nivel una diversidad de fuentes normativas del mismo rango pero que, conforme a la Constitución, varían en su denominación, producción normativa y en la materia que regulan. Sin ánimo exhaustivo, tal es el caso de la Ley Orgánica que, conforme al artículo 106º

de la Constitución, tiene un procedimiento especial de votación y regula determinadas materias, o el del Decreto de Urgencia que regula materia determinada (inciso 18 del artículo 118.º de la Constitución).

9. Con relación a la fuente normativa denominada ley, en sentido material, deben tenerse presentes dos puntos. En primer lugar, su expedición corresponde al Congreso de la República conforme al inciso 1 del artículo 102º de la Constitución, que establece que es atribución del Congreso dar leyes. Atribución que descansa en los principios de soberanía política, consagrado en el artículo 45º de la Constitución, que establece que el Poder emana del pueblo, y en el principio representativo reconocido en el artículo 43º de la Constitución. Y en segundo lugar, que para la Constitución la fuente normativa denominada ley comprende 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, sino en su procedimiento de aprobación y en las materias que regulan.

En efecto, en muchas disposiciones del texto constitucional se hace referencia a la ley con carácter general y en otras se especifica una denominación particular relativa a la materia a regular, por ejemplo la ley de presupuesto, la ley de endeudamiento y de equilibrio financiero (artículo 78.º de la Constitución) y la ley autoritativa para el caso de la delegación de facultades.

Igualmente, debe incluirse a las denominadas leyes orgánicas sujetas a los requisitos materiales y formales establecidos por el artículo 106º de la Constitución. En el caso de las denominadas leyes de desarrollo constitucional, este Colegiado ha afirmado que "Con la expresión 'Ley de desarrollo constitucional', la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución no ha creado una categoría normativa especial entre las fuentes que tienen el rango de la ley. Tal expresión no alude a una categoría unitaria de fuentes, sino a una diversidad de ellas, 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. Forman parte de su contenido "natural" las denominadas leyes orgánicas, 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; así como las leyes ordinarias como las que demandan los artículos 7º y 27º de la Constitución, por poner dos ejemplos, a las que se les ha encomendado la tarea de precisar los alcances de determinados derechos o instituciones constitucionalmente previstas". (Caso sesenta y cuatro Congresistas de la República contra los artículos 1º, 2º 3º, y la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley N.º 26285, Exp. N.º 005-2003-AI/TC, *mutatis mutandis*, fundamento 38).

Basándose en las consideraciones precedentes, el Tribunal Constitucional concluye en que la característica

principal de la fuente normativa denominada ley, constitucionalmente hablando, con sus variantes mencionadas, radica en que es expedida por el Congreso de la República conforme a las normas que establece para su producción jurídica (Capítulo II del Título IV de la Constitución, relativo a la función legislativa).

10. Este Colegiado estima también que el Congreso de la República, al detentar la competencia exclusiva en la producción de la fuente normativa de ley, goza de la autonomía inherente, en el marco de la Constitución, del Reglamento del Congreso y de las leyes, para precisar la denominación de las leyes que expide; así por ejemplo, el caso de la Ley N.º 28175, que fue denominada Ley Marco del Empleo Público, hoy cuestionada por los demandantes.

La facultad de otorgar una denominación ha sido desarrollada por la Ley N.º 26889, Ley Marco para la producción y sistematización legislativa, cuyo artículo 3.º dispone que: "La Ley debe tener una denominación oficial que exprese su alcance integral. La denominación forma parte del texto oficial de la Ley y corresponde al Congreso de la República asignársela, salvo en los casos de Decretos Legislativos y Decretos de Urgencia, en los cuales es el Poder Ejecutivo quien asigna la denominación". En ese sentido, el Congreso de la República e incluso el Poder Ejecutivo, en el caso de Decretos Legislativos, son competentes para asignar determinadas denominaciones cuando se trata de leyes que regulan aspectos generales sobre una materia a fin de sintetizar su alcance integral, empleando para ello las denominaciones de Ley de Bases, Ley Marco y Ley General, según corresponda, pero que, en definitiva, constituyen la fuente normativa de ley expedida por el Congreso de la República. Tal es el caso de las siguientes denominaciones de la ley, que, entre las principales, forman parte de nuestro ordenamiento constitucional:

Ley de Bases

- Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneración del Sector Público, Decreto Legislativo N.º 276 (24/03/84).

- Ley de Bases de la Descentralización, Ley N.º 27783 (20/07/02).

Ley Marco

- Ley Marco del Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo N.º 757 (13/11/91).

- Ley Marco del Sistema Tributario Nacional, Decreto Legislativo N.º 771 (31/12/93).

- Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos Ley N.º 27332 (29/07/00).

- Ley Marco del Presupuesto Participativo, Ley N.º 28056 (08/08/03).

- Ley Marco para el Desarrollo Económico del Sector Rural, Ley N.º 28298 (22/07/04).

Ley General

- Ley General de Comunidades Campesinas, Ley N.º 24656 (14/04/87).

- Ley General de Arbitraje, Ley N.º 26572 (05/01/96).

- Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N.º 26702 (09/12/96).

- Ley General de Sociedades, Ley N.º 26887 (09/12/97).

- Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, Ley N.º 27181 (08/10/99).

- Ley General de Residuos Sólidos, Ley N.º 27314 (21/07/2000).

- Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador, Decreto Legislativo N.º 910 (17/03/01).

- Ley General de Educación, Ley N.º 28044 (29/07/03).

Por tanto, la Ley N.º 28175, Ley Marco del Empleo Público, ha sido denominada dentro de la competencia que le corresponde al Congreso de la República para ello.

b) La función pública conforme a la Constitución

11. Ingresando al análisis de fondo, es preciso referirse al capítulo IV del Título I de la Constitución, que regula la función pública. En tal sentido, en el presente proceso de inconstitucionalidad este Tribunal Constitucional se pronunciará sobre el modelo de función pública que diseña nuestra Constitución en una sociedad democrática, toda vez que dicho articulado es obligatorio y vincula a todos aquellos que ejercen función pública, además que se tendrá también como parámetro para evaluar la constitucionalidad de la ley cuestionada.

El artículo 43.º de la Constitución define al Estado como una República Democrática. Del mismo modo, conforme al artículo 45º, el poder del Estado emana del pueblo y el gobierno de la República del Perú es representativo y se organiza según el principio de separación de poderes (artículo 43.º de la Constitución). Asimismo, el artículo 169.º de la Constitución dispone que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional están subordinadas al poder constitucional. Por tanto, de las disposiciones constitucionales citadas se deriva el principio democrático que configura la convivencia de los ciudadanos del Perú, ya sean civiles, militares o policías, conforme al artículo 34.º de la Constitución.

b.1.) Titulares de la función pública

12. A tenor del artículo 39.º de la Constitución, los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del

Tribunal Constitucional y del Consejo Nacional de la Magistratura, los Magistrados Supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría;

y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.

Con relación a esta norma debemos recordar que, conforme a los artículos 161.º y 201.º de la Constitución, el Defensor del Pueblo y los Magistrados del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas laborales y funcionales que los Congresistas (Caso Jorge Power Manchego Muñoz, en representación de 5,000 ciudadanos, contra diversos artículos de la Ley N.º 28212, Exp. N.º 0038-2004-AI/TC, fundamento 15).

Consecuentemente, estos altos funcionarios y autoridades del Estado, así como los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza y los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa, a que se refiere el artículo 40.º de la Constitución, están al servicio de la Nación.

13. Del mismo modo, como ya se expuso, el artículo 39.º de la Constitución dispone que el Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio de la Nación. Por su parte los artículos 137.º y 118.º inciso 14.º de la misma Norma Suprema establecen que el Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y que organiza, distribuye y dispone el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Entonces, si al Presidente de la República le corresponde la más alta jerarquía en el servicio de la Nación, es claro que sus subordinados también sirven a la Nación. Pero no sólo los artículos constitucionales citados permiten interpretar que la Constitución reconoce a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional como servidores de la Nación en el desempeño de la función pública que la Constitución y las leyes les asignan, sino también los artículos 169º y 171º de la Constitución, cuando disponen que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes, que están subordinadas al Poder Constitucional y que participan en el desarrollo económico y social del país.

Por tanto, para la Constitución la función pública que, por tal, se encuentra al servicio de la Nación, la ejercen dos grandes grupos de servidores estatales, a saber: los servidores civiles y los servidores que cumplen función militar y policial. En relación a estas últimas, conforme a las normas constitucionales, a los fundamentos precedentes y al principio democrático, ejercen sus funciones bajo la supremacía del poder democrático, civil y constitucional.

b.2.) Finalidad esencial de la función pública al servicio de la Nación conforme a la Constitución y confianza de los ciudadanos

14. Los servidores del Estado, sean civiles, militares o policías, están obligados, conforme al artículo 44.º de la Constitución, por los deberes primordiales de 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.

En suma, de las normas citadas se concluye que la finalidad esencial del servicio a la Nación radica en prestar los servicios públicos a los destinatarios de tales deberes, es decir a los ciudadanos, con sujeción a la primacía de la Constitución, los derechos fundamentales, el principio democrático, los valores derivados de la Constitución y al poder democrático y civil en el ejercicio de la función pública.

15. Los artículos 40.º y 41.º de la Constitución establecen una serie de normas relativas a la publicidad de los ingresos que perciben los servidores del Estado, sean civiles, militares o policías. El segundo párrafo del artículo 40.º precisa que es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos.

Por su parte, el artículo 41.º establece que los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste, deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.

El precitado artículo 41.º de la Constitución señala algunas normas relativas al control frente al enriquecimiento ilícito, como por ejemplo que, cuando se presume éste, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial; asimismo, la ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública; y que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado.

16. Las normas constitucionales citadas se justifican en la medida que la Constitución pretende prevenir y sancionar el mal uso de los recursos públicos, por ser un hecho que socava la confianza ciudadana en los servidores de la Nación.

En efecto, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este Colegiado ya se refirió a la independencia judicial como elemento necesario para inspirar la confianza ciudadana en los tribunales (Caso Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo, Exp. N.º 0004-2004-CC, fundamento 33).

En esta oportunidad, siguiendo al mismo alto Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Caso Ahmed y otros vs. El Reino Unido, Sentencia del 2 de setiembre de 1998, *mutatis mutandis*, fundamento 53), el Tribunal Constitucional del Perú considera como uno de los elementos esenciales de nuestro modelo de Estado Social y Democrático de Derecho la obligación de todos los servidores de la Nación, independientemente de su jerarquía y la función pública que cumplan en los ámbitos civil, militar y policial, de que ejerzan dicha función con probidad, honestidad y austeridad en el

manejo de los recursos públicos, necesarias para generar la confianza ciudadana en los servidores de la Nación a través de la cual el modelo democrático establecido por la Constitución se legitima.

c) Régimen constitucional del trabajo

17. *Del mismo modo y dada su vinculación con la materia evaluada, es necesario desarrollar el marco constitucional del régimen del trabajo, toda vez que sus normas, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, se aplican tanto al régimen público como al privado de trabajo y nos servirán conjuntamente con el marco constitucional de la función pública, para el análisis de la constitucionalidad de los artículos impugnados.*

c.1.) Algunas consideraciones liminares sobre la noción trabajo

18. Al trabajo puede definírsele como la aplicación o ejercicio de las fuerzas humanas, en su plexo espiritual y material, para la producción de algo útil. En ese contexto, implica la acción del hombre, con todas sus facultades morales, intelectuales y físicas, en aras de producir un bien, generar un servicio, etc.

El trabajo se identifica inseparablemente con la persona misma. En toda actividad laboral queda algo de su ejecutor: el hombre. A través del trabajo se presenta siempre la impronta del ser humano; o sea, una huella, marca o sello que caracteriza su plasmación. El Papa Juan Pablo II [*Encíclica laborem exercens*. Lima. Salesiana, S/F] señala que:

“El trabajo es un bien del hombre, es un bien de la humanidad, porque mediante éste no sólo se transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza a sí mismo como hombre; es más, en un cierto sentido se hace más hombre”.

Asimismo, como lo enfatiza el Papa León XIII [*Encíclica rerum novarum*. Lima: Paulinas, 1966] el trabajo tiene el doble signo de lo **personal** y **necesario**. Es personal, porque la fuerza con que se trabaja es inherente a la persona y enteramente propia de aquel que con ella labora. Es necesario, porque del fruto de su trabajo el hombre se sirve para sustentar su vida, lo cual es un deber imprescindible impuesto por la misma naturaleza.

Es evidente que la verdadera dignidad del trabajador radica en su condición de sujeto y autor y, por consiguiente, verdadero fin de todo proceso productivo. La importancia del trabajo descansa en tres aspectos sustantivos:

- Esencialidad del acto humano, destinado al mantenimiento y desarrollo de la existencia y coexistencia sociales.
- Vocación y exigencia de la naturaleza humana. El trabajo es sinónimo y expresión de vida.
- Carácter social de la función, ya que sólo es posible laborar verdaderamente a través de la colaboración directa o indirecta de otro ser humano, o sea, trabajando con y para los otros.

c.2.) Estado y trabajo

19. De conformidad con lo que dispone el artículo 23.º de la Constitución, el Estado asume las siguientes responsabilidades con relación al trabajo:

- Promover condiciones para el progreso social y económico. Para tal efecto, tiene la obligación de establecer políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.

- Asegurar que ninguna relación laboral limite el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador.

- Asegurar que a ningún trabajador se le obligue a prestar servicios sin retribución compensatoria o sin su libre consentimiento.

- Proteger especialmente la actividad laboral de la madre, el menor de edad y el impedido.

c.3.) Los principios laborales constitucionales

20. Denomínase como tales a aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas.

La relación laboral se caracteriza en sí misma por la desigualdad, lo que hace que el empleador devenga en la parte “fuerte” e “imponente” y el trabajador en la parte “débil” e “impotente”.

Mario Pasco Cosmópolis [El principio protector en el proceso laboral. En: *Revista de Iure* N.º 1. Editada por los alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1999, p. 77] reconoce dicha situación asimétrica, entre otros, en los campos jurídico y económico.

En efecto, en el campo jurídico sustancial el rasgo más característico de la relación de trabajo es la subordinación y los deberes imputables al trabajador; y en el campo jurídico procesal se constata la capacidad intimidatoria que se puede crear para impedir los reclamos en vía litigiosa y la extensión de la posición predominante en materia de prueba. Asimismo, en el campo económico, la nota más específica es que frente a la propiedad del medio de producción, el trabajador sólo puede exponer su fuerza de trabajo.

Para hacer frente a ello se afirman los principios protectores o de igualación compensatoria, por el cual, reconociéndose la existencia asimétrica de la relación laboral, se promueve por la vía constitucional y legal la búsqueda de un equilibrio entre los sujetos de la misma. Al respecto, el artículo 26.º de la Constitución expresa una pluralidad de principios de dicha naturaleza; a saber:

c.3.1. *Indubio pro operario*

21. Hace referencia a la traslación de la vieja regla del derecho romano *indubio pro reo*. Nuestra Constitución exige la interpretación favorable al trabajador en caso de

duda insalvable sobre el sentido de una norma, vale decir que se acredite que a pesar de los aportes de las fuentes de interpretación, la norma deviene indubitadamente en un contenido incierto e indeterminado.

La noción de duda insalvable debe ser entendida como aquella que no puede ser resuelta por medio de la técnica hermenéutica.

El principio *indubio pro operario* será aplicable cuando exista un problema de asignación de significado de los alcances y contenido de una norma. *Ergo*, nace de un conflicto de interpretación, mas no de integración normativa. La noción de "norma" abarca a la misma Constitución, los tratados, leyes, los reglamentos, los convenios colectivos de trabajo, los contratos de trabajo, etc.

Pasco Cosmopolis precisa que la aplicación de este principio debe ajustarse a los siguientes dos requisitos:

- Existencia de una duda insalvable o inexpugnable.
- Respeto a la *ratio juris* de la norma objeto de interpretación (para tal efecto, el aplicador del derecho deberá asignarle un sentido concordante y compatible con la razón de ésta).

El Tribunal Constitucional considera que la aplicación del referido principio está sujeta a las cuatro consideraciones siguientes:

- Existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos.
- Imposibilidad lógico-axiológica de dirimir esta duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional.
- Obligación de adoptar como sentido normativo a aquél que ofrece mayores beneficios al trabajador.
- Imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que el principio no se refiere a suplir la voluntad de éste, sino a adjudicarle el sentido más favorable al trabajador.

c.3.2.) La igualdad de oportunidades

22. Hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral. En puridad, plantea la plasmación de la isonomía en el trato previsto implícitamente en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución; el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley.

c.3.3.) Referencia a la regla de no discriminación en materia laboral

23. Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo.

Tal como se ha precisado anteriormente, la isonomía entre las personas se manifiesta en dos planos: La igualdad ante la ley y la igualdad de trato (en este caso aplicable al ámbito de las actividades laborales).

La igualdad ante la ley obliga a que el Estado asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia.

Al respecto, el artículo 103º de la Constitución compromete al Estado a no dictar leyes por razón de las personas, sino por la naturaleza de las cosas. El artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial exige a dicho ente no apartarse de sus precedentes judiciales, salvo que existan razones justificadas para ello; y el artículo VII del Título

Preliminar del Código Procesal Constitucional, prescribe que el Tribunal Constitucional sólo podrá apartarse de sus precedentes vinculantes cuando exprese los fundamentos de hecho y derecho que sustenten la sentencia y las razones del apartamiento del precedente jurisprudencial.

La igualdad de oportunidades –en estricto, igualdad de trato– obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria.

En ese sentido, la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución.

Miguel Rodríguez Piñeiro y Mejía Fernández López [*Igualdad y discriminación*. Madrid, Tecnos, 1986, p. 47) exponen que para establecer si una conducta en una empresa es discriminatoria o una diferenciación es razonable, es necesario precisar cuándo dos situaciones reales son equiparables y cuándo sus similitudes predominan sobre sus diferencias.

La discriminación en materia laboral, *strictu sensu*, se acredita por los dos tipos de acciones siguientes:

Por acción directa: la conducta del empleador forja una distinción basada en una razón inconstitucional. En esta hipótesis, la intervención y el efecto perseguibles se fundamentan en un juicio y una decisión carente de razonabilidad y proporcionalidad.

Tal el caso de la negación de acceso al empleo derivada de la opción política o sexual del postulante, por la concesión de mayores beneficios a unos trabajadores sobre otros, por su mera condición de no afiliados a una organización sindical, el despido por el solo hecho del ejercicio de las actividades sindicales, etc.

Por acción indirecta: la conducta del empleador forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa revestida con la apariencia de "lo constitucional", cuya intención y efecto perseguible, empero, son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores.

Tal el caso, por ejemplo, de las reglas de evaluación laboral sobre la base de exigencia de conocimientos no vinculados con la actividad laboral del o los trabajadores.

Dichas acciones, proscritas por la Constitución, pueden darse en las condiciones o circunstancias siguientes:

- Acto de diferenciación arbitraria al momento de postular a un empleo.

- Acto de diferenciación arbitraria durante la relación laboral (formación y capacitación laboral, promociones, otorgamiento de beneficios, etc.).

Mediante la Ley N.º 26772, modificada por la Ley N.º 27270, se regulan los actos de discriminación, tanto en el acceso al empleo como en el trato dentro de una relación laboral.

En ese contexto, se proscribe la utilización de criterios de selección que carezcan de una justificación objetiva y razonable; la adhesión a criterios de selección simultáneamente distintos, cuando las situaciones de postulación son idénticas; amén de tratos diferenciados basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, etc.

c.3.4.) La irrenunciabilidad de derechos

24. Hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley. Al respecto, es preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de Derechos Humanos, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos [Remotti Carbonell, José Carlos: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Barcelona, Instituto Europeo de Derecho, 2003, p. 18].

En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, la renuncia a dichos derechos sería nula y sin efecto legal alguno.

Así, conforme se desprende de lo previsto en el inciso 2) del artículo 26.º de la Constitución, la irrenunciabilidad sólo alcanza a aquellos "(...) derechos reconocidos por la Constitución y la ley".

No cubre, pues, a aquellos provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre.

Por otro lado, debe precisarse que un derecho de naturaleza laboral puede provenir de una norma dispositiva o taxativa. En ese contexto, la irrenunciabilidad es sólo operativa en el caso de la segunda.

La norma dispositiva es aquella que opera sólo cuando no existe manifestación de voluntad o cuando ésta se expresa con ausencia de claridad. El Estado las hace valer únicamente por defecto u omisión en la expresión de voluntad de los sujetos de la relación laboral.

Las normas dispositivas se caracterizan por suplir o interpretar una voluntad no declarada o precisar y aclararla por defecto de manifestación; y por otorgar a los sujetos de una relación laboral la atribución de regulación con pleno albedrío dentro del marco de la Constitución y la ley.

Ante este tipo de modalidad normativa, el trabajador puede libremente decidir sobre la conveniencia, o no, de ejercitar total o parcialmente un derecho de naturaleza individual.

Al respecto, puede citarse el caso del derecho a vacaciones contemplado en el Decreto Legislativo N.º 713, en donde se establece que el trabajador tiene derecho a treinta días naturales de descanso remunerado al año y, dentro de ese contexto, por la prerrogativa de la voluntad establecida en dicha norma, este puede disponer hasta de quince días para continuar prestando servicios a su empleador, a cambio de una compensación extraordinaria. Por ende, tiene la capacidad autodeterminativa de decidir un "canje" sobre aquello.

En cambio, la norma taxativa es aquella que ordena y dispone sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos de la relación laboral. En ese ámbito, el trabajador no puede "despojarse", permutar o renunciar a los beneficios, facultades o atribuciones que le concede la norma.

Javier Neves Mujica [*Introducción al derecho laboral*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2003, p. 103] manifiesta que el principio de irrenunciabilidad de derechos es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del trabajador, como titular de un derecho, recaigan sobre normas taxativas, y sanciona con la invalidez la transgresión de esta pauta basilar.

La irrenunciabilidad de los derechos laborales proviene y se sujeta al ámbito de las normas taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral. Es conveniente consignar que una norma jurídica puede

contener dentro de su texto, partes taxativas y dispositivas.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la materia en el caso Sindicato de Trabajadores de Toquepala vs. Southern Perú Copper Corporation (Expediente N.º 1396-2001-AA/TC), en donde estableció que si "(...) las partes

acordaron no solo la duración de la jornada ordinaria de trabajo, será también las

jornadas atípicas, situación que, de por sí, no violenta derecho fundamental de los afiliados al Sindicato, sino sólo cuando dicha estipulación sea indebidamente aplicada; de otro lado, lo expuesto no sólo no contradice el principio contenido en el inciso 2) del artículo 26.º de la Constitución, relativo al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, por encontrarse previsto en la misma, como se ha observado, sino también, porque el derecho protegido en la Carta Magna es el relativo a una jornada de trabajo que no excede de las cuarenta y ocho horas semanales (...)"

c.4.) Los derechos colectivos de los trabajadores según la Constitución

25. Estos hacen referencia a las facultades o atribuciones que ejerce el trabajador en concordancia, unión o

asociación con sus pares. En ese contexto viabilizan las actividades de las organizaciones sindicales.

Los artículos 28.º y 29.º de la Constitución identifican los derechos laborales de naturaleza colectiva, a saber:

c.4.1.) La libertad sindical

26. Se la define como la capacidad autoderminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical.

Enrique Álvarez Conde [*Curso de derecho constitucional* VI. Madrid: Tecnos, 1999, p. 457] señala que "(...) este derecho fundamental (...) debe ser considerado como una manifestación del derecho de asociación, gozando, por tanto, también de la naturaleza de los derechos de participación política".

Por ende, alude a un atributo directo, ya que relaciona un derecho civil y un derecho político, y se vincula con la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho, ya que constitucionaliza la creación y fundamentación de las organizaciones sindicales.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional Español, en la STC 292/1993, precisa que los sindicatos son "(...) formaciones de relevancia social, en la estructura pluralista de una

sociedad democrática".

En ese contexto, implica un haz de facultades y el ejercicio autónomo de *homus faver* –*homus politicus*, referido a aspectos tales como:

- El derecho a fundar organizaciones sindicales.
- El derecho de libre afiliación, desafilación y reafilación en las organizaciones sindicales existentes.
- El derecho a la actividad sindical.
- El derecho de las organizaciones sindicales a ejercer libremente las funciones que la Constitución y las leyes le asignen, en defensa de los intereses de sus afiliados. Ello comprende la reglamentación interna, la representación institucional, la autonomía en la gestión, etc.
- El derecho a que el Estado no interfiera –salvo el caso de violación de la Constitución o la ley- en las actividades de las organizaciones sindicales.

c.4.2.) Los alcances de la libertad sindical

27. Esta facultad se manifiesta en dos planos: el *intuitu persona* y el plural.

La libertad sindical *intuitu persona* plantea dos aspectos:

- Aspecto positivo: Comprende el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos. Dentro de ese contexto se plantea el ejercicio de la actividad sindical.
- Aspecto negativo: Comprende el derecho de un trabajador a no afiliarse o a desafilarse de una organización sindical.

La libertad sindical plural plantea tres aspectos:

- Ante el Estado: Comprende la autonomía sindical, la personalidad jurídica y la diversidad sindical.
- Ante los empleadores: Comprende el fuero sindical y la proscripción de prácticas desleales.
- Ante las otras organizaciones sindicales: Comprende la diversidad sindical, la proscripción de las cláusulas sindicales, etc.

La libertad sindical *intuitu persona* se encuentra amparada genéricamente por el inciso 1 del artículo 28.º de la Constitución. Empero, una lectura integral de dicho texto demuestra que se encuentran excluidos de su goce los siguientes componentes del Estado peruano:

- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (artículo 42.º de la Constitución).
- Los miembros del Ministerio Público y del Órgano Judicial (artículo 153.º de la Constitución).
- Los miembros de la Administración Pública, con poder de decisión o que desempeñen cargos de confianza o dirección (artículo 42.º de la Constitución).

c.4.3.) La Constitución y los sindicatos

28. El sindicato es una organización o asociación integrada por personas que, ejerciendo el mismo oficio o profesión, o trabajando en un mismo centro de labores, se unen para alcanzar principalmente los siguientes objetivos:

- Estudio, desarrollo, protección y defensa de los derechos e intereses de sus miembros.
- Mejoramiento social, económico y moral de sus miembros.

Entre los principales fines y funciones que nuestra legislación establece para los sindicatos en el ámbito de la legislación privada, se tienen los siguientes:

- Representar al conjunto de trabajadores comprendidos dentro de su ámbito, en los conflictos, controversias o reclamaciones de naturaleza colectiva.
- Celebrar convenciones colectivas de trabajo y, dentro de ese contexto, exigir su cumplimiento.
- Representar o defender a sus miembros a su solicitud, en las controversias o reclamaciones de carácter individual.

- Promover la creación de organismos de auxilio y promoción social de sus miembros (cooperativas, cajas-fondos, etc.).

- Promover el mejoramiento cultural, así como la educación general, técnica y gremial de sus miembros.

Para ser miembro de un sindicato, la legislación del régimen privado exige lo siguiente:

- Ser trabajador de la empresa, profesión u oficio que corresponda según el tipo de sindicato y, dentro de ese contexto, haber superado el período de prueba.

- No formar parte del personal de dirección ni desempeñar cargo de confianza del empleador, salvo que el estatuto de la empresa expresamente lo admita.

- No encontrarse afiliado a otro sindicato.

En el caso de los sindicatos del sector público, la Ley N.º 27556 creó el Registro de Organizaciones Sindicales de Servidores Públicos. Así como el D.S. N.º 003-82-PCM del 22 de enero de 1982, relativo a las organizaciones sindicales de los servidores.

c.4.4.) El convenio colectivo

29. Se le define como el acuerdo que permite crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones referidas a remuneraciones, condiciones de trabajo, productividad y demás aspectos concernientes a las relaciones laborales. En puridad, emana de una autonomía relativa consistente en la capacidad de regulación de las relaciones laborales entre los representantes de los trabajadores y sus empleadores.

El convenio colectivo permite la facultad de autorregulación entre trabajadores y empleadores, a efectos de reglamentar y administrar por sí mismos sus intereses en conflicto. Surge de la negociación llevada a cabo entre el empleador o una organización de empleadores y una o varias organizaciones sindicales, con miras a ordenar y regular las relaciones laborales. En la doctrina aparece bajo varias denominaciones; a saber, contrato de paz social, acuerdo corporativo, pacto de trabajo, etc.

Esta convención es establecida por los representantes de los trabajadores expresamente elegidos y autorizados para la suscripción de acuerdos y por el empleador o sus representantes.

La convención colectiva –y, más precisamente, su producto, el convenio colectivo, que contiene normas jurídicas– constituye un instrumento idóneo para vitalizar la promoción de la armonía laboral, así como para conseguir un equilibrio entre las exigencias sociales de los trabajadores y la realidad económica de la empresa.

c.4.4.1.) Los elementos del convenio colectivo

30. Los elementos de este instituto son:

- Los agentes negociadores.
- El contenido negocial.
- La fuerza normativa y la eficacia de la convención colectiva.

c.4.4.2.) Las características del convenio colectivo

31. Entre las principales características se cuentan las siguientes:

- La supraordinación del convenio colectivo sobre el contrato de trabajo; ello en virtud a que el primero puede modificar los aspectos de la relación laboral pactada a título individual, siempre que sea favorable al trabajador.

- La aplicación retroactiva de los beneficios acordados en el convenio, dado que rige desde el día siguiente de la caducidad del convenio anterior o en su defecto desde la fecha de presentación del pliego de reclamos; a excepción de las estipulaciones que señalan plazo distinto o que consisten en obligaciones de hacer o de dar en especie, que rigen desde la fecha de su suscripción.

- Los alcances del convenio tienen una duración no menor de un año.

- Los alcances del convenio permanecen vigentes hasta el vencimiento del plazo, aun cuando la empresa fuese objeto de fusión, traspaso, venta, cambio de giro del negocio, etc.

c.4.4.3.) Tipología del convenio colectivo

32. Desde un punto de vista doctrinario, se presentan los dos modelos siguientes:

- El modelo vertical: La normatividad estatal limita en términos bastante específicos el poder negocial de los trabajadores y empleadores.

- El modelo horizontal: La normatividad estatal deja en gran medida a la discrecionalidad de las partes de la relación negocial, los alcances de las convenciones colectivas.

Podemos afirmar, con los matices necesarios, que en nuestro país el modelo horizontal es aplicable al régimen privado y el vertical al público.

c.4.4.4.) El carácter y alcance del convenio colectivo

33. La Constitución de 1979 declaraba que la convención colectiva tenía fuerza de ley entre las partes. Ello implicaba lo siguiente:

- El carácter normativo del convenio colectivo, que lo convertía en un precepto especial del derecho laboral.
- Su alcance de norma con rango de ley.

En cambio, el inciso 2 del artículo 28º de la Constitución actual señala que las convenciones colectivas tienen fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. En tal sentido, la fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado obliga:

- A las personas celebrantes de la convención colectiva.
- A las personas representadas en la suscripción de la convención colectiva.
- A las personas que se incorporen con posterioridad a la celebración de la convención colectiva.

Esta noción (ámbito vinculante en el ámbito de lo concertado), ha sido recogida de la Constitución española de 1978, y se la concibe como referente del carácter normativo del acuerdo laboral. Tal como refiere Javier Neves Mujica, [Introducción al derecho laboral. Lima; PUCP, 2003], esto implica la aplicación automática de los convenios colectivos a las relaciones individuales comprendidas en la unidad negocial correspondiente, sin

que exista la necesidad de su posterior recepción en los contratos individuales, así como su relativa imperatividad frente a la autonomía individual, la que sólo puede disponer su mejora pero no su disminución.

Cabe señalar que la fuerza vinculante para las partes establece su obligatorio cumplimiento para las personas en cuyo nombre se celebró, así como para los trabajadores que se incorporaron con posterioridad a las empresas pactantes, con excepción de quienes ocupen puestos de dirección o desempeñen cargos de confianza.

En suma: dentro del contexto anteriormente anotado, la fuerza vinculante implica que en la convención colectiva las partes pueden establecer el alcance y las limitaciones o exclusiones que autónomamente acuerden con arreglo a ley.

De conformidad con lo establecido en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, la convención caduca automáticamente cuando venza del plazo fijado, salvo en aquellos casos en que las partes celebrantes hubieren acordado expresamente su renovación o prórroga.

Para el caso del sector público rige el Convenio N.º 151 de la OIT, relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, así como el D.S. N.º 003-82-PCM del 22 de enero de 1982, relativo a las organizaciones sindicales de los servidores públicos y a los procedimientos para determinar las condiciones de empleo.

c.4.4.5.) El caso del convenio colectivo articulado (rama de actividad)

34. Dicha modalidad, que se aplica en el régimen privado, consiste en la celebración de un acuerdo de carácter nacional o rama de actividad, a efectos de poder uniformizar un tipo específico de relación laboral, así como para salvaguardar el ejercicio de este derecho en favor de los trabajadores en aquellos casos en que ésta sea la única forma posible de negociación colectiva.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en el Caso Cámara Peruana de la Construcción -CAPECO vs. Ministerio de Trabajo (Expediente N.º 0261-2003-AA/TC), ratificó la validez de la implementación del convenio colectivo articulado para el caso de los Trabajadores de Construcción Civil, debido a la imposibilidad de tales trabajadores de acceder a la negociación y acuerdo concertado, siempre que no sea a través del pliego de reclamos por rama de actividad.

c.4.5.) La intervención de terceros en la solución de los conflictos laborales

35. A tenor del inciso 2 del artículo 28.º de la Constitución, la intervención del Estado o de entes o personas de la sociedad civil en el régimen privado deben observar dos aspectos muy concretos, a saber:

- Fomentar el convenio colectivo.
- Promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales en caso de existencia de discrepancias entre los agentes negociadores de la convención colectiva.

En cuanto al primer aspecto, el fomento se viabiliza a través de la expedición de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo para el caso de la actividad privada.

En cuanto al segundo, la promoción se viabiliza según la norma anotada, a través de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje.

Esta promoción se justifica en razón de las dos consideraciones siguientes:

- Asegurar que el desacuerdo entre los agentes negociadores no se prolongue indefinidamente en el tiempo, de modo que se consolide la paz laboral y el normal desarrollo de la actividad económica.

- Otorgar satisfacción mancomunada, por la vía pacífica, a las pretensiones de las partes contendientes en el conflicto laboral.

36. La conciliación se define como el acto de ajustar o componer los ánimos de las partes, que tienen posturas opuestas entre sí. La conciliación laboral en el ámbito privado se gesta cuando las partes negociadoras de una convención informan a la Autoridad de Trabajo la terminación de la negociación colectiva, por la existencia de una abierta discrepancia sobre la totalidad o parte de las materias objeto del conflicto. Dentro de ese contexto, solicitan el impulso de dicho procedimiento.

Más aún, la legislación nacional prevé que aun cuando las partes no promovieran el procedimiento de conciliación, la Autoridad de Trabajo tiene facultades para gestarlo de oficio.

Se trata de una forma interventiva de solución pacífica del conflicto laboral –acentuado por el fracaso de la negociación directa entre los representantes de los empleadores y de los trabajadores–, que consiste en que un tercero neutral (el Estado) interpone sus “buenos oficios” induciendo a las partes a zanjar sus diferencias y ayudándolos a encontrar una solución satisfactoria para ambos; vale decir, se propende a que alcancen por sí mismos un acuerdo que ponga fin al conflicto.

La labor conciliadora consiste en apaciguar y frenar la confrontación. Atenuar las diferencias, propiciar un diálogo constructivo y sugerir vías de entendimiento.

Las principales características de la labor conciliadora son:

- Flexibilidad: Se promueve con prescindencia de acciones carentes de complejidad y rigidez a efectos de alcanzar la búsqueda de una solución.
- Rapidez: Se promueve con celeridad y prontitud en aras de evitar la prolongación del conflicto.
- Reserva: Se promueve con sigilo y discreción en relación a las personas o entes ajenos al conflicto.
- Decisividad: Se promueve en aras de alcanzar un acuerdo que suponga la solución encontrada por las partes, produciendo efectos homólogos a una sentencia, laudo o resolución.

El conciliador –que puede ser un particular o un funcionario del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo– desempeña un papel activo en la promoción del avenimiento de las partes.

En puridad, el conciliador interpone sus “buenos oficios” a efectos de que las partes se avengan a encontrar por sí mismas el acuerdo que ponga fin al conflicto.

37. La mediación es el acto de interposición de fórmulas de avenimiento a la solución del conflicto. La mediación laboral, en el ámbito privado, se gesta cuando los agentes negociadores solicitan o autorizan específicamente al conciliador la presentación de una o varias propuestas de solución.

El tercero interviniente en la solución del conflicto juega como mediador un rol más activo que como conciliador, en razón de que directamente sugiere las propuestas de solución.

La mediación se produce de una forma interventiva, a través de la cual un tercero neutral propone, a pedido de las partes en conflicto, alternativas de solución. Estas pueden ser aceptadas o desestimadas por los agentes negociadores.

Entre las principales características de la mediación se tiene:

- Propositividad: Dicha actividad no sólo consiste en acercar a las partes en conflicto, sino que a petición de estos se expone, sugiere y formula una vía de solución.
- Solemnidad: Se lleva a cabo de manera formal y ritualista.
- Reserva: Se lleva a cabo con sigilo y discusión, en relación a las personas o entes ajenos al conflicto.
- Decisividad: En caso de alcanzar éxito, la solución aceptada por los agentes negociadores produce efectos homólogos a una sentencia, laudo o resolución.

38. El arbitraje se define como el acto de resolución extrajudicial de un conflicto laboral. El arbitraje laboral, en el ámbito privado, se logra cuando los actos de conciliación o mediación no han solucionado el conflicto. Dentro de ese contexto, los agentes negociadores deciden someter el diferendo a arbitraje.

El arbitraje puede estar a cargo de un árbitro impersonal, un tribunal *ad hoc*, la Autoridad de Trabajo, etc.

Se trata de una forma interventiva a través de la cual un tercero neutral establece, por medio de un laudo, la solución del conflicto.

Entre las principales características del arbitraje aparecen las siguientes:

- Autonomía: Se despliega dentro del marco de la Constitución y la ley con plena capacidad y competencia para resolver el conflicto.
- Solemnidad: Se lleva a cabo de manera formal y ritualista.

- Reserva: Se lleva a cabo con sigilo y discreción en relación a las personas o entes ajenos al conflicto.

- Vinculatoriedad: Genera consecuencias jurídicas obligatorias para las partes comprometidas en el arbitraje.

El arbitraje puede surgir como consecuencia de una sumisión voluntaria, en donde las partes en conflicto, a través de sus negociadores, acuden a un tercero neutral para la solución del conflicto; o de una sumisión obligatoria en donde las partes quedan vinculados a los resultados de un arbitraje por mandato de la ley.

39. El laudo que se expide como consecuencia del arbitraje tiene carácter de inimpugnable e imperativo. No obstante, nuestra legislación permite excepcionalmente la impugnación judicial del laudo en los dos casos siguientes:

- Por vicio de nulidad.
- Por establecer menores derechos a los contemplados por la ley en favor de los trabajadores.

c.4.6) La huelga

40. Este derecho consiste en la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores. La ley del régimen privado, aplicable en lo pertinente al sector público, exige que esta acción de cesación transitoria de la actividad laboral se efectúe en forma voluntaria y pacífica –sin violencia sobre las personas o bienes– y con abandono del centro de trabajo.

Por ende, huelguista será aquel trabajador que ha decidido libremente participar en un movimiento reivindicatorio.

Por huelga debe entenderse, entonces, al abandono temporal con suspensión colectiva de las actividades laborales, la cual, dentro de determinadas condiciones, se encuentra amparada por la ley.

Enrique Álvarez Conde [*Curso de Derecho Constitucional VI*. Madrid: Tecnos, 1999, pág. 466] refiere que se trata de una “(...) perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de voluntades por parte de los trabajadores”.

Mediante su ejercicio los trabajadores, como titulares de dicho derecho, se encuentran facultados para desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales, a efectos de poder alcanzar la obtención de algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socio-económicas o laborales. Por ello, debe quedar claramente establecido que la huelga no tiene una finalidad en sí misma, sino que es un medio para la realización de fines vinculados a las expectativas e intereses de los trabajadores.

En puridad, la huelga es una manifestación de fuerza, respaldada por el derecho, tendente a defender los legítimos intereses de los trabajadores.

Al respecto, tal como expone Álvarez Conde [ob.cit, pág. 466] "(...) la huelga tiende a establecer el equilibrio entre partes con fuerza económicamente desiguales".

En ese sentido, como bien refiere Francisco Fernández Segado [*El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1992] "(...) la experiencia secular ha mostrado su necesidad para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socio-económicos".

Debe advertirse que la huelga no es un derecho absoluto, sino regulable. Por ende, debe efectivizarse en armonía con los demás derechos.

En aquellos casos en que no exista legislación sobre la materia, tal ausencia no puede ser esgrimida como impedimento para su cabal efectivización por parte de los titulares de este derecho humano.

El ejercicio del derecho de huelga presupone que se haya agotado previamente la negociación directa con el empleador, respecto de la materia controvertible.

c.4.6.1.) La titularidad del derecho de huelga

41. La doctrina tiene opiniones dispares sobre este punto, ya sea respecto a la titularidad de los trabajadores en sentido lato o a la de los trabajadores adscritos a una organización sindical.

Este Colegiado estima que, de conformidad con lo establecido en los artículos 72.º y 73.º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Supremo N.º 010-2003-TR), su ejercicio corresponde a los trabajadores en sentido lato, aunque sujeto a que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determina la ley y dentro de su marco, el estatuto de la organización sindical.

Al respecto, Fernando Elías Mantero [*Derecho Laboral -Relaciones Colectivas de Trabajo*. Lima: Ius Editores, p. 278] señala que su ejercicio corresponde a los trabajadores en general; es decir, que son ellos y no la asamblea sindical los que acuerdan la huelga. Añadamos, en el ámbito respectivo.

Entre las atribuciones vinculadas al derecho de huelga aparecen las siguientes:

- Facultad de ejercitar o no ejercitar el derecho de huelga.
- Facultad de convocatoria dentro del marco de la Constitución y la ley. En ese contexto, también cabe ejercitar el atributo de su posterior desconvocatoria.
- Facultad de establecer el petitorio de reivindicaciones; las cuales deben tener por objetivo la defensa de los derechos e intereses socio-económicos o profesionales de los trabajadores involucrados en la huelga.
- Facultad de adoptar las medidas necesarias para su desarrollo, dentro del marco previsto en la Constitución y la ley.
- Facultad de determinar la modalidad de huelga; esto es, si se lleva a cabo a plazo determinado o indeterminado.

Desde una perspectiva doctrinaria avalada por la jurisprudencia más avanzada se acepta que la huelga debe ser convocada tomándose en consideración lo siguiente:

- La existencia de proporcionalidad y carácter recíproco de las privaciones y daño económico para las partes en conflicto.

- La constatación de que no se haya impuesto a los trabajadores discrepantes con la medida de fuerza acordada la participación en la huelga.

c.4.6.1.) Las limitaciones del ejercicio del derecho de huelga

42. La Constitución señala textualmente que se encuentran impedidos de ejercer el derecho de huelga:

- Los funcionarios de la Administración Pública con poder de decisión o con cargo de confianza o de dirección (artículo 42.º de la Constitución).

- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (artículo 42.º de la Constitución).

- Los miembros del Ministerio Público y del Órgano Judicial (artículo 153.º de la Constitución).

Debe anotarse que el inciso 3 del artículo 28.º de la Constitución señala, por equívoco conceptual, que la huelga debe ejercerse en armonía con el interés social.

En el campo del derecho público es evidente la diferencia conceptual entre el interés público y el interés social. Este último se utiliza como medida tuitiva en favor de sectores económico-sociales que soportan condiciones desventajosas de vida.

En rigor, la huelga debe ejercerse en armonía con el interés público, que hace referencia a las medidas dirigidas a proteger aquello que beneficia a la colectividad en su conjunto.

El Tribunal Constitucional deja constancia de ello, en razón a las atribuciones estipulativas que contienen sus decisiones jurisdiccionales.

d) Evaluación de la constitucionalidad de los artículos impugnados

43. Después de haber precisado el parámetro constitucional de la función pública y del trabajo, corresponde evaluar, conforme a dicho marco, si las normas impugnadas vulneran los artículos de la Constitución que alegan los demandantes.

d.1.) La carrera administrativa como bien jurídico constitucional

44. Los demandantes sostienen que el artículo 15.º de la Ley Marco del Empleo Público omite incluir el derecho de los servidores públicos a la carrera administrativa que la Constitución Política del Estado garantiza en su artículo 40.º.

Por su parte, el Apoderado del Congreso afirma que dicha ley se refiere a los derechos del empleado público con

carácter general, y no a los derechos de los servidores públicos en particular, que son los comprendidos en la carrera administrativa conforme al artículo 40° de la Constitución.

El artículo 40.° de la Constitución dispone que la "Ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza (...)".

Al respecto, el Tribunal Constitucional estima que el texto constitucional reconoce la existencia de una carrera administrativa para los servidores públicos, pero también que el ingreso a ella y los derechos, deberes y responsabilidades serán regulados por ley. Por tanto, en rigor, estamos frente a un bien jurídico garantizado por la Constitución cuyo desarrollo se delega al legislador.

45. Ahora bien, conforme al artículo 40° de la Constitución, la carrera administrativa comprende a los servidores públicos, pero no a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. El artículo 4.° de la Ley N.° 28175, en concordancia con el artículo constitucional citado, clasifica a los servidores civiles del Estado en:

- Funcionarios públicos, que pueden ser de elección popular directa y universal o confianza política originaria, de nombramiento y remoción regulados y de libre nombramiento y remoción.
- Empleados de confianza.
- Servidores públicos. Estos se clasifican en directivo superior, ejecutivo, especialista y de apoyo.

Como puede observarse, la regulación de la Ley Marco del Empleo Público es general, pues se limita a clasificar al personal civil del empleo público en diversas categorías conforme al marco constitucional del artículo 40.°.

En efecto, la ley agrupa y establece las características básicas de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa y de los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza.

46. Por su parte, el artículo 15.° de la Ley N.° 28175 regula con carácter general una serie de derechos comunes a las diversas categorías de servidores civiles del Estado a que se refieren el artículo 40.° de la Constitución y el artículo 4.° de la ley impugnada. En ese sentido, la misma ley, en su segunda disposición transitoria, complementaria y final, estableció la obligación por parte del Ejecutivo de remitir al Congreso de la República, entre otras, las propuestas legislativas para la Ley de Carrera del servidor público y la Ley de los funcionarios públicos y empleados de confianza.

Conforme obra en autos, el Poder Ejecutivo, con fecha 23 de junio de 2004, se encargó de remitir al Congreso de la República, entre otros, el proyecto de Ley de Carrera Administrativa del Servidor Público, que actualmente se encuentra en debate y que regulará en detalle el

ingreso, los derechos, los deberes y responsabilidades de los servidores públicos en el desempeño de la carrera administrativa.

Por tanto, el artículo 15.° de la Ley N.° 28175 no vulnera el artículo 40.° de la Constitución, ya que el precepto cuestionado no tiene por objeto regular exclusivamente los derechos de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa, sino los derechos básicos de los empleados públicos en general. Por lo demás, los derechos específicos de los servidores públicos comprendidos en la carrera administrativa actualmente están regulados por el Decreto Legislativo N.° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público; y, de acuerdo a la segunda disposición transitoria, complementaria y final de la Ley N.° 28175 corresponderá al Congreso de la República aprobar una nueva Ley de la Carrera Administrativa que se encargará de regular los derechos específicos de los servidores públicos comprendidos en dicho régimen.

d.2.) Derechos de sindicación, huelga y negociación colectiva de los servidores públicos conforme a la Constitución

47. Los demandantes alegan que el artículo 15° de la ley impugnada vulnera los derechos de sindicación y huelga debido a que el texto del artículo no los enumera expresamente.

El Apoderado del Congreso manifiesta que el hecho de que la Ley Marco del Empleo Público no declare los derechos de sindicación y huelga no implica, en modo alguno, que los desconozca, ya que estos se encuentran reconocidos por la Constitución, los Convenios Internacionales de Protección de los Derechos Humanos y la Ley N.° 27556, que crea el Registro de Organizaciones Sindicales de Servidores Públicos.

El Tribunal Constitucional no comparte el argumento de los demandantes. El artículo

15.° de la Ley N.° 28175, referido a la enumeración de derechos del empleado público en general, establece que: "El empleado público, sin excluir otros que le otorgan la Constitución y las leyes, tiene derecho a: (...)". El artículo impugnado es una norma de remisión que, lejos de restringir o violar derechos para los empleados públicos, los amplía. En efecto, no es una condición indispensable para la vigencia de los derechos constitucionales que tengan que ser reiterados y consignados repetidamente en la ley.

48. La Constitución es una norma jurídica vinculante y los derechos que reconoce pueden ser directamente aplicados. Al respecto, este Tribunal ha declarado que la Constitución "(...) no es solo "una" norma, sino, en realidad, un "ordenamiento", que está integrado por el Preámbulo, sus disposiciones con numeración romana y arábica, así como por la Declaración sobre la Antártida que ella contiene. Toda ella comprende e integra el documento escrito denominado 'Constitución Política de la República del Perú' y, desde luego, toda ella posee fuerza normativa (...)". (Caso sesenta y cuatro Congresistas de la República

contra los artículos 1°, 2°, 3°, y la primera y segunda disposición final y transitoria de la Ley N.° 26285, Exp. N.° 005-2003-AI/TC, fundamento 21).

La Constitución reconoce los derechos de sindicación y huelga para los trabajadores, derechos que también son aplicables a los empleados públicos con las limitaciones que la propia Constitución establece. Así, el artículo 42.° de la Constitución prescribe que se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos, aunque precisando que los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, no son titulares de tales derechos.

49. El artículo 15.° de la Ley N.° 28175 reconoce algunos derechos de los empleados públicos en general, es decir, a los servidores públicos y a los funcionarios del Estado con poder de decisión, de manera que la regulación específica del ejercicio de los derechos de sindicación y huelga para los servidores públicos corresponderá a la ley que regule la carrera administrativa de los servidores públicos conforme a la segunda disposición transitoria de la Ley N.° 28175 o a una ley especial.

En el mismo sentido, el artículo cuestionado también remite a otras leyes que pudieran reconocer otros derechos. Al respecto, el Apoderado del Congreso de la República se ha encargado de recordar que esta remisión, entre otras, se refiere a la Ley N.° 27556, que crea el Registro de Organizaciones Sindicales de Servidores Públicos. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional considera que el uso de la técnica legislativa de la remisión no vulnera los derechos constitucionales alegados por los demandantes, puesto que las normas que componen nuestro ordenamiento jurídico son complementarias.

50. Lo mismo podemos decir de los tratados internacionales. En efecto, conforme al artículo 55° de la Constitución, los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico. En ese sentido, por el hecho de que una ley no se refiera a ellos o que no regule las mismas materias, no se dejarán de aplicar los tratados internacionales que reconocen derechos a los empleados públicos, puesto que son normas jurídicas válidas y vinculantes dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional.

Igualmente, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Norma Suprema, los tratados internacionales en materia de derechos humanos deberán aplicarse para la interpretación de los derechos y libertades que la Constitución consagra en materia laboral. En efecto, los derechos laborales de los servidores aludidos por los demandantes, deberán interpretarse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9.° del Convenio 87 relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación; por el artículo 8.° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y por el artículo 8.° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos

Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales o Culturales o "Protocolo de San Salvador", entre otros.

Por tanto, el artículo 15.° de la Ley N.° 28175 no vulnera los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos reconocidos en los artículos 28.° y 42.° de la Constitución.

51. Los demandantes afirman que el numeral 10 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.° 28175 vulnera el derecho a la negociación colectiva, ya que establece que todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado. Añaden que esta norma hace imposible la realización de las convenciones colectivas en el sector público, vulnerando de este modo la libertad sindical, pues la normatividad presupuestal no contempla la participación de los trabajadores sindicalizados y, por tanto, no se previene la solución de pliegos de reclamos.

El Apoderado del Congreso manifiesta que la previsión presupuestal no viola los derechos alegados, puesto que ésta deriva del principio constitucional de legalidad presupuestaria y lo único que se pretende es que los gastos relativos al empleo público estén autorizados y presupuestados.

El artículo 28.° de la Constitución dispone que el Estado reconoce el derecho a la negociación colectiva, cautela su ejercicio democrático, fomenta la negociación colectiva, y que la convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

Al respecto, este Colegiado anteriormente ha señalado que "(...) el derecho constitucional a la negociación colectiva se expresa principalmente en el deber del Estado de fomentar y estimular la negociación colectiva entre los empleadores y trabajadores, conforme a las condiciones nacionales, de modo que la convención colectiva que se deriva de la negociación colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado" (Caso COSAPI S.A., Exp. N.° 0785-2004-AA/TC, fundamento 5).

52. Para ser titular de este derecho existe una condición previa que se deriva del carácter colectivo de la negociación, de manera que los titulares deberán ser los sindicatos, las organizaciones representativas de los trabajadores o los representantes de los trabajadores.

En ese sentido, la Constitución reconoce en su artículo 42.° el derecho de sindicación de los servidores públicos. Consecuentemente, las organizaciones sindicales de los servidores públicos serán titulares del derecho a la negociación colectiva, con las excepciones que establece el mismo artículo 42°, a saber los funcionarios del Estado con poder de decisión, los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, y los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Por ello, para una adecuada interpretación del ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los servidores, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, debemos tener presente el Convenio N.° 151.° de la OIT relativo a la protección del derecho

de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones del empleo en la administración pública.

53. Dicho Convenio establece en su artículo 7.º que deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos en torno a las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.

En el caso del Perú, el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos, a través de sus organizaciones sindicales, como cualquier otro derecho, no es absoluto y está sujeto a límites.

En efecto, dentro de las condiciones nacionales a que hace referencia el Convenio 151.º, la Constitución establece determinadas normas relativas al presupuesto público. En efecto, a tenor de los artículos 77.º y 78.º de la Norma Suprema, el presupuesto

asigna equitativamente los recursos públicos, y su proyecto debe estar efectivamente equilibrado.

Consecuentemente, si el empleador de los servidores públicos es el Estado a través de sus diferentes dependencias, las limitaciones presupuestarias que se derivan de la Constitución deben ser cumplidas en todos los ámbitos del Estado.

Por ello, en el caso de las negociaciones colectivas de los servidores públicos, éstas deberán efectuarse considerando el límite constitucional que impone un presupuesto equilibrado y equitativo, cuya aprobación corresponde al Congreso de la República, ya que las condiciones de empleo en la administración pública se financian con recursos de los contribuyentes y de la Nación.

54. Por otro lado, una negociación colectiva en el ámbito laboral implica contraponer posiciones, negociar y llegar a un acuerdo real que ambas partes puedan cumplir. En tal sentido, no porque la ley disponga que todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado se vulnera el derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical.

En efecto, precisamente después de los acuerdos logrados mediante la negociación colectiva, conforme a la legislación vigente para los servidores públicos, los que tengan incidencia económica se podrán autorizar y programar en el presupuesto.

Por tanto, este Tribunal Constitucional estima que el numeral 10 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 28175 no vulnera el derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos, ya que dicha norma es compatible con los límites constitucionales que en materia presupuestaria prevé la Constitución.

d.3.) Cuestiones relativas a la relación laboral de los empleados públicos en el marco de la Constitución

55. Los demandantes consideran que el inciso d) del artículo 16º de la ley impugnada introduce la figura del contrato de trabajo, propia de los trabajadores privados, para el caso de los empleados públicos, vulnerándose con ello el derecho a la carrera administrativa. Al respecto, como ya se ha establecido anteriormente, el artículo 40.º de la Constitución reconoce a la carrera administrativa como un bien jurídico constitucional, precisando que por ley se regularán el ingreso, los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores.

Por consiguiente, siendo la carrera administrativa un bien jurídico constitucional que debe ser garantizado por el legislador, el Tribunal Constitucional estima que el inciso cuestionado, referido a las obligaciones de los empleados públicos, sólo será constitucional en la medida que el contrato de trabajo y las fuentes normativas del empleo público, previsto en él, se apliquen a los empleados de confianza a que se refiere la ley, mientras que, para el caso de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa, sólo estarán sujetos a las fuentes normativas del empleo público, no siéndoles de aplicación la disposición referida al contrato de trabajo.

56. Los demandantes alegan que la última parte del numeral 8 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 28175, relativo a los principios que rigen el empleo público, viola el principio de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, precepto contenido en el artículo 26.º de la Constitución.

El numeral cuestionado, sobre principios de derecho laboral, dispone que rigen en las relaciones individuales y colectivas del empleo público los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la interpretación más favorable al trabajador en caso de duda. Asimismo, establece que en la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio.

La parte de la norma cuestionada cuya inconstitucionalidad se alega, no se relaciona con el principio de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, ya que este precepto constitucional es de obligatorio cumplimiento al momento de interpretarse una norma.

La disposición cuestionada se refiere a una regla que puede ser aplicada al conflicto de principios laborales de orden legal.

57. El Tribunal Constitucional considera que cuando la ley prevé que se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio, no impone una obligación absoluta, sino únicamente la afirmación de que se deben hacer los esfuerzos necesarios para arribar a ellas. Empero, si en caso ello no fuera posible, tendrá que primar alguno de

los principios laborales a que alude la norma cuestionada según sea el caso concreto.

De otro lado, estima que, en ambos casos, cualquiera sea la solución a la que se arribe, tratándose de relaciones de empleo público, individuales o colectivas, donde se encuentren en juego derechos constitucionales, la solución a la colisión de principios deberá efectuarse conforme al artículo 23.º de la Constitución, que establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Por lo expuesto, la norma cuestionada sólo será constitucional siempre y cuando se interprete conforme al presente fundamento.

58. Los demandantes alegan que el inciso c) del artículo 22.º de la Ley N.º 28175, al consagrar el mutuo disenso como causal de la terminación del empleo público, vulnera el principio constitucional del carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, el cual está consagrado en el numeral 2 del artículo 26.º de la Constitución.

En efecto, dicho artículo constitucional reconoce que en la relación laboral se respetará tal principio que consagra, con carácter general, no sólo el respeto de los derechos de carácter laboral sino de otros derechos y libertades reconocidos por la Constitución y la ley. A su turno, el artículo 103.º de la Constitución dispone que la ley se deroga por otra ley y que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos.

Por tanto, es coherente afirmar que para que sea posible la aplicación del artículo 26º de la Constitución, debe existir una relación laboral y que el trabajador no podrá renunciar, o disponer, cualquiera sea el motivo, de los derechos y libertades que la Constitución y leyes vigentes al momento de la relación laboral le reconocen.

59. En el caso de la incorporación del mutuo disenso como causal de terminación del empleo público, el Tribunal Constitucional considera que tal regulación no viola dicho principio, porque con esta causal no se obliga al trabajador público a renunciar o disponer de sus derechos previstos en la Constitución y la ley.

El mutuo disenso permite iniciar una negociación a fin de poner término a la relación laboral, sea en el ámbito público o privado, la misma que siempre dependerá del acuerdo de ambas partes. Ergo, no cabe aplicar la figura del mutuo disenso cuando el trabajador o empleado público no acepte acceder a la terminación del vínculo laboral en dicho contexto.

En efecto, bajo el actual sistema legal, los servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada pueden concluir su relación laboral por la causal de mutuo disenso conforme lo establece el inciso d) del artículo 16º del D.S. N.º 003-97-TR. Los servidores públicos sujetos al

régimen legal del Decreto Legislativo N.º 276, que como este Colegiado ha expresado en reiterada jurisprudencia, constituye el estatuto de los servidores públicos y gozan de estabilidad laboral, también pueden optar por el mutuo disenso como una forma de término del empleo público, si así lo consideran, sin que ello signifique una modificación del régimen de estabilidad laboral del que gozan los servidores públicos reconocido por el Decreto Legislativo N.º 276.

Un trabajador público que en vez de renunciar opta por el mutuo disenso puede obtener una serie de incentivos o ventajas de carácter económico, laboral o previsional, entre otros, dentro del marco de la Constitución y la Ley. Por lo demás, en el supuesto de que existiese algún vicio de la voluntad del trabajador en la celebración del mutuo disenso, como la violencia o intimidación, entre otras, el acuerdo no tendrá efectos jurídicos. En tal sentido, acreditado el vicio de la voluntad los funcionarios responsables quedarán sujetos a las penalidades que contempla la legislación penal, administrativa, laboral y civil correspondiente.

Por tanto, la causal del inciso c) del artículo 22º de la Ley N.º 28175 no vulnera el numeral 2 del artículo 26.º de la Constitución, ya que en dicho supuesto el empleado público no renuncia a ningún derecho.

VII. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el numeral 10 del Artículo IV del Título Preliminar, artículo 15º, e inciso c) del artículo 22 de la Ley N.º 28175.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el numeral 8 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 28175, debiéndose interpretar dicho precepto conforme al fundamento 57 de la presente sentencia, en el sentido que tratándose de relaciones de empleo público, individuales o colectivas, donde se encuentren en juego derechos constitucionales, la solución a la colisión de principios deberá efectuarse conforme al artículo 23.º de la Constitución, que establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.
3. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el inciso d) del artículo 16º de la Ley N.º 28175, debiéndose interpretar dicho precepto conforme al fundamento 55 de la presente sentencia en el sentido que el inciso cuestionado, sólo será constitucional en la medida que el contrato de trabajo y las fuentes normativas del empleo público, previsto en él, se apliquen a los empleados de confianza a que se refiere la ley, mientras que, para el caso de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa, sólo estarán

sujetos a las fuentes normativas del empleo público, no siéndoles de aplicación la disposición referida al contrato de trabajo.

4. **EXHORTAR** al Congreso de la República para que con el carácter de prioritario y urgente apruebe, en la presente legislatura, las leyes complementarias a la Ley Marco del Empleo Público a fin de iniciar la uniformidad, equidad y modernización del

empleo público, elemento fundamental para un adecuado funcionamiento de la Administración Pública.

5. **DECLARAR** que, de acuerdo a lo dispuesto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, los derechos laborales de los trabajadores, como los de sindicación, negociación colectiva y huelga previstos en el artículo 28° de dicho texto, deberán interpretarse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 8° del Protocolo Adicional a la

Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales o Culturales o "Protocolo de San Salvador"; el Convenio 87 de la OIT relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación; el artículo 6° del Convenio N.° 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva; y el Convenio N.° 151 de la OIT, relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, entre otros tratados de derechos humanos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

Exp. N° 0019-2005-PI/TC [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República. Se declara la inconstitucionalidad de la frase "y domiciliaria" del primer párrafo del artículo 47° del Código Penal, modificado por el Artículo Único de la Ley N.º 28658, que equiparaba el tiempo de detención domiciliaria con el de detención judicial preventiva].

Fecha de Resolución: 21 de julio de 2005

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 21 de julio de 2005

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la norma cuestionada que permitía que el arresto domiciliario sea abonado automáticamente al cómputo de la pena privativa de la libertad. Señaló que constituye una vulneración al principio de igualdad reconocido por la Constitución el hecho de que la referida ley haya dispensado un mismo tratamiento al arresto domiciliario y a la detención judicial preventiva, a pesar de ser dos medidas cautelares sustancialmente distintas, tanto en los presupuestos jurídicos que las justifican como en los efectos personales que generan en el procesado, según lo tenía establecido el propio Tribunal en reiterada jurisprudencia.

En efecto, sostuvo que "(...) si bien cabe alegar una sustancial identidad entre los efectos personales de la prisión preventiva y los que genera la pena privativa de libertad, lo cual justifica que el tiempo de aquella se abone para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención, en modo alguno puede sostenerse lo mismo en lo que a la detención domiciliaria respecta. Sin embargo, el legislador, a través de la ley impugnada, dispensó igual trato a ambos supuestos (el arresto domiciliario y la detención preventiva), con lo cual implícitamente está afirmando que la detención domiciliaria genera la misma incidencia sobre la libertad personal que la producida mientras se cumple pena privativa de libertad en un centro penitenciario. En otras palabras, el Congreso de la República ha optado por generar una "identidad matemática" entre el arresto domiciliario y la pena privativa de libertad, permitiendo que aquel y ésta sean equiparados, de manera tal que cada día de permanencia de la persona en su hogar o en el domicilio por ella escogido, sea homologado como un día purgado de la pena privativa de libertad, en el caso que sea dictada una sentencia condenatoria. Tal hecho (...) resulta manifiestamente irrazonable" (F.J. 24).

Asimismo, el Tribunal lamentó que el Congreso de la República, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial no hayan advertido el serio daño a la lucha contra la corrupción que la ley impugnada cometía, así como la manifiesta inconstitucionalidad en que incurría. Es por ello que exhortó a los poderes públicos a guardar *in suo ordine* una especial diligencia en el combate contra este flagelo social, que debe ser extirpado no sólo mediante medidas sancionatorias, sino también a través de una intensa política educativa que incida en los valores éticos que deben prevalecer en todo Estado social y democrático de Derecho.

Temas Claves: Control difuso judicial - contenido esencial del derecho a la libertad personal - derecho a la libertad personal - detención domiciliaria - detención preventiva - fines de la pena - pena privativa de libertad - principio de igualdad - test de proporcionalidad.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
0019-2005-PI/TC**

**SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 21 de Julio de 2005

Más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República (demandantes) c. Congreso de la República (demandado)

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley N.º 28568, cuyo Artículo Único modifica el artículo 47º del Código Penal.

Magistrados firmantes:

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

EXP. N.º 0019-2005-PI/TC

LIMA

**MÁS DEL 25% DEL NÚMERO
LEGAL DE MIEMBROS DEL
CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de julio de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra el Artículo Único de la Ley N.º 28568, que modifica el artículo 47º del Código Penal.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso: Proceso de inconstitucionalidad.

Demandantes: 31 Congresistas de la República.

Normas sometidas a control : Artículo Único de la Ley N.º 28568.

Bienes constitucionales cuya afectación se alega:

Derecho a la igualdad ante la ley (inciso 2 del artículo 2º de la Constitución) y el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación,

rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (inciso 22 del artículo 139º de la Constitución)

Petitorio: Que se declare la inconstitucionalidad del Artículo Único de la Ley N.º 28568, que modifica el artículo 47º del Código Penal, y que, consecuentemente, se declaren nulos todos sus efectos.

III. NORMA CUESTIONADA

La norma impugnada es la Ley N.º 28586, cuyo Artículo Único dispone:

"Artículo Único.- Modifícase el artículo 47º del Código Penal, el mismo que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 47º: El tiempo de detención preliminar, preventiva y domiciliaria, que haya sufrido el imputado, se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención preliminar, preventiva o domiciliaria, se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención".

IV. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 8 de julio de 2005, 31 Congresistas de la República interponen demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28568, cuyo Artículo Único modifica el artículo 47º del Código Penal.

Manifiestan que si bien es cierto que la libertad personal es piedra angular del Estado contemporáneo, no es un derecho fundamental ilimitado y por ello debe estar sujeto a limitaciones previstas por ley, autorizadas por mandato judicial motivado y, excepcionalmente, llevadas a cabo por la policía, en caso de flagrancia delictiva; y que la detención preventiva debe ser la *ultima ratio* en la decisión del juzgador, pues se trata de una grave limitación de la libertad física, motivo por el cual se justifica que sea tomada en cuenta para el cómputo de la pena privativa de libertad.

De igual modo, sostienen que en nuestro ordenamiento procesal penal, la denominada detención domiciliaria no es propiamente una detención, y sí más bien una medida de comparecencia, de modo que no sólo tiene carácter humanitario, sino que su dictado es una potestad discrecional del juzgador, cuando considere que no hay concurrencia de los requisitos para dictar un mandato de detención. En tal sentido, remitiéndose a jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aducen que los efectos personales que la detención domiciliaria genera sobre el ámbito de la libertad personal del individuo no son los mismos que aquellos que tienen lugar con la detención preventiva, por lo que homologar el tratamiento de la detención domiciliaria con la detención preventiva, tal como lo hace la ley cuestionada, vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2º de la Constitución.

Asimismo, sostienen que la ley impugnada también vulnera el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (inciso 22 del artículo 139° de la Constitución), pues dichos fines no pueden ser cumplidos en el domicilio.

2. Contestación de la demanda

Con fecha 18 de julio de 2005, el apoderado del Congreso de República contesta la demanda refiriendo que la ley cuestionada ha sido derogada mediante la Ley N.º 28577, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 9 de julio del presente año, motivo por el cual solicita que el Tribunal Constitucional declare que en el presente caso se ha producido la sustracción de la materia.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALES RELEVANTES

El Tribunal Constitucional considera que, en la presente causa, deben abordarse los siguientes aspectos:

· Con relación al objeto de pronunciamiento:

- a) Delimitar el objeto de control en la presente causa, para lo cual será pertinente precisar cuáles son los extremos normativos de la ley impugnada que los demandantes consideran inconstitucionales.
- b) Determinar si la derogación de la ley impugnada tiene como efecto la sustracción de la materia controvertida.

· Con relación al fondo del asunto:

c) Analizar la constitucionalidad de la ley impugnada en el extremo que permite que el tiempo de detención preventiva sea abonado al cómputo de la pena, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

d) Analizar la constitucionalidad de la ley impugnada en el extremo que permite que el tiempo de detención domiciliaria sea abonado al cómputo de la pena, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención. Para tales efectos, en el siguiente orden, corresponderá:

d.1) Determinar la naturaleza jurídica de la detención domiciliaria, por un lado, así como sus diferencias sustanciales con la detención judicial preventiva y con la pena privativa de libertad, por otro.

d.2) Analizar los criterios desarrollados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con relación al arresto domiciliario.

d.3) Evaluar el tratamiento que la ley impugnada dispensa al arresto domiciliario a la luz del principio de igualdad.

d.4) Analizar las distintas teorías sobre la finalidad que cumple la pena privativa de libertad, desde la perspectiva del Derecho Penal.

d.5) Analizar la relación entre el Derecho Penal y la Constitución.

d.6) Analizar los fines de la pena desde una perspectiva constitucional.

d.7) Determinar si la ley impugnada afecta de modo desproporcionado los fines de la pena en el Estado social y democrático de derecho, para lo cual será necesario acudir al *test* de proporcionalidad.

· Con relación a los efectos de la sentencia:

e) Determinar sus efectos en el tiempo.

f) Determinar sus alcances en lo que a los procesos en trámite se refiere.

VI. FUNDAMENTOS

1. Los demandantes solicitan que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 28658, promulgada por el Presidente del Congreso el 3 de julio de 2005 y publicada en el diario oficial *El Peruano* al día siguiente, mediante la cual se modifica el artículo 47° del Código Penal.

2. Concretamente, la ley cuestionada dispone:

"Artículo Único.- Modificase el artículo 47° del Código Penal, el mismo que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 47°.- El tiempo de detención preliminar, preventiva y domiciliaria, que haya sufrido el imputado, se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención preliminar, preventiva o domiciliaria, se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención."

§1. Delimitación del petitorio

3. Del tenor de la demanda se advierte que los recurrentes no han cuestionado la constitucionalidad *in toto* del aludido artículo, pues sólo consideran inconstitucional el primer párrafo del precepto en cuanto dispone que el tiempo de arresto domiciliario se abona al cómputo de la pena privativa de libertad, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto; mas no que, para esos mismos efectos, se tome en consideración el tiempo de detención preventiva sufrido.

En consecuencia, desde el punto de vista de la disposición (texto lingüístico impugnado), debe concluirse que los recurrentes consideran inconstitucional la frase "y domiciliaria" del primer párrafo del precepto impugnado.

§2. Sobre la supuesta sustracción de la materia

4. La ley cuestionada ha sido derogada por la Ley N.º 28577, promulgada por el Presidente de la República el 8 de julio del presente año, y publicada en el diario oficial *El Peruano* al día siguiente, motivo por el cual, ante todo, es preciso determinar si, tal como sostiene el demandado, en el presente caso se ha producido la sustracción de la materia.

5. Sobre el particular, cabe recordar lo establecido por este Colegiado en el Caso ITF (STC 0004-2004-AI / acumulados), en el sentido de que

"(...) no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aun en ese caso, existen dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria." (Fundamento 2)

En tal sentido, la derogación de la ley no es impedimento para que este Tribunal pueda evaluar su constitucionalidad, pues la derogación es una categoría del Derecho sustancialmente distinta a la inconstitucionalidad. Mientras que la primera no necesariamente elimina los efectos (capacidad reguladora) de la ley derogada (así, por ejemplo, los casos de leyes que, a pesar de encontrarse derogadas, surten efectos ultractivos), la declaración de inconstitucionalidad "aniquila" todo efecto que la norma pueda cumplir; incluso los que pueda haber cumplido en el pasado, en caso de que haya versado sobre materia penal o tributaria (artículo 83° del Código Procesal Constitucional).

De ahí que el artículo 204° de la Constitución establezca:

"La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma, se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, la norma queda sin efecto." (subrayado agregado).

6. Así pues, como es de público conocimiento, mientras estuvo vigente la ley impugnada se presentaron diversas solicitudes de excarcelación, algunas de las cuales aún no han sido resueltas, o sus resoluciones se encuentran en etapa de impugnación, de modo que, a la fecha de expedición de la presente sentencia, los efectos de la disposición aún se vienen verificando, razón por la cual, a pesar de su derogación, en el presente caso no se ha producido la sustracción de materia.

§3. El abono del tiempo de la prisión preventiva al cómputo de la pena privativa de libertad

7. El Tribunal Constitucional considera que no existe vicio alguno de inconstitucionalidad en la exigencia de que el tiempo de prisión preventiva sea computado a razón de "día por día" con la pena privativa de libertad. Y ello a pesar de su distinta naturaleza.

Este Colegiado ha destacado anteriormente que la detención preventiva no puede, en ningún caso, ser concebida como una sanción punitiva, es decir, como aquella aplicada luego de haberse desvirtuado la presunción de inocencia que asiste a toda persona (literal e, inciso 24 del artículo 2° de la Constitución) en un proceso acorde con cada una de las manifestaciones del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, reconocidas en la Norma Fundamental, principalmente en su artículo 139°.

La detención preventiva es una medida cautelar limitativa del derecho fundamental a la libertad personal, válida en la medida de que se encuentre en riesgo el éxito del

proceso penal, sea porque existe certeza o presunción fundada y razonable de que se pretende obstruir la actividad probatoria, sea porque se tienen los mismos elementos para temer la evasión en la aplicación de una eventual sentencia condenatoria; y siempre que su dictado resulte compatible con los principios de subsidiariedad, razonabilidad y proporcionalidad. (Caso Siva Checa. STC 1091-2002-HC, Fundamento 5 y siguientes).

8. Empero, más allá de los distintos presupuestos que justifican el dictado, de un lado, de una detención provisional, y, de otro, de una pena privativa de libertad, lo cierto es que los efectos personales generados por el dictado de una u otra son sustancialmente análogos. No sólo resulta que ambas son cumplidas en un establecimiento penitenciario, sino que, en los hechos, producen el mismo grado de limitación de la libertad personal, la misma sensación de encierro, la misma aflicción psicossomática que conlleva la separación del núcleo familiar, la imposibilidad de desempeñar el empleo, y, en general, el brusco quiebre que representa el tránsito de una vida desarrollada fuera de las paredes de un penal, a una sometida al férreo régimen disciplinario propio de todo centro de reclusión.

Tal como afirma Klaus Tiedemann, siguiendo al Tribunal Constitucional Federal Alemán,

"(...) la prisión preventiva es un mal, pero no es una pena, pues se trata de un mal a través del cual no se realiza el elemento normativo del reproche de la culpabilidad, ni a su través se ha de realizar retribución alguna (BverfGE 19, 342); sin embargo, el efecto fáctico de la pena se manifiesta en el hecho de que el tiempo de la prisión preventiva se abona al cumplimiento de la condena cuando ésta ha tenido lugar (§51 StGE)". (*Constitución y Derecho Penal*. Lima: Palestra, 2003, p. 32".

9. De ahí que la antigua y constante previsión en nuestro ordenamiento legal referida a la aplicación del tiempo de la prisión preventiva al cómputo de la pena privativa de libertad (artículo 31° del Código Penal de 1863, artículo 49° del Código Penal de 1924 y artículo 47° del Código vigente), no sólo resulta plenamente compatible con el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1° de la Constitución) y con los fines de reeducación, rehabilitación y resocialización del régimen penitenciario (inciso 22 del artículo 139° de la Constitución), sino que, *strictu sensu*, por exigencia de tales principios, es una obligación legislativa.

Las materialmente idénticas incidencias sobre el derecho fundamental a la libertad personal, no pueden ser relativizadas en virtud de algún paradigma teórico (la distinta naturaleza jurídica entre una detención preventiva y una sanción punitiva), permitiendo que, en los hechos, una persona purgue prisión por un tiempo mayor a aquel previsto en la ley al momento de la comisión del delito. Ello no sólo implicaría una desproporcionada afectación del derecho a la libertad individual, sino una evidente vulneración del principio de legalidad penal (literal f, inciso 24 del artículo 2° de la Constitución).

10. En consecuencia, en los fundamentos siguientes el Tribunal Constitucional centrará su análisis en determinar si dicha constitucionalidad también se puede predicar respecto al arresto domiciliario, o si, acaso, en este extremo, la disposición cuestionada vulnera algún derecho, principio y/o valor constitucional.

§4. El derecho fundamental a la libertad personal como derecho regulado en su ejercicio

11. El inciso 24 del artículo 2º de la Constitución reconoce el derecho fundamental a la libertad personal. Se trata de un derecho subjetivo en virtud del cual ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias.

La plena vigencia del derecho fundamental a la libertad personal es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no sólo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

12. Sin embargo, como es doctrina reiterada de este Colegiado, ningún derecho fundamental es ilimitado. En efecto, por alta que sea su consideración dogmática y axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad de subordinar, en toda circunstancia, el resto de derechos, principios o valores a los que la Constitución también concede protección.

Los principios interpretativos de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, permiten considerar a las distintas disposiciones constitucionales como un complejo normativo armónico, coherente y sistemático. Toda tensión entre ellas debe ser resuelta "optimizando" la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto; de ahí que, en estricto, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los límites que en su virtud les resulten aplicables, forman una unidad.

13. Porque el derecho a la libertad personal no es ilimitado, es que resulta válido que el legislador haya previsto distintas medidas cautelares que bajo, criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pueden incidir sobre él, a afectos de garantizar el éxito del proceso penal. Las dos medidas más limitativas previstas en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal son la detención judicial preventiva y el arresto domiciliario. Pero, ¿se trata de medidas, en esencia, análogas?

Ya se ha hecho referencia a la similitud sustancial, a nivel fáctico, que existe entre las condiciones del cumplimiento de la detención preventiva y la pena privativa de libertad, lo que constitucionalmente justifica que el tiempo de detención preventiva se abone para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

Entre el arresto domiciliario y la pena privativa de libertad, ¿existe tal similitud sustancial?

Esta interrogante exige que este Tribunal analice el tratamiento que el ordenamiento jurídico dispensa al arresto domiciliario, y las particulares características de dicha medida cautelar.

§5. El arresto domiciliario

14. Existen dos grandes modelos de regulación de esta medida cautelar que han sido objeto de recepción en la legislación comparada.

El primero es el modelo *amplio* de detención domiciliaria, que se caracteriza por las siguientes notas: a) la detención domiciliaria es considerada como una medida alternativa a la prisión provisional; b) tiene carácter facultativo para el Juez; c) el sujeto afecto a dicha medida puede ser cualquier persona, y d) la medida puede ser flexibilizada por razones de trabajo, de salud, religiosas, entre otras circunstancias justificativas. Este modelo ha sido acogido, por ejemplo, por Bolivia, Chile y Costa Rica. En estos supuestos, las legislaciones suelen acudir a la nomenclatura "arresto domiciliario" antes que a la de "detención domiciliaria", a efectos de evitar confusiones con la detención preventiva.

El segundo modelo es el *restringido*, y sus notas distintivas son: a) la detención domiciliaria es una medida sustitutiva de la prisión provisional; b) se impone de manera obligatoria en defecto de la aplicación de la prisión provisional, esto es, cuando no puede ejecutarse la prisión carcelaria; c) se regula de manera tasada para personas valetudinarias (vale decir, madres gestantes, mayores de 65 años, enfermos graves, entre otros); d) excepcionalmente, admite su flexibilización mediante permisos en casos de urgencia. La Ley de Enjuiciamiento Criminal española ha adoptado este modelo. Lo propio ha acontecido con el Código Procesal Penal peruano de 2004, aún no vigente.

15. El régimen del Código Procesal Penal de 1991, específicamente en el inciso 1 de su artículo 143º (vigente a la fecha), define al arresto domiciliario no como un mandato de detención, sino como una medida de comparecencia. Es decir, antes que ser una detención en sentido técnico, es una alternativa frente a ésta, pues el precepto aludido es claro en señalar que:

"Se dictará mandato de comparecencia cuando no corresponda la medida de detención".

En otras palabras, corresponderá dictar alguna de las medidas de comparecencia previstas en los distintos incisos del artículo 143º (entre las cuales se encuentra incluido el arresto en el domicilio), cuando no se cumplan copulativamente los requisitos previstos en el artículo 135º del mismo cuerpo de leyes, para dictar un mandato de detención. Dichos requisitos son:

"1. Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo.

(...)

2. Que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad; y,

3. Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la acción probatoria. No constituye criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia, la pena prevista en la Ley para el delito que se le imputa.

En todo caso, el juez penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida”.

16. De acuerdo al artículo 143º, el arresto domiciliario puede ser dictado en cualquier supuesto; lo cual quiere decir, *prima facie*, que no se concibe como un sustituto de la detención preventiva. De hecho, prácticamente la totalidad de supuestos en los que se ha dictado esta medida ha comprendido casos de personas en perfecto estado de salud. No obstante, el referido artículo también permite que esta medida cautelar se imponga como un sustituto de la prisión preventiva para casos excepcionales, es decir, cuando se trate

“(…) de imputados mayores de 65 años que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente”.

Este tratamiento legal de la detención domiciliaria denota la existencia de una fórmula *mixta* respecto a los dos modelos reseñados en el Fundamento 14, *supra*.

17. En tal sentido, bien puede afirmarse que, a la vista del ordenamiento procesal penal vigente, con la salvedad hecha a los supuestos de personas valetudinarias, el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva son instituciones procesal penales sustancialmente distintas. De ahí que sea un despropósito acudir a ordenamientos que recogen modelos *restringidos* para justificar el tratamiento que debe otorgarse al arresto domiciliario en nuestro medio.

18. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, no puede considerar al ordenamiento infraconstitucional, por sí solo, como el factor determinante de sus interpretaciones. Motivo por el cual, es necesario revisar si, desde una perspectiva constitucional, puede equipararse el arresto domiciliario con la detención preventiva. Para tales efectos, debe recurrirse al uniforme criterio que este Tribunal ha expuesto sobre el particular y que, dentro de este contexto, constituye jurisprudencia vinculante para todos los poderes públicos.

19. Así, en el Caso Chumpitaz Gonzales (STC 1565-2002-HC), en el que se pretendió cuestionar la constitucionalidad del dictado de un arresto domiciliario, este Colegiado señaló:

“[L]o primero que este Tribunal Constitucional debe destacar, teniendo en consideración los términos en que se ha formulado la pretensión, es que el análisis del presente caso no es sustancialmente igual a otros que, con anterioridad, se haya pronunciado (...).

En efecto, en el presente caso se cuestiona que el juzgador haya decretado contra el beneficiario el mandato de comparecencia con detención domiciliaria, mientras que en los casos a los que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, se cuestionaba supuestos de detención judicial preventiva. Tales figuras, desde luego, no pueden ser equiparadas ni en sus efectos personales, ni en el análisis de sus elementos justificatorios, pues es indudable que la primera de las mencionadas (la detención domiciliaria) se configura como una de las diversas formas a las que, de manera alternativa, puede apelar el juzgador con el objeto de evitar la segunda de ellas, esto es, la detención judicial preventiva, que, como se ha expuesto en la sentencia recaída en el caso Silva Checa contra el Poder Judicial, se trata siempre de una medida cuya validez constitucional se encuentra sujeta a los principios de subsidiaridad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, en tanto que comporta una restricción, en términos plenarios, de la libertad locomotora del afectado con ella.” (Fundamento 2).

Este criterio ha sido invariablemente reiterado en diversas causas resueltas en esta sede (Caso Fernandini Maravi, STC 0209-2002-HC, Fundamento 2; Caso Bozzo Rotondo, STC 0376-2003-HC, Fundamento 2; entre otros).

20. Por su parte, en el Caso Villanueva Chirinos (STC 0731-2004-HC), estableció lo siguiente:

“El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que la detención domiciliaria y la prisión preventiva responden a medidas de diferente naturaleza jurídica, en razón al distinto grado de incidencia que generan sobre la libertad personal del individuo.

No cabe duda que la detención domiciliaria supone una intromisión a la libertad menos gravosa, pues resulta una menor carga psicológica, debido a que no es lo mismo permanecer por disposición judicial en el domicilio que en prisión, siendo menos estigmatizante (...).” (Fundamento 7).

21. Basándose en estos criterios jurisprudenciales, el Tribunal Constitucional precisó en el Caso Arbulú Seminario (STC 1725-2002-HC) que no es posible acumular el plazo de la detención domiciliaria al plazo de la detención preventiva para efectos de establecer si ha vencido, o no, el plazo máximo de detención del artículo 137º del Código Procesal Penal. Primero, porque dicho plazo sólo es aplicable a la detención preventiva; y, segundo, porque, tal como ha establecido este Tribunal en el Caso Berrocal Prudencio (STC 2915-2002-HC, Fundamentos 18 a 31) en relación con la detención judicial preventiva, en criterio que, *mutatis mutandis*, es aplicable a la detención domiciliaria, para determinar si existe, o no, afectación del derecho a que la libertad personal no sea restringida más allá de un plazo razonable, no es un elemento determinante la fijación de un plazo legal, sino el análisis de ciertos criterios a la luz de cada caso concreto.

Estos criterios son: a) la diligencia del juez en la meritación de la causa; b) la complejidad del asunto; y

c) la conducta obstruccionista del imputado.

22. Teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento el arresto domiciliario tiene elementos jurídico-justificatorios menos estrictos que la detención preventiva, en su aplicación concreta se han advertido distintas permisiones de imposible verificación en un modelo restringido. Es el caso de concesiones tales como que la elección del lugar en el que se aplique la medida corra a cargo del imputado, y no del juez, o de permitirse que la persona acuda a su centro de labores durante plazos fijos. Asimismo, han existido casos en los que el inculcado sometido a arresto domiciliario,

"(...) con autorización judicial, puede egresar de su domicilio a fin de realizar gestiones ante el colegio profesional del que es agremiado (fue el caso del ex vocal Daniel Lorenzzi Goicochea, quien acudió al Colegio de Abogados de Lima a fin de hacer frente a un proceso administrativo); puede votar en las elecciones gremiales; emitir voto en las elecciones generales; asistir a hospitales y clínicas cuando su salud lo requiera (fue el caso de Alex Wolfenson Woloch, quien en pleno juicio oral, visitó frecuentemente a su dentista)". (Informe: *Comentarios a la Ley N.º 28568 que modificó el artículo 47º del Código Penal sobre arresto domiciliario*. Justicia Viva. Lima, julio, 2005).

23. Así pues, tal como a la fecha se encuentran regulados el arresto domiciliario y la prisión preventiva, y aun cuando comparten la condición de medidas cautelares personales, son supuestos sustancialmente distintos en lo que a su incidencia sobre el derecho fundamental a la libertad personal respecta; ello porque, en el caso del arresto domiciliario, el *ius ambulandi* se ejerce con mayores alcances; no existe la aflicción psicológica que caracteriza a la reclusión; no se pierde la relación con el núcleo familiar y amical; en determinados casos, se continúa ejerciendo total o parcialmente el empleo; se sigue gozando de múltiples beneficios (de mayor o menor importancia) que serían ilusorios bajo el régimen de disciplina de un establecimiento penitenciario; y, en buena cuenta, porque el hogar no es la cárcel.

§6. Obligación del legislador de respetar el principio de igualdad en el tratamiento de las instituciones

24. En consecuencia, si bien cabe alegar una sustancial identidad entre los efectos personales de la prisión preventiva y los que genera la pena privativa de libertad, lo cual justifica que el tiempo de aquella se abone para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención, en modo alguno puede sostenerse lo mismo en lo que a la detención domiciliaria respecta.

Sin embargo, el legislador, a través de la ley impugnada, dispuso igual trato a ambos supuestos (el arresto domiciliario y la detención preventiva), con lo cual implícitamente está afirmando que la detención domiciliaria genera la misma incidencia sobre la libertad personal que la producida mientras se cumple pena privativa de libertad en un centro penitenciario. En

otras palabras, el Congreso de la República ha optado por generar una "identidad matemática" entre el arresto domiciliario y la pena privativa de libertad, permitiendo que aquel y ésta sean equiparados, de manera tal que cada día de permanencia de la persona en su hogar o en el domicilio por ella escogido, sea homologado como un día purgado de la pena privativa de libertad, en el caso que sea dictada una sentencia condenatoria.

Tal hecho, de conformidad con lo expuesto, resulta manifiestamente irrazonable y contrario a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional reseñada.

Dicho criterio, además, como correctamente se advirtió en la audiencia pública de esta causa, el día de hoy, daría lugar a que más tarde pueda pretenderse el cumplimiento de penas privativas de libertad no en un centro de reclusión, sino en el domicilio del sentenciado, lo que evidentemente sería un despropósito, si se tiene en cuenta que el inciso 21 del artículo 139 de la Constitución, exige el cumplimiento de las penas privativas de la libertad en un establecimiento penal, a efectos de que se logren los fines del régimen penitenciario, esto es, la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (inciso 22 del artículo 139 de la Constitución).

25. Este Colegiado considera también que ello afectaría el principio de igualdad. En efecto, tal como ha sostenido,

"(...) la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos." (Caso Regalías Mineras, STC 0048-2004-AI, Fundamento 61).

El principio de igualdad proscribiera la posibilidad de que el legislador otorgue idéntico tratamiento a dos instituciones sustancialmente distintas, sin base objetiva y razonable que justifique su decisión.

26. No obstante, podría pretenderse alegar la razonabilidad de la disposición impugnada desde la perspectiva del derecho a la libertad personal de los penados. En efecto, desde este enfoque, más allá de la ausencia de identidad entre los efectos personales que genera el arresto domiciliario, por un lado, y la detención preventiva y la pena privativa de libertad, por otro, es factible argumentar que, con tal medida, el derecho a la libertad personal de los penados se optimiza, pues el tiempo de cumplimiento de la pena en un centro penitenciario se reduciría considerablemente o, incluso, en determinados supuestos, sencillamente no tendría lugar. Se trataría de un supuesto en el que, si bien se dota al derecho fundamental a la libertad personal de un "contenido adicional" ajeno a su contenido constitucionalmente protegido, en última instancia resulta "favorecida" la libertad en su nivel subjetivo.

27. Ocurre, sin embargo, que el Tribunal Constitucional, por obligación, no agota su función de supremo intérprete de la Constitución en una mera valoración de los derechos fundamentales en su vertiente subjetiva. Tal perspectiva, por parcial e insuficiente, desemboca inexorablemente en

un grave error que generaría prelación absoluta entre los propios derechos fundamentales, o entre estos y los otros bienes esenciales para la convivencia democrática en un Estado social y democrático de derecho.

De ahí que toda previsión que favorezca al derecho subjetivo a la libertad personal más allá de su contenido constitucionalmente protegido, sólo resultará válida si no afecta de modo desproporcionado el cuadro material de valores reconocido en la Carta Fundamental; es decir, en la medida en que no vacíe los contenidos o desvirtúe las finalidades que los otros derechos fundamentales (en sus dimensiones subjetiva y objetiva) cumplen en el ordenamiento jurídico o, en general, aquella que cumplen los bienes esenciales a los que la Constitución explícita o implícitamente concede protección, por resultar imprescindibles para la consolidación de todo Estado social y democrático de derecho, y para que éste pueda hacer frente a toda amenaza contra los principios constitucionales en que se sustenta.

28. Así las cosas, si bien la pretendida identidad entre un arresto domiciliario y la pena privativa de libertad permite que el penado se encuentre menos tiempo confinado en un centro de reclusión, o incluso, que no ingrese nunca a éste a pesar de haber incurrido en un delito, es preciso preguntarse si acaso ello no desvirtúa los fines que el poder punitivo del Estado cumple en una sociedad democrática.

29. Para arribar a una respuesta satisfactoria ante tal interrogante, es preciso, primero, determinar cuáles son los fines que la pena cumple en un Estado social y democrático de derecho. En segundo término, establecer si dichos fines deben ser considerados como bienes constitucionalmente protegidos. Y, finalmente, determinar si el precepto impugnado los ha afectado de modo desproporcionado, para lo cual será preciso acudir al *test* de proporcionalidad.

§7. Teorías acerca de la finalidad de la pena privativa de libertad

A) Teoría de la retribución absoluta

30. Son distintas las teorías de los fines de la pena desarrolladas en la doctrina. Una es la teoría de la retribución absoluta, cuyos exponentes son Kant y Hegel. Según ella, la pena no cumple ninguna función social, pues es una institución independiente de su esfera social; es decir, agota toda virtualidad en la generación de un mal al delincuente, de modo tal que el Estado, en representación de la sociedad, toma venganza por la afectación de algún bien jurídico relevante, aplicando un mal de similar gravedad a la relevancia del bien en el ordenamiento jurídico. Se trata de la concreción punitiva del antiguo principio del Talió: "ojo por ojo, diente por diente".

Esta teoría no sólo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana, reconocido en el artículo 1º de nuestra Constitución Política, conforme al cual

"La defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado."

B) Teoría de la prevención especial

31. Por otra parte, la teoría de la prevención especial o también denominada teoría de la retribución relativa, centra la finalidad de la pena en los beneficios que ella debe generar en el penado o, cuando menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser resocializados. De esta manera, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases: 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 rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad. Esta finalidad encuentra una referencia explícita en el inciso 22 del artículo 139º de la Constitución:

"Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad."

C) Teoría de la prevención general

32. La teoría de la prevención general circunscribe su análisis, antes que en el penado, en el colectivo, de forma tal que considera que la pena tiene por finalidad influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su posterior ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atentan contra valores e intereses de significativa importancia en el ordenamiento jurídico y que, por tal motivo, son objeto de protección por el Derecho Penal.

Hoy se reconoce una vertiente negativa y otra positiva a la teoría de la prevención general. La primera establece como finalidad sustancial de la pena el efecto intimidatorio que genera la amenaza de su imposición en aquellos individuos con alguna tendencia hacia la comisión del ilícito. Sin embargo, es discutible sustentar la tesis conforme a la cual todo individuo proclive a la criminalidad genere el grado de reflexión suficiente para convertirlo en objeto del efecto intimidatorio. En algunos supuestos, dicho efecto es resultado, antes que de la gravedad de la pena preestablecida, del grado de riesgo de ser descubierto, durante o después de la comisión del delito.

Por ello, son los efectos de la vertiente positiva de la prevención general los que alcanzan mayor relevancia. Claus Roxin, los resume del siguiente modo:

"(...) el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente, el 'ejercicio de la confianza en el derecho' que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza

que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado." (*Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*. En: Determinación judicial de la pena. Compilador Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1993, p. 28).

D) Teorías de la unión

33. Finalmente, las teorías de la unión sostienen que tanto la retribución como la prevención general y especial, son finalidades de la pena que deben ser perseguidas de modo conjunto y en un justo equilibrio.

§8. Derecho Penal y Constitución

34. Expuestas las distintas teorías en torno a la finalidad que cumple la pena privativa de libertad, corresponde evaluar la temática desde una perspectiva constitucional, para lo cual conviene, ante todo, analizar la relación entre el Derecho Penal y el sistema material de valores reconocido en la Constitución.

35. El Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el *ius puniendi*, monopolio del Estado, y que, por tal razón, por antonomasia, es capaz de limitar o restringir, en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad personal. De ahí que, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental.

Como correctamente apunta Carbonell Mateu,

"Por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del legislador ordinario. La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte la interpretación que se realice de la norma fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional." (*Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 37)

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

§9. Los fines de la pena desde una perspectiva constitucional

37. Este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo. Lo que ocurre es que la pretensión de que ésta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a éste en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente.

38. Sin embargo, las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática.

Existen, distribuidas, una serie de competencias entre distintos órganos constitucionales expresamente dirigidas a combatir el delito. Así, el artículo 166° de la Constitución, prevé que la Policía Nacional,

"(...) tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público o privado. Previene investiga y combate la delincuencia (...)."

Es de destacarse, asimismo, la función primordial que el artículo 59° de la Constitución confiere al Ministerio Público en la salvaguardia de los intereses públicos que se puedan ver amenazados o afectados por el delito:

"Corresponde al Ministerio Público:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.
2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.

4. Conducir, desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.

5. Ejercitar la acción penal de oficio o a pedido de parte.

6. (...)"

Sin embargo, tal como ha destacado este Tribunal

"(...) la función punitivo-jurisdiccional es privativa del Poder Judicial." (Caso Antejjuicio Político. STC 0006-2003-AI, Fundamento 18).

En efecto, es al Poder Judicial -encargado de ejercer la administración de justicia que emana del pueblo (artículo 138° de la Constitución)- a quien corresponde establecer las responsabilidades penales. Ello quiere decir que el Poder Judicial es el órgano que, en estricto respeto del principio de legalidad penal, y con la independencia que la Constitución le concede y exige (inciso 2 del artículo 139° e inciso 1 del artículo 146° de la Constitución), debe finalmente reprimir las conductas delictivas comprobadas en un debido proceso, con la pena que resulte correspondiente.

39. Por otra parte, el particular daño que el delito genera en el Estado social y democrático de derecho motiva que su flagrancia o el peligro de su inminente realización, sea causa expresamente aceptada por la Constitución para la limitación de diversos derechos fundamentales. Así, por ejemplo, el inciso 9 del artículo 2° de la Constitución establece que:

"Toda persona tiene derecho:

(...)

9. A la inviolabilidad de domicilio. Nadie puede ingresar en él, ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración (...)"

Mientras que el literal f, inciso 24 del artículo 2°, señala:

"Nadie puede ser detenido, sino por mandato escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. (...)"

Asimismo, el literal g, inciso 24 del mismo artículo estipula:

"Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos en la ley.(...)"

Incluso, el delito flagrante se constituye en un límite a la inmunidad parlamentaria de los congresistas (artículo 93° de la Constitución).

40. En consecuencia, las penas, en especial la privativa de libertad, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general. Dicha finalidad la logran mediante distintos

mecanismos que deben ser evaluados en conjunto y de manera ponderada.

En primer lugar, en el plano abstracto, con la tipificación de la conducta delictiva y de la respectiva pena, se amenaza con infligir un mal si se incurre en la conducta antijurídica (prevención general en su vertiente negativa). En segundo término, desde la perspectiva de su imposición, se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consistente en

"(...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...)" (artículo 44° de la Constitución),

se materializa con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva); con la consecuyente vigencia efectiva del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso 24 del artículo 2° de la Constitución).

Asimismo, la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su *quantum* específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato). Finalmente, en el plano de la ejecución de la pena, ésta debe orientarse a la plena rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (prevención especial de efecto mediato, prevista expresamente en el inciso 22 del artículo 139° de la Constitución).

41. Es preciso destacar, sin embargo, que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos.

42. Pero a su vez, ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer "a toda costa" la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material.

Es más, ninguna medida tendiente a la resocialización del imputado (prevención especial), podría anular el efecto preventivo general, sobre todo en su vertiente positiva, pues, como ha establecido la Corte Constitucional italiana:

"(...) al lado de la reeducación del condenado, la pena persigue otros fines esenciales a la tutela de los ciudadanos y del orden jurídico contra la delincuencia" (Sentencia N.° 107/1980, Fundamento 3).

Dicha Corte, en criterio que este Tribunal comparte, rechaza

“que la función y el fin de la pena misma se agoten en la `esperada enmienda` del reo, pues tiene como objeto exigencias irrenunciables de `disuación, prevención y defensa social`” (Idem).

Mientras que la Corte Constitucional colombiana ha destacado que

“Por vía de los beneficios penales, que hacen parte de los mecanismos de resocialización creados por el legislador en favor del imputado, no puede (...) contrariarse el sentido de la pena que comporta la respuesta del Estado a la alarma colectiva generada por el delito, y mucho menos, el valor de la justicia en darle a cada quien lo suyo de acuerdo a una igualdad proporcional y según sus propias ejecutorias” (Sentencia C-762/02, Fundamento 6.4.5)

En consecuencia, toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho.

§10. Aplicación del *test* de proporcionalidad a la ley impugnada

43. Destacados los fines de la pena como bienes constitucionalmente protegidos, corresponde evaluar la disposición cuestionada a la luz del *test* de proporcionalidad. En otras palabras, corresponde evaluar si la norma cuestionada ha desvirtuado la finalidad que cumple la pena privativa de libertad en el orden constitucional.

44. Tal como quedó dicho, el fin que persigue la ley en cuestión, *prima facie*, no puede ser considerado como constitucionalmente inválido, toda vez que optimiza la libertad personal del penado al reducir el tiempo de purgación de pena en un establecimiento penitenciario. Y, desde luego, la medida adoptada, esto es, permitir que para tales efectos se abone el tiempo de arresto domiciliario al cómputo de la pena impuesta, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto, resulta idóneo para alcanzar dicho objetivo.

45. Sin embargo, ¿resulta razonable que el tiempo de arresto domiciliario (con las características que tiene en nuestro ordenamiento procesal penal vigente) sea computado “día por día” con la pena privativa de libertad?

46. Para este Tribunal Constitucional, una medida como la descrita vacía de contenido la finalidad preventivo-general de la pena privativa de libertad, pues reduce irrazonablemente la posibilidad de que genere un suficiente efecto intimidatorio. Además, y lo que es más grave, desvirtúa la posibilidad de que la sociedad afiance su confianza en el orden penitenciario constitucional, pues se observará con impotencia cómo delitos de

naturaleza particularmente grave son sancionados con penas nimias, o absolutamente leves en relación al daño social causado. Ello alcanza mayores y perniciosas dimensiones en una sociedad como la nuestra en la que, de por sí, la credibilidad de la ciudadanía en los poderes públicos se encuentra significativamente mellada.

47. Las funciones de valoración, pacificación y ordenación de este Tribunal lo obligan, en la resolución de cada causa, y más aún si se trata de un proceso de inconstitucionalidad, a no prescindir de los signos que revela la realidad concreta relacionada con la materia de la que se ocupa la ley que es objeto de control. En atención a ello, es preciso destacar que al 10 de junio del presente año, de las 75 personas a las que se había impuesto la medida de arresto domiciliario, 50, es decir, más del 66%, eran personas acusadas de encontrarse vinculadas con actos de corrupción tanto de la década pasada como recientes (Diario *La República* del 10 de junio de 2005, p. 6). Es decir, se trata de conductas que no sólo resultan contrarias al orden jurídico penal, sino que se riñen con los más elementales designios de la ética y la moral, y consiguientemente, con los valores hegemónicos de la axiología constitucional.

Tal como afirma el Preámbulo de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, ratificada por el Estado peruano el 4 de abril de 1997,

“[L]a corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos;

(...) la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio; (...)”.

Estos factores despejan toda duda respecto a la inconstitucionalidad del precepto impugnado, ya que anula todo fin preventivo-general de la pena privativa de libertad, al equipararla al arresto domiciliario. Es evidente que la punición benevolente de hechos que generan un repudio social absoluto y que afectan en grado sumo diversos bienes jurídicos de particular relevancia constitucional, mina la confianza de la población en el Derecho, con el consecuente riesgo para la consolidación del cuadro material de valores recogido en la Carta Fundamental.

48. Por otra parte, la norma resulta también contraria a la finalidad preventivo-especial de la pena, pues al permitir que el delincuente conciba el arresto domiciliario como una limitación de la libertad personal idéntica a la pena privativa de libertad, debilita e incluso descarta toda posibilidad de que internalice la gravedad de su conducta. Esto resultará particularmente evidente en el caso de delitos de corrupción, en los que los beneficios generados por la comisión del delito aparecerán como significativamente superiores a la gravedad de la

pena impuesta como consecuencia de su comisión. La tendencia a la reiteración de esta conducta es, pues, un peligro inminente para la sociedad.

49. Asimismo, aun cuando las medidas tendientes a la rehabilitación y resocialización del penado que dispensan nuestros centros carcelarios no son óptimas, la posibilidad de que dichos objetivos se cumplan será menor, mientras se reduzca el tiempo de ejecución de la pena privativa de libertad.

50. Por las razones expuestas, este Tribunal considera inconstitucional la disposición impugnada en el extremo que permite que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto domiciliario.

Ello significa que es inconstitucional la frase “y domiciliaria” del primer párrafo del artículo 47º del Código Penal, modificado por el Artículo Único de la Ley N.º 28568.

§11.Efectos en el tiempo de la presente sentencia

51. En mérito a la “fuerza de ley” atribuida a las sentencias del Tribunal Constitucional, y a la luz de una interpretación que concuerda el artículo 204º de la Constitución, que establece la función de este Tribunal de dejar sin efecto las leyes que resulten incompatibles con la Norma Fundamental, con el artículo 103º de la Constitución, que establece que ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo, el legislador del Código Procesal Constitucional ha establecido en su artículo 83º, que:

“Las sentencias declaratorias de (...) inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103º (...) de la Constitución. (...)”.

Es decir, dicho precepto autoriza a que, en virtud de una sentencia de este Colegiado expedida en los procesos de inconstitucionalidad, se declare la nulidad de resoluciones judiciales amparadas en leyes penales declaradas inconstitucionales, en la medida que de dicha retroactividad se desprenda algún beneficio para el reo.

52. No obstante, el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no puede ser interpretado desde la perspectiva exclusiva de los intereses del penado. Si tal fuera el caso, toda ley más favorable, incluso aquellas inconstitucionales, inexorablemente deberían desplegar sus efectos retroactivos concediendo la libertad al delincuente.

La interpretación de aquello que resulte más favorable al penado debe ser interpretado a partir de una comprensión institucional integral, es decir, a partir de una aproximación conjunta de todos los valores constitucionalmente protegidos que resulten relevantes en el asunto que es materia de evaluación.

De ahí que, como quedó dicho, por ejemplo, las leyes inconstitucionales que conceden algún beneficio para el reo no podrán desplegar tales efectos porque, siendo el control difuso un poder-deber de toda la judicatura (artículo 138º de la Constitución), el juez a quien se solicite su aplicación retroactiva deberá inaplicarla por resultar incompatible con la Constitución.

La retroactividad benigna sustentada en una ley inconstitucional carece de efectos jurídicos.

53. Asimismo, la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable debe ser ponderada a partir de una equilibrada valoración comparativa con la finalidad que cumplen las penas en contextos de especial convulsión social. Así, por ejemplo, si en dicho escenario

“(…) se agravan las penas de los delitos de hurto y de robo con fuerza en las cosas para evitar el pillaje y los saqueos que propicia tal situación excepcional, no resultará desproporcionada la imposición de tales penas cuando en un momento posterior a la vigencia temporal de dicha ley penal se juzguen los hechos acaecidos durante la misma y se aplique, no la nueva ley más favorable, sino la anterior más dura. La nueva ley se debe a que ha cambiado el contexto fáctico relevante para la valoración penal concreta de la conducta, pero no la valoración penal que merecen los comportamientos realizados en tales circunstancias. Es más: el legislador seguirá considerando que la pena anterior era la más adecuada a la solución del conflicto suscitado -era la mínima necesaria y proporcionada para proteger ciertos bienes en ciertas circunstancias-, por lo que lo que produciría la aplicación de las nuevas penas, las más leves, es la parcial desprotección de ciertos bienes sociales esenciales”. (Lascuraín Sánchez, Juan Antonio. *Sobre la retroactividad penal favorable*. Madrid: Cuadernos Civitas, 2000, p. 38).

54. Es indudable que el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable se encuentra en directa relación con el derecho fundamental a la libertad personal del condenado. En consecuencia, el primer límite a la aplicación retroactiva de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad se encuentra en los supuestos en los que dicha retroactividad genere una afectación del derecho fundamental a la libertad personal.

Sucede, sin embargo –y tal como se ha expresado en la presente sentencia-, que no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal el hecho de que se permita que el tiempo de arresto domiciliario impuesto a cualquier persona (con excepción de las valetudinarias), sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto. Por el contrario, dicha previsión resulta manifiestamente inconstitucional, por desvirtuar la finalidad de las penas en el Estado social y democrático de derecho.

55. La función integradora del Tribunal Constitucional ha comportado que en reiteradas ocasiones tenga que supeditar la determinación de los efectos de sus sentencias

a la optimización de la fuerza normativo-axiológica de la Constitución, evitando de esa manera que, en virtud de un análisis literal y asistemático de las normas que regulan la materia, se contravengan las principales funciones de los procesos constitucionales, cuales son:

"(...) garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales". (Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

56. Así, por ejemplo, en el Caso Legislación Antiterrorista (STC 0010-2002-AI), en relación con el artículo 103º de la Constitución, este Colegiado ha sostenido que:

"(...) tal regla, al autorizar la eventual realización de un nuevo juzgamiento, no limita la posibilidad del Tribunal Constitucional de modular los efectos en el tiempo de su decisión. Es decir, de autorizar que el propio Tribunal, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, pueda disponer una *vacatio sententiae*, y de esa manera permitir que el legislador democrático regule en un plazo breve y razonable, un cauce procesal que permita una forma racional de organizar la eventual realización de un nuevo proceso para los sentenciados por el delito de traición a la patria.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la presente sentencia no anula automáticamente los procesos judiciales donde se hubiera condenado por el delito de traición a la patria al amparo de los dispositivos del Decreto Ley N°. 25659 declarados inconstitucionales. Tampoco se deriva de tal declaración de inconstitucionalidad que dichos sentenciados no puedan nuevamente ser juzgados por el delito de terrorismo (...)"

57. De esta manera, reafirmando sus funciones de valoración, ordenación y pacificación, este Colegiado llevó a cabo un justo *balancing* entre los derechos subjetivos de las personas acusadas de la comisión del delito de terrorismo y el interés de la sociedad de reprimir un delito de inestimable gravedad para la estabilidad del orden democrático, y frente al que el Constituyente había mostrado su especial repudio (literal f, inciso 24 del artículo 2º, y artículos 37º y 173º de la Constitución).

58. Esta exigencia del Estado Constitucional no es menos intensa en el ámbito internacional de los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha efectuado similar ponderación al dejar en manos de los diferentes Estados la decisión sobre la libertad personal de las personas involucradas en actos terroristas, a pesar de haberse acreditado la afectación de su derecho al debido proceso:

"Corresponde al Estado, en su caso, llevar a cabo -en un plazo razonable- un nuevo proceso que satisfaga *ab initio* las exigencias del debido proceso legal, realizando ante el juez natural (jurisdicción ordinaria) y con plenas garantías de audiencia y defensa para los inculpados. La Corte no se pronuncia sobre la libertad provisional de estos, porque entiende que la adopción de dicha medida precautoria corresponde al tribunal nacional competente." (Caso Castillo Petrucci. Sentencia del 4 de septiembre de 1998. Serie C, núm. 41).

59. Una ponderación no menos equilibrada se requiere en un asunto en el que, como en el presente caso, se encuentra directamente involucrada la eficacia de la lucha anticorrupción prevista por el Estado peruano como su principal objetivo en el diseño de la política criminal de los últimos 5 años. No sólo por una cuestión de connotación sociológica, sino porque, en el plano normativo-constitucional, tal como ocurre con el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas, el espionaje, la traición a la patria y el genocidio, el Constituyente ha advertido la dimensión particularmente disvaliosa de los actos de corrupción, por la magnitud de daño que provocan al cuadro material de valores reconocido por la Constitución.

Es así que, como una medida preventiva, ha considerado en el artículo 41º de la Constitución que

"Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer una declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley".

E incluso hace alusión a una de las concretas manifestaciones de los delitos de corrupción y a reglas específicas a aplicarse en el procesamiento de delitos de dicha índole:

"Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial.

La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo para su inhabilitación para la función pública.

El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado".

60. El cumplimiento efectivo de la pena y, por ende, la consecución de la plena eficacia de los fines de la pena privativa de libertad en un Estado social y democrático de derecho, en especial en aquellos supuestos en los que es impuesta a los individuos que han incurrido en actos de corrupción, es un valor de especial relevancia en el ordenamiento constitucional.

61. Así las cosas, si bien no es posible que por medio de esta sentencia se puedan anular los efectos beneficiosos para el reo que el extremo viciado de inconstitucionalidad de la ley impugnada cumplió en el pasado, ello no obsta para que, a partir del día siguiente de publicación de esta sentencia, dicho extremo quede sin efecto incluso en los procesos que se hayan iniciado mientras estuvo vigente, esto es, en aquellos procesos en los que los efectos inconstitucionales de la ley aún se vienen verificando.

Y es que, tal como quedo dicho en el Fundamento 5, *supra*, la declaración de inconstitucionalidad, a diferencia de la derogación, anula los efectos de la norma, o lo que es lo mismo, su capacidad reguladora, por lo que, una

vez declarada su inconstitucionalidad, será imposible aplicarla.

62. En consecuencia, por virtud del efecto vinculante de una sentencia del Tribunal Constitucional para todos los poderes públicos (artículo 82º del Código Procesal Constitucional), las solicitudes de aplicación de la ley impugnada (en lo que a la detención domiciliaria se refiere) que no hayan sido resueltas, deberán ser desestimadas, por haber cesado sus efectos inconstitucionales.

63. Del mismo modo, los jueces o tribunales que tengan en trámite medios impugnatorios o de nulidad en los que se solicite la revisión de resoluciones judiciales en las que se haya aplicado el precepto impugnado (en lo que a la detención domiciliaria se refiere), deberán estimar los medios impugnatorios y declarar nulas dichas resoluciones judiciales, por no poder conceder efecto alguno a una disposición declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

64. Precítese que la obligación de los jueces y magistrados de actuar de conformidad con lo reseñado en los dos fundamentos precedentes, es exigible incluso antes de la publicación de esta sentencia en el diario oficial *El Peruano*, pues los criterios jurisprudenciales vertidos en relación con las sustanciales diferencias entre el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva, imponen la aplicación del control difuso contra la ley impugnada.

Una interpretación distinta supondría reconocer que el Estado social y democrático de derecho carece de los instrumentos que permiten garantizar la plena vigencia de los principios en los que se sustenta, así como de los derechos y libertades que está llamado a defender; lo que para este supremo intérprete de la Constitución resulta, a todas luces, inaceptable.

65. El Tribunal Constitucional lamenta que el Congreso de la República, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial no hayan advertido el serio daño a la lucha contra la corrupción que la ley impugnada cometía, así como la manifiesta inconstitucionalidad en que incurría. Es por ello que exhorta a los poderes públicos a guardar *in suo ordine* una especial diligencia en el combate contra este flagelo social, que debe ser extirpado no sólo mediante medidas sancionatorias, sino también a través de una intensa política educativa que incida en los valores éticos que deben prevalecer en todo Estado social y democrático de derecho.

§12. Relaciones entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el control difuso

66. La jurisprudencia de este Colegiado es meridianamente clara al negar algún tipo de identidad sustancial entre los elementos justificatorios y los efectos personales del arresto domiciliario con la detención judicial preventiva (Cfr. Fundamentos 19 a 21 *supra*). En consecuencia, estima conveniente recordar al Poder Judicial que, de conformidad con el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional,

“Los Jueces interpretan y aplican la leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

En tal sentido, al momento de evaluar si les corresponde ejercer el poder-deber de aplicar el control difuso contra una determinada ley (artículo 138 de la Constitución), todos los jueces y magistrados del Poder Judicial, bajo las responsabilidades de ley, se encuentran en la obligación de observar las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional que tengan conexión manifiesta con el asunto, lo que, conviene enfatizar, no ha sido efectuado por la judicatura al momento de conocer algunas causas en las que se solicitó la aplicación de la norma impugnada.

67. Finalmente, aun cuando en nuestro ordenamiento no se encuentra previsto un control jurisdiccional-preventivo de constitucionalidad de la leyes, existe, sin embargo, de conformidad con el artículo 108º de la Constitución, la obligación del Congreso de la República y del Poder Ejecutivo de ejercer ese control en un nivel político-preventivo, para cuyos efectos tienen la obligación de observar los criterios vinculantes sentados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; máxime en aquellos asuntos relacionados con el diseño de la política criminal y legislativa del Estado orientada a enfrentar aquellos hechos delictivos que, como los actos de corrupción, afectan la estabilidad, la seguridad, la justicia y la paz ciudadanas en las que se sustenta todo Estado social y democrático de derecho.

VII. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad de autos.
2. Declarar la inconstitucionalidad de la frase “y domiciliaria” del primer párrafo del artículo 47º del Código Penal, modificado por el Artículo Único de la Ley N.º 28658. En consecuencia,

A) Con relación al efecto normativo de esta sentencia:

Inconstitucional el extremo de la disposición que permite que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto.

B) Con relación al efecto en el tiempo de esta sentencia y a su aplicación a procesos en trámite:

Ningún juez o magistrado de la República puede aplicar el precepto impugnado, por haber cesado en sus efectos.

En tal sentido, de conformidad con los Fundamentos 62 y 63, *supra*, las solicitudes de aplicación de la ley impugnada (en lo que a la detención domiciliaria se

refiere) que todavía no hayan sido resueltas, deberán ser desestimadas, por haber cesado los efectos inconstitucionales de la ley impugnada.

Del mismo modo, los jueces o magistrados que tengan en trámite medios impugnatorios o de nulidad en los que se solicite la revisión de resoluciones judiciales en las que se haya aplicado el precepto impugnado (en lo que a la detención domiciliaria se refiere), deberán estimar los recursos y declarar nulas dichas resoluciones judiciales, por no poder conceder efecto alguno a una disposición declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

Precítese que la obligación de los jueces y magistrados de actuar de conformidad con lo reseñado en los fundamentos 62 y 63 *supra*, es exigible incluso antes de la publicación de esta sentencia en el diario oficial *El Peruano*, pues los criterios jurisprudenciales vertidos en relación con las sustanciales diferencias entre el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva, imponen la aplicación del control difuso contra la ley impugnada.

3. Exhorta al Poder Judicial a resolver los procesos penales, en los que existan personas privadas de su libertad, dentro de un plazo máximo de 36 meses, de conformidad con el artículo 137° del Código Procesal Penal.

4. Exhorta al Congreso de la República para que, en el Presupuesto 2006, considere plazas suficientes que permitan a los magistrados del Poder Judicial y el Ministerio Público resolver la totalidad de los procesos penales seguidos por delitos de corrupción.

5. Exhorta al Ministerio Público a velar por el cabal cumplimiento del principio de legalidad en los procesos judiciales y al cumplimiento de los criterios jurisprudenciales vinculantes del Tribunal Constitucional.

6. Exhorta al Consejo Nacional de la Magistratura para que exija los informes trimestrales respecto de los procesos penales en los que no se hayan realizado diligencias durante un plazo razonable, que facilitarían el vencimiento del plazo máximo de detención judicial preventiva.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

Exp. N° 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados) [Proceso de Inconstitucionalidad promovido por la Presidencia del Consejo de Ministros. Se declara la inconstitucionalidad de las ordenanzas regionales que legalizaban el cultivo de la hoja de coca].

Fecha de Resolución: 27 de setiembre de 2005

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 27 de setiembre de 2005

Resumen: El 27 de setiembre de 2005 el Tribunal Constitucional publicó la sentencia recaída en los expedientes acumulados N°s 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC, que declaró fundadas las demandas de inconstitucionalidad planteadas por el Poder Ejecutivo contra las Ordenanzas Regionales expedidas por los Gobiernos Regionales de Cusco y Huánuco; y, en consecuencia inconstitucionales los artículos 1°, 2° y 3° de la Ordenanza Regional N° 031-GRC/CRC, y las Ordenanzas Regionales N° 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH.

La Ordenanza Regional del Cusco reconocía como zonas de producción de carácter legal de la Hoja de Coca en los valles de La Convención, de Yanatile de la provincia de Calca y, de Qosñipata de la provincia de Paucartambo, y declaraba a la planta de la Hoja de Coca, como patrimonio Regional Natural-Biológico-Histórico del Cusco y Recurso Botánico integrado a la cultura y cosmovisión del mundo andino y a las costumbres y tradiciones culturales y medicinales. Del mismo modo, el Gobierno Regional de Huánuco disponía la legalidad del cultivo de la Hoja de Coca en su jurisdicción y la reconocía como patrimonio cultural.

En la mencionada sentencia el Tribunal Constitucional estableció que el conflicto surgido debía ser solucionado mediante el *Test de la Competencia*, según el cual, en primer lugar debe analizarse el principio de unidad, y luego se debe ingresarse propiamente en el análisis del principio de competencia, relacionado con la lista de materias pormenorizada previstas en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad. También cabe recurrir a las cláusulas generales, es decir, a las funciones generales conferidas a cada uno de los órganos constitucionales. Las competencias de los órganos constitucionales pueden ser:

a) **Exclusivas:** Son materias asignadas en exclusividad a favor de organismos constitucionales. Serán positivas si son susceptibles de ser delegadas, y negativas si son privativas del órgano respectivo; es decir, no sólo exclusivas sino también excluyentes.

b) **Compartidas:** Son materias divididas en determinadas áreas de atención, repartiéndose responsabilidades entre dos o más niveles de gobierno, actividad coherente con los principios de cooperación y de tutela y control de los organismos constitucionales autónomos, según se verá luego.

c) **Delegadas:** Son aquellas en que un nivel de gobierno delega a otro de distinto nivel, de mutuo acuerdo y conforme al procedimiento establecido en la ley, quedando el primero obligado a abstenerse de tomar decisiones sobre la materia o función delegada.

Es por ello que el Tribunal Constitucional estimó que de una interpretación sistemática de las normas reguladoras del reparto de competencias en materia de declaración del Patrimonio Cultural de la Nación, se desprende que:

a) Los gobiernos regionales no tienen competencia para declarar que un bien pueda tener la condición de patrimonio cultural de la Nación. Tal declaración, cualquiera sea el lugar en el que se encuentre el bien, corresponde al Instituto Nacional de Cultura, la Biblioteca Nacional y el Archivo General de la Nación, dentro de los ámbitos de competencia de estos tres órganos de carácter nacional.

b) Los gobiernos regionales sí tienen competencia, en cambio, para promover la declaración de un bien que se encuentre en su ámbito territorial como patrimonio cultural. También la tienen en materia de «protección» y «conservación» sobre los bienes del patrimonio cultural de la Nación que se encuentren dentro del ámbito territorial de la Región respectiva.

De este modo, como quiera que la Constitución ha conferido al legislador orgánico la facultad de establecer el elenco de competencias de los gobiernos regionales, y que al ser desarrolladas, mediante la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR), no se ha previsto que estos sean competentes para declarar a determinados bienes como Patrimonio Cultural, sea Regional o de la Nación, el Tribunal Constitucional consideró que corresponde declarar la inconstitucionalidad, entre otros, del artículo 1° de la Ordenanza Regional N° 031-2005-GRC/CRC y del artículo 1° de la Ordenanza Regional N° 015-2004-CR-GRH.

De otro lado, en esta sentencia el Tribunal Constitucional exhortó al Presidente de la República a reevaluar la política nacional e internacional antinarcóticos de conformidad con los artículos 3° y 11° del artículo 118° de la Constitución, a efectos de que sea más eficiente y acorde al derecho y a la realidad nacional y regional.

Al respecto, señaló que, aun cuando de conformidad con el diseño actual de las políticas nacionales en relación con el cultivo de la Hoja de Coca, corresponde declarar la inconstitucionalidad de los dispositivos regionales impugnados, ello no es óbice para que advierta que dichas políticas no están alcanzado los resultados esperados, y no resultan plenamente afines con la realidad nacional y regional sobre la materia. Observándose que, de acuerdo con el Grupo de Análisis para el Desarrollo (GRADE), la débil capacidad de gestión de ENACO S.A., sería la principal razón del comportamiento inercial de las compras de hoja de coca.

Reconoció que entre las principales debilidades que detecta GRADE, figuran la escasa voluntad política para controlar la informalidad; la débil o inexistente presencia del Estado en algunas áreas geográficas; la baja calidad del capital humano y la falta de iniciativa para emprender cambios, tendencias a comportamientos oportunistas (corrupción), entre otras. En tanto que el desarrollo alternativo, a cargo de DEVIDA, hasta el momento, tampoco ha obtenido los resultados constitucionalmente exigibles de incorporar a los cocaleros a las políticas agrarias alternativas, en el marco del desarrollo agrario y de la lucha contra el narcotráfico.

Por otra parte, el Colegiado señaló que llama la atención el hecho de que el Estado concentre su política de lucha contra el tráfico ilícito de drogas en la erradicación parcial de una de las materias primas de pasta básica y la cocaína (hoja de coca) y en la tipificación y sanción penal de dicho delito, mas no en el tráfico informal o ilícito de los productos químicos que permiten producir drogas, tales como el kerosene, el ácido sulfúrico, el amoniaco, el ácido acético, benceno, carbonato de sodio, carbonato de potasio, cloruro de amonio, etc. En otras palabras, no es plenamente constitucional que el combate preventivo contra el tráfico ilícito de drogas (TID) sólo se dirija contra uno de los estadios que permite su perpetración, y no contra la oferta y la demanda de drogas y la comercialización de insumos químicos, lo que podría generar resultados más efectivos y menos costosos.

Luego de un detenido análisis de la problemática, se expuso que es evidente que desde hace siglos el uso tradicional de la planta de coca forma parte de la identidad cultural de los pueblos originarios del Perú. Por ello, el Colegiado expresó que comparte la preocupación de los demandados por la omisión del legislador nacional al no haber reconocido dicho uso como patrimonio cultural inmaterial de la nación.

Por esta razón, se exhortó al Congreso de la República a incluir a la planta de la hoja de coca en la lista de cultivos reconocidos como Patrimonio Natural de la Nación, por la Ley N° 28477. En igual sentido, exhortó al Instituto Nacional de Cultura (INC) a iniciar los trámites administrativos para evaluar la conveniencia técnica de la declaración del uso tradicional de la planta de hoja de coca como patrimonio cultural inmaterial, de conformidad con el ordenamiento internacional.

Finalmente, el Tribunal Constitucional afirmó el efecto vinculante para todos los poderes públicos de las sentencias dictadas en un proceso de inconstitucionalidad, vinculación que, por sus alcances generales, se despliega a toda la ciudadanía. En tal sentido, en su condición de órgano de control de la Constitución, consideró que en el supuesto de que alguna autoridad o persona pretenda desconocer los efectos vinculantes de esta resolución, resultará de aplicación el artículo 22° del Código Procesal Constitucional, en el extremo que dispone que para el cumplimiento de una sentencia, el juez podrá hacer uso de multas fijas acumulativas.

Temas Claves: Cultivo de hoja de coca - doble dimensión de los procesos constitucionales - principio de competencia - principio democrático - patrimonio cultural inmaterial - principio de unidad del Estado - tipología de infracciones inconstitucionales - *amicus curiae* - test de competencia - derecho a la identidad étnica y cultural.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL**

**0020-2005-PI/TC
0021-2005-PI/TC
(acumulados)**

**SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 27 de septiembre de 2005

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Presidente de la República (demandante) c. Gobiernos Regionales de Cusco y Huánuco (demandados)

Síntesis

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra la Ordenanza Regional N.º 031-2005-GRC/CRC, promulgada por el Presidente del Gobierno Regional de Cusco, y las Ordenanzas Regionales N.ºs 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH, promulgadas por la Presidenta del Gobierno Regional de Huánuco.

Magistrados firmantes:

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

Sumario

I. Asunto

II. Datos generales

III. Normas cuestionadas

IV. Antecedentes

1. Argumentos de las demanda
2. Contestaciones de las demandas
3. Apersonamiento de la Defensoría del Pueblo

V. Materias constitucionalmente relevantes

VI. Fundamentos

§1. Cuestiones preliminares

1.1 Sobre las excepciones deducidas por el Gobierno Regional de Huánuco

1.2 Sobre la supuesta afectación del derecho de defensa alegada por el Procurador Público Regional *Ad Hoc* del Gobierno Regional del Cusco

1.3 Con relación al apersonamiento de la Defensoría del Pueblo.

§2. Delimitación del petitorio

§3. Proceso de inconstitucionalidad y Tribunal Constitucional como órgano de control de la Constitución

3.1 La doble dimensión de los procesos constitucionales

3.2 Los principios que determinan la invalidez constitucional de las normas: jerarquía / competencia

3.3 Tipología de infracciones constitucionales

3.3.1 Infracciones constitucionales por la forma y por el fondo

3.3.2 Infracciones constitucionales parciales o totales

3.3.3 Infracciones constitucionales directas e indirectas: el bloque de constitucionalidad

§4. Test de la competencia y conflicto normativo

4.1 Proceso de inconstitucionalidad y conflicto de competencias

4.2 Presupuestos del test de la competencia

4.3 El principio de unidad: La República del Perú como Estado unitario y descentralizado

4.3.1 Diferencias entre "Estado unitario centralizado", "Estado unitario descentralizado" y "Estado unitario y descentralizado"

4.3.2 Principio de cooperación y lealtad regional

4.3.3 Principio de taxatividad y cláusula de residualidad

4.3.4 Principio de control y tutela

4.4 Principio de competencia

4.4.1 Estado unitario y descentralizado, sistemas normativos y distribución de competencias.

4.4.2 El bloque de constitucionalidad de las ordenanzas regionales

4.4.2.1 La integración en el bloque de las leyes orgánicas

4.4.2.2 La integración en el bloque de otras normas legales

4.5 Otros principios constitucionales del reparto competencial

- 4.5.1 Principio del efecto útil y poderes implícitos
- 4.5.2 Principio de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos

§5. Planta de la hoja de coca, patrimonio cultural y derecho fundamental a la identidad cultural

- 5.1 Determinación del órgano competente para declarar bienes como patrimonio cultural
- 5.2 Uso tradicional de la hoja de coca y derechos culturales
- 5.3 Hoja de coca y patrimonio cultural

§6. Planta de la hoja de coca y liberalización de su producción

- 6.1 El combate contra el tráfico ilícito de drogas
- 6.2 Convenios internacionales relacionados con el tráfico ilícito de drogas y su adecuada interpretación
- 6.3 Política legislativa del Estado contra el tráfico ilícito de drogas
- 6.4 Determinación del órgano competente para designar las zonas de cultivo legal de la hoja de coca
- 6.5 Deber constitucional del Estado de diseñar una política eficiente contra el tráfico ilícito de drogas
- 6.6 Programas de desarrollo alternativo

§7. Planta de la hoja de coca como bien transmisible y sucesorio

§8. El Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución y efecto vinculante de la sentencia

VII. Fallo

EXP. N.º 0020-2005-PI/TC

EXP. N.º 0021-2005-PI/TC

(acumulados)

LIMA

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 27 días del mes de setiembre de 2005, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto adjuntos de los magistrados Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen y Juan Vergara Gotelli:

I. ASUNTO

Demandas de inconstitucionalidad interpuestas por el Presidente de la República contra:

A) La Ordenanza Regional N.º 031-2005-GRC/CRC, expedida por el Presidente del Gobierno Regional de Cusco, en los extremos en que:

· Declara a la planta de la hoja de coca como patrimonio regional natural, biológico, cultural e histórico de Cusco, y como recurso botánico integrado a la cultura y cosmovisión del mundo andino y a las costumbres y tradiciones culturales y medicinales (artículo 1º).

· Reconoce como zonas de producción tradicional de carácter legal de la planta de la hoja de coca los valles

de La Convención y Yanatile, de la provincia de Calca, y Qosñipata, de la provincia de Paucartambo, todos integrantes del departamento del Cusco (artículo 2º).

· Declara a la planta de la hoja de coca como un bien económico transmisible y sucesorio del campesinado que habita en las zonas mencionadas (artículo 3º).

B) La Ordenanza Regional N.º 015-2004-CR-GRH, promulgada por la Presidenta del Gobierno Regional de Huánuco, que declara a la hoja de coca como patrimonio cultural y de seguridad alimentaria de la Región Huánuco.

C) La Ordenanza Regional N.º 027-2005-E-CR-GRH, promulgada por la Presidenta del Gobierno Regional de Huánuco, que incorpora a la Ordenanza Regional N.º 015-2004-CR-GRH un artículo por el cual se declara la legalidad del cultivo de la hoja de coca en la jurisdicción del Gobierno Regional de Huánuco, para el consumo directo (en la modalidad de *chaccheo*), con fines medicinales, ceremoniales y de industrialización lícita.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso : Proceso de inconstitucionalidad.

Demandante : Presidente de la República.

Normas sometidas a control : Ordenanzas Regionales N.ºs 031-2005-GRC/CRC,

015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH.

Normas constitucionales

cuya vulneración se alega : artículos 43º, y 192º 10.

Petitorio : Se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1º,

2º y 3º de la Ordenanza Regional N.º 031-2005-GRC/CRC y la inconstitucionalidad de las Ordenanzas Regionales N.ºs 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH.

III. NORMAS CUESTIONADAS

1. Ordenanza Regional N.º 031-2005-GRC/CRC:

"Artículo Primero.- DECLARAR a la Planta de la Hoja de Coca, como Patrimonio Regional Natural-Biológico-Cultural-Histórico del Cusco y como Recurso Botánico integrado a la cultura y cosmovisión del mundo andino y a las costumbres y tradiciones culturales y medicinales.

Artículo Segundo.- RECONOCER como zonas de producción tradicional de carácter legal de la Planta de la Hoja de Coca a los valles de: La Convención; Yanatile de la provincia de Calca y Qosñipata de la provincia de Paucartambo, todos ellos del departamento del Cusco, donde la producción de esta especie está destinada al uso medicinal, ceremonial, religioso, cultural, 'chaccheo' y aquellas que son adquiridas en forma lícita por la Empresa Nacional de la Coca Sociedad Anónima, ENACO S.A., para su respectiva comercialización.

Artículo Tercero.- DECLÁRASE a la Planta de la Hoja de la Coca como bien económico transmisible y sucesorio del campesinado que habita en las zonas mencionadas en el artículo segundo de la presente Ordenanza Regional."

2. Ordenanza Regional N.º 015-2004-CR-GRH:

"Artículo 1.- RECONOCER a la HOJA DE COCA como Patrimonio Cultural y de Seguridad Alimentaria de la Región Huánuco, en mérito a los considerandos expuestos."

3. Ordenanza Regional N.º 027-2005-E-CR-GRH:

"Artículo Primero.- INCORPORAR A LA ORDENANZA REGIONAL N.º 015-2004-CR-GRH, que declara como Patrimonio Cultural y de Seguridad Alimentaria a la Hoja de Coca, el siguiente articulado:

Artículo 1.A.- Declara la Legalidad del cultivo de la Hoja de Coca en la jurisdicción del Gobierno Regional de Huánuco, para el consumo directo en la modalidad de Chaccho con fines medicinales, ceremoniales, y de industrialización lícita, de acuerdo a la presente Ordenanza Regional."

IV. ANTECEDENTES

1. Argumentos de las demandas

Con fechas 25 y 27 de julio de 2005, el demandante ha interpuesto las presentes demandas, solicitando se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1º, 2º y 3º de la Ordenanza Regional N.º 031-2005-GRC/CRC, promulgada por el Gobierno Regional de Cusco; y de las Ordenanzas Regionales N.ºs 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH, expedidas por el Gobierno Regional de Huánuco.

Las demandas se sustentan en argumentos sustancialmente análogos. Tales argumentos, son los siguientes:

a) De conformidad con el artículo 192º 10 de la Constitución, toda competencia de los gobiernos regionales, fuera de aquellas enumeradas en los incisos 1 a 9 del mismo artículo constitucional, debe estar prevista en la ley. Sin embargo, ni la Ley N.º 27783, Ley de Bases de la Descentralización (en adelante, LBD), ni la Ley N.º 27867, Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales (en adelante, LOGR), prevén que sea competencia (exclusiva, compartida o delegada) de estos gobiernos declarar como patrimonio cultural a la hoja de coca o declarar la legalidad de su cultivo en su respectiva jurisdicción.

b) El artículo 43º de la Constitución estipula que el Estado peruano es unitario. En tal sentido, las competencias que no han sido expresamente asignadas por la ley a los gobiernos regionales, corresponden al Gobierno Nacional.

c) La Convención Única sobre Estupefacientes de 1961; el Decreto Ley N.º 22095, Ley de Represión del Tráfico Ilícito de Drogas; la creación de la Comisión de Lucha contra el Consumo de Drogas (DEVIDA); el Decreto Legislativo N.º 824, Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas; el Decreto Supremo N.º 004-2004-PCM, que aprobó la "Estrategia Nacional de Lucha contra la Drogas 2002-2007", y el Decreto Supremo N.º 006-2005-PCM, que actualizó dicha estrategia, evidencian que

tanto el combate contra el tráfico ilícito de drogas, como el control de los cultivos de hoja de coca a través de su regulación, son una política nacional del Estado peruano. En tal sentido, de conformidad con el artículo 26º, inciso 1, ordinal a) de la LBD, son competencias exclusivas del Gobierno Nacional.

d) Las ordenanzas cuestionadas han vulnerado el artículo 45º, inciso a) de la LOGR, que establece que dichas instancias de gobierno definen, norman, dirigen y gestionan sus políticas regionales y ejercen sus funciones generales y específicas en concordancia con las políticas nacionales y sectoriales.

e) El artículo 47º, inciso l) de la LOGR establece como función de los gobiernos regionales proteger y conservar, en coordinación con los gobiernos locales y los organismos correspondientes, el patrimonio cultural nacional existente en la región, así como promover la declaración, por los organismos competentes, de los bienes culturales no reconocidos que se encuentren en la región. Por su parte, el artículo 19º de la Ley N.º 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, establece que son organismos del Gobierno Nacional los encargados de la identificación, inventario, inscripción, registro, investigación, protección, conservación, difusión y promoción de los bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación. En tal sentido, los gobiernos regionales no tienen competencia para declarar bienes como patrimonio cultural.

f) El control del cultivo de la hoja de coca debe ser realizado por una sola autoridad de nivel nacional, con las atribuciones técnicas para determinar el nivel de producción del cultivo legal. El incremento de la producción de hojas de coca en el territorio nacional afectaría la labor del Gobierno Nacional referida al orden interno y a la prevención de delitos, que es de su exclusiva competencia.

g) Al expedir las normas cuestionadas, los gobiernos regionales emplazados no han considerado las consecuencias que tiene la siembra ilegal de hoja de coca en otros ámbitos, como la drogadicción, la violencia, la corrupción y el narcotráfico (alimentado en su mayoría por la producción ilegal de hoja de coca).

h) Otorgar legalidad al cultivo de hoja de coca destinado a fines medicinales, ceremoniales y de industrialización, provocará que toda la producción de hoja de coca sea cultivada alegando que se destinará a tales fines, con lo cual el control se tornará imposible.

Con fecha 5 de agosto de 2005, 31 Congresistas de la República, solicitan ser admitidos como litisconsortes activos facultativos en el proceso de inconstitucionalidad. En tal sentido, solicitan que se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional N.º 031-2005-GRC/CRC, expedida por el Gobierno Regional de Cusco, básicamente, por las mismas consideraciones expuestas por la Presidencia del Consejo de Ministros en su escrito de demanda.

Dicha solicitud fue estimada por el Tribunal Constitucional, mediante resolución de fecha 8 de agosto de 2005.

2. Contestaciones de las demandas

Gobierno Regional de Huánuco

La Presidenta del Gobierno Regional de Huánuco, doña Luzmila Templo Condeso, con fecha 16 de septiembre de 2005, deduce excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, por considerar que mediante la Resolución Ministerial N.º 260-2005-PCM, sólo se autorizó a la Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros a presentar demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Regional N.º 027-2005-E-CR-GRH, más no contra la Ordenanza Regional N.º 015-2004-CTR-GRH; sin embargo, ésta ha interpuesto la demanda contra ambas. En el mismo escrito contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada por las siguientes consideraciones:

- a) Los gobiernos regionales tienen la potestad de dictar normas sobre asuntos de su competencia, tal como lo estipula el artículo 192º, inciso 6, de la Constitución.
- b) De conformidad con el artículo 192º, inciso 7, de la Constitución, los gobiernos regionales tienen competencia en materia de agricultura. Por otra parte, el artículo 10º, inciso 1, ordinal g), de la LOGR, estipula que los gobiernos regionales tienen competencia exclusiva para facilitar los procesos orientados a los mercados internacionales para la agricultura. Los cultivos de la hoja de coca se encuentran inmersos dentro de la actividad agrícola, razón por la cual su regulación es competencia de los gobiernos regionales.
- c) Las Ordenanzas Regionales no contravienen ninguna política nacional, pues en tanto la hoja de coca forma parte de una tradición cultural milenaria, su cultivo nunca ha sido ilegal, tal como ha sido reconocido por el artículo 14º, inciso 2, de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico de Estupefacientes de 1988.
- d) El Gobierno Regional de Huánuco ha dictado las normas cuestionadas con el propósito de rescatar las raíces ancestrales que enfatizan una identidad cultural regional, con miras a revalorar la hoja de coca como un recurso natural de atributos alimenticios, medicinales, místicos, religiosos e industriales, distinguiéndola de su destino al narcotráfico.
- e) En tal contexto, el Gobierno Regional debe coordinar con los organismos competentes del Gobierno Nacional los asuntos relacionados con la comercialización de la hoja de coca. De ahí que la reglamentación de las Ordenanzas deberá, necesariamente, observar las normas legales de carácter nacional.
- f) Las Ordenanzas no han regulado los cultivos ilícitos de la hoja de coca, sino sólo aquellos destinados a fines lícitos.
- g) El cultivo de la hoja de coca no sólo es una opción para el desarrollo de nuestra diversidad, sino también un elemento de primera importancia para lograr el desarrollo socioeconómico del país por constituir un producto agrícola.

El Procurador Público Regional *Ad Hoc* del Gobierno Regional de Huánuco, con fecha 16 de septiembre de 2005, deduce las excepciones de falta de legitimidad para obrar y representación insuficiente del demandante, por considerar que no se le han delegado expresas facultades para impugnar la constitucionalidad de la Ordenanza Regional N.º 015-2004-GR-GRH. En el mismo escrito contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada por las siguientes consideraciones:

- a) Las Ordenanzas Regionales resultan acordes y compatibles con el ordenamiento jurídico nacional y no derogan ni invalidan norma alguna.
- b) Reconocer a la hoja de coca como patrimonio cultural y de seguridad alimentaria de la Región Huánuco y declarar la legalidad del cultivo de la hoja de coca, en la jurisdicción del Gobierno Regional de Huánuco, para el consumo directo en la modalidad de *chaccheo* y con fines medicinales, ceremoniales e industriales lícitos, son competencias de los gobiernos regionales, tal como lo tiene establecido el artículo 10º, inciso 1 de la LOGR.
- c) En ningún momento se ha legalizado el uso indebido de la hoja de coca.
- d) El demandante confunde el interés nacional con los intereses de otros países, pues el Gobierno Nacional ha celebrado tratados que jamás favorecieron una real investigación del uso de la hoja de coca y la obtención de sus beneficios.

Gobierno Regional del Cusco

El Presidente Regional de Cusco, don Carlos Ricardo Cuaresma Sánchez, y el Procurador Público Regional *Ad Hoc* del Gobierno Regional de Cusco, con fecha 20 de setiembre de 2005, contestan la demanda solicitando que sea declarada infundada por las siguientes consideraciones:

- a) Desde épocas pretéritas, la planta de la hoja de coca cumple un rol importante en las interrelaciones sociales y económicas de las familias andino-amazónicas (en las fiestas comunales, matrimonios, trabajos colectivos, celebración de acontecimientos importantes, trueque y otros hechos que han fomentado la solidaridad interna e integración del grupo social). Desde tiempos incaicos, fue objeto de adoración, siendo considerada una planta divina que, además, ostentaba propiedades curativas, razones por las cuales era objeto de intercambio y apreciado regalo. Se le reconoce un amplio valor social, médico y terapéutico en su forma de masticación, infusión y aplicada en cataplasma. Ello permite sostener que en Cusco no hay narcotráfico ni lo habrá porque los cultivos legales lo son desde hace siglos y existe un eficiente control social.
- b) La racionalidad del pensamiento andino-amazónico, principalmente en el departamento de Cusco, con respecto al uso tradicional de la planta de la hoja de coca, obedece a una serie de conductas aprendidas con relación a su entorno y/o naturaleza en el curso de los tiempos, la misma que se traduce en una serie de patrones culturales, creados, recreados y practicados milenariamente.

c) En el ámbito cultural andino la hoja de coca tiene un rol tan importante que es difícil imaginarse a esa cultura sin la presencia de dicha planta. De ahí que los pueblos andinos tengan el derecho de utilizar plantas como la hoja de coca como parte de su religiosidad y cosmovisión.

d) Estas manifestaciones llevan a reconocer que el uso de la planta de la hoja de coca forma parte de los derechos culturales de los pueblos indígenas, que los tratados internacionales de derechos humanos reconocen. En tal perspectiva, la Ordenanza Regional impugnada reconoce dichos derechos, por lo que tiene un estricto carácter declarativo.

e) Las zonas en las que se ha legalizado el cultivo son ya reconocidas como cuencas, valles o zonas lícitas en el mapeo que tiene ENACO S.A.

f) El artículo 3º de la Ordenanza también es declarativo, al señalar que la planta de la hoja de coca es un bien económico transmisible y sucesorio.

g) La Ordenanza reconoce la competencia de ENACO S.A. como ente fiscalizador de la producción de hoja de coca, pero diferenciando la producción que se destina al uso tradicional de aquella que se destina al narcotráfico.

h) El padrón de productores de ENACO S.A. se encuentra "estancado", y ello ha impedido que otros productores que han adquirido el derecho por transmisión o sucesión, puedan convertirse en productores lícitos.

i) No existe una política nacional de protección a este producto natural botánico, sino únicamente una política represiva y erradicadora vinculada al delito, lo que genera consecuencias negativas para el productor cocalero.

j) Existe una política discriminatoria contra la hoja de coca, pues en la Ley N.º 28477, que reconoce como patrimonio natural de la Nación a diversos cultivos nativos, no se la ha incluido.

k) Con el reglamento de la Ordenanza queda evidenciado que ésta no es contraria a la política nacional, pues en aquel se ha precisado que la legalización sólo comprende a los valles reconocidos como zonas de producción legal por ENACO S.A., y sólo en la medida en que se encuentre producida por personas empadronadas y sea destinada al consumo legal.

l) La Ordenanza es compatible con el artículo 14º, inciso 2, de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, que señala que las medidas orientadas a evitar el cultivo de la hoja de coca deben respetar los derechos fundamentales.

m) La hoja de coca, *per se*, no es parte del, *iter crimen*, pues se requiere la participación de muchos insumos químicos para producir cocaína.

n) La Ordenanza Regional no colisiona con la política represiva, erradicadora y de control de la hoja de coca, sino que se ubica en el contexto legal, otorgando protección a los cultivos legales y tradicionales.

o) La norma ha sido dictada en ejecución de la competencia exclusiva de los gobiernos regionales de promover el uso sostenible de los recursos forestales y de biodiversidad, según lo establecen tanto el artículo 35º de la LBD, como el artículo 10º, inciso n), de la LOGR.

p) La Ordenanza ha sido dictada ante el vacío legal de una política nacional orientada a la preservación y conservación de la hoja de coca. Sólo existe una política represiva de orden penal.

q) La ordenanza es compatible con el Convenio 169º de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que establece que al aplicar la legislación nacional, los Estados deben reconocer y proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales de los pueblos indígenas.

r) La Ordenanza no resulta contraria al artículo 8º de la Constitución, que reserva al Gobierno Central el combate contra el tráfico ilícito de drogas, pues sólo busca la protección de un recurso botánico natural.

Adicionalmente, el Procurador Público Regional *Ad hoc* del Gobierno Regional de Cusco, acusa una supuesta vulneración del derecho fundamental al debido proceso y, concretamente, del derecho de defensa, pues considera que debió notificársele con el auto admisorio, la demanda y los anexos, así como con el escrito presentado por los 31 Congresistas de la República.

2. Apersonamiento de la Defensoría del Pueblo.

Mediante escrito de fecha 23 de septiembre de 2005, la encargada del Despacho del Defensor del Pueblo, se presenta al proceso para intervenir en calidad de *amicus curiae*.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

Luego de analizar, como cuestiones preliminares, las excepciones deducidas por el Gobierno Regional de Huánuco, y la supuesta afectación del derecho fundamental a la defensa en la tramitación de la presente causa, acusada por el Procurador Público Regional *Ad hoc* del Gobierno Regional de Cusco, se analizarán, como cuestiones constitucionalmente relevantes, las siguientes:

1. Determinar los presupuestos para la resolver un proceso de inconstitucionalidad contra normas con rango de ley que, supuestamente, se ocupan de materias reservadas a otros órganos constitucionales; en ese sentido deberán analizarse los siguientes temas:

1.1 ¿Cuáles son las dimensiones de un proceso de inconstitucionalidad?

1.2 ¿Cuáles con los principios, cuya afectación determina la invalidez constitucional de una norma con rango de ley?

1.3 ¿Cuál es la tipología de infracciones constitucionales en las que puede incurrir una norma con rango de ley?

1.4 ¿Cuál es la relevancia de las infracciones “indirectas” a la Constitución para resolver la presente causa (el bloque de constitucionalidad)?

2. Incidencia del *test* de la competencia para determinar a los órganos competentes para regular las materias de las que se ocupan las normas cuestionadas; para tales efectos corresponderá analizar:

2.1 ¿Cuáles son los presupuestos del *test* de la competencia?

2.2 ¿En qué consiste el principio de unidad y que alcances constitucionales tiene la configuración de la República del Perú como un Estado unitario y descentralizado?

2.3 ¿En qué consiste el principio de cooperación y lealtad regional?

2.4 ¿En qué consiste el principio de taxatividad y la cláusula de residualidad?

2.5 ¿En qué consiste el principio de control y tutela?

2.6 ¿En qué consiste el principio de competencia?

2.7 ¿En qué consiste el principio de efecto útil y poderes implícitos?

2.8 ¿En qué consiste el principio de progresividad?

2.9 ¿Cuál es el bloque de constitucionalidad de las ordenanzas regionales?

3. Evaluar la relación entre la planta de la hoja de coca y el derecho fundamental a la identidad cultural (artículo 2º 19 de la Constitución) y la posibilidad de que se la declare patrimonio cultural; para tales efectos corresponderá analizar:

3.1 En base al *test* de la competencia, ¿cuál es el órgano constitucional competente para declarar bienes como patrimonio cultural?

3.2 ¿Cuáles son las características del uso tradicional de la hoja de coca en el Perú?

3.3 ¿La hoja de coca puede tener la condición de patrimonio cultural de la Nación?

4. Analizar las relaciones entre el cultivo y la comercialización de la planta de la hoja de coca y el tráfico ilícito de drogas; en tal sentido corresponderá responder a las siguientes interrogantes:

4.1 ¿Cuáles son las obligaciones del Estado en relación con el combate al tráfico ilícito de drogas?

4.2 ¿Cuáles son los alcances de los Convenios internacionales relacionados con la lucha contra el tráfico ilícito de drogas?

4.3 ¿Es eficiente la política legislativa del Estado contra el tráfico ilícito de drogas?

4.4 ¿Cuál es el órgano constitucional competente para regular lo referente al cultivo de la planta de la hoja de coca?

4.5 Programas de desarrollo alternativo.

5. Finalmente este Tribunal determinará cuál es el órgano constitucional competente para regular la materia referida a al transmisión y sucesión de la planta de la hoja de coca.

IV. FUNDAMENTOS

§1. Cuestiones preliminares.

1.1 Sobre las excepciones deducidas por el Gobierno Regional de Huánuco.

1. Tanto la Presidenta como el Procurador Público del Gobierno Regional de Huánuco han deducido las excepciones de falta de legitimidad para obrar y representación insuficiente del demandante, pues consideran que, de conformidad con la Resolución Ministerial N.º 260-2005-PCM, la delegación conferida a la Procuradora Pública por el Presidente del Consejo de Ministros (quien, a su vez, fue designado por el Presidente de la República para que lo represente en este proceso) tan sólo incluía la impugnación de la Ordenanza Regional N.º 027-2005-E-CR-GR, más no la Ordenanza Regional N.º 015-2004-CR-GRH; a pesar de lo cual la Procuradora ha solicitado también la inconstitucionalidad “por conexión” de esta última.

2. Existen diversos motivos que justifican la desestimación de las excepciones deducidas por el Gobierno Regional de Huánuco:

a) La Ordenanza Regional N.º 027-2005-E-CR-GR, consta de dos artículos, de los cuales tan sólo el primero resulta relevante en la resolución de la presente causa, pues el segundo se limita a ordenar la publicación de la norma. El artículo primero dispone lo siguiente:

“INCORPORAR A LA ORDENANZA REGIONAL N.º 015-2004-CR-GRH, que declara como Patrimonio Cultural y de Seguridad Alimentaria a la Hoja de Coca, el siguiente articulado:

Artículo 1.A.- Declara la Legalidad del cultivo de la Hoja de Coca en la jurisdicción del Gobierno Regional de Huánuco, para el consumo directo en la modalidad de Chacqueo con fines medicinales, ceremoniales, y de industrialización lícita, de acuerdo a la presente Ordenanza Regional.”

La Ordenanza Regional N.º 027-2005-E-CR-GR incorpora un nuevo artículo en el *corpus* normativo de la Ordenanza Regional N.º 015-2004-CR-GRH, por lo que, para efectos del análisis material del contenido impugnado, resulta indistinto referirse a una u otra fuente.

b) Si bien el demandado ha cuestionado que la Procuradora Pública del Consejo de Ministros recurra a la figura de la conexidad existente entre ambas Ordenanzas para justificar su impugnación en conjunto, tal cuestionamiento resulta injustificado, no sólo porque, según ha quedado dicho, la conexidad existe, sino, fundamentalmente, porque tal posibilidad no surge de la voluntad de la referida Procuradora, sino del propio Código Procesal Constitucional (CPCConst.), cuyo artículo 78º permite extender la sanción de inconstitucionalidad

de una norma a aquellas a las que el vicio deba alcanzar "por conexión o consecuencia".

Por ello, en aras de garantizar la supremacía normativa de la Constitución (artículo II del Título Preliminar del CPConst.), el Tribunal Constitucional tiene el deber de realizar una apreciación extensiva de las fuentes del ordenamiento conexas que resulten incompatibles con ella, aún en los supuestos en los que sólo alguna de dichas normas haya sido objeto de impugnación.

c) Finalmente, incluso en el supuesto de que los argumentos referidos no despejen totalmente las dudas existentes con relación a si este Colegiado debe o no continuar con la resolución de la causa ante las excepciones alegadas, lejos de aplicar el artículo 451º, inciso 5, del Código Procesal Civil, que indebidamente ha sido traído a colación por el Gobierno Regional de Huánuco, es de aplicación el Artículo III del Título Preliminar del CPConst, según el cual:

"Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación."

3. Por todas estas razones, el Tribunal Constitucional declara infundadas las excepciones deducidas por el Gobierno Regional de Huánuco.

1.2 Sobre las supuestas afectación del derecho de defensa alegada por el Procurador Público Regional *Ad hoc* del Gobierno Regional de Cusco.

4. El Procurador Público Regional *Ad hoc* del Gobierno Regional de Cusco, acusa una supuesta vulneración del derecho fundamental al debido proceso y, concretamente, del derecho de defensa, pues considera que debió notificársele con el auto admisorio, la demanda y los anexos, así como con el escrito presentado por los 31 Congresistas de la República.

Como fundamento normativo de su alegato ha recurrido a diversas disposiciones del Decreto Ley N.º 17537 —Ley de Representación y defensa del Estado en juicio—, de la Ley N.º 27867 —Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales—, y del Decreto Supremo N.º 002-2003-JUS —Reglamento de la Representación y Defensa de los derechos e intereses del Estado a nivel del Gobierno Regional—.

5. Empero, es preciso recordar que a partir del 1 de diciembre de 2004, la norma llamada a regular los procesos constitucionales es el Código Procesal Constitucional (CPConst.), aprobado mediante Ley N.º 28237, y no los diferentes dispositivos legales a los que indebidamente recurre el Procurador Público.

En tal sentido, el precepto que resulta aplicable a la presente causa es el artículo 7º del CPConst., referido a la representación procesal del Estado en los procesos constitucionales, cuyo tercer párrafo, establece:

"Las instituciones públicas con rango constitucional actuarán directamente, sin la intervención del Procurador

Público."

Todas las instituciones públicas que actúan en el presente proceso, gozan de rango constitucional. Así, el Presidente de la República (artículo 110º), la Presidencia del Consejo de Ministros (artículo 123º), el Congreso de la República (artículo 90º) y los Gobiernos Regionales de Cusco y Huánuco (artículo 191º). En consecuencia, debían actuar directamente en el proceso, y no por intermedio del Procurador Público. A ello obedece que éste no haya sido notificado con el escrito demanda.

6. Asimismo, como luego tendrá oportunidad de precisarse, el caso de autos, desde un punto de vista material, es un conflicto de competencias, razón por la cual también resulta aplicable el artículo 109º del aludido Código, en el que se estipula que

"Los poderes o entidades estatales en conflicto actuarán en el proceso a través de sus titulares."

7. Lo expuesto, desde luego, no impide que los Procuradores Públicos de los órganos de rango constitucional también actúen en representación de estas entidades, tal como ha ocurrido en el proceso de autos. Simplemente, dicha intervención no resulta obligatoria, quedando en criterio de los titulares de las respectivas entidades solicitarla o permitirla.

8. Sin perjuicio de lo expuesto, debe indicarse también que en los procesos constitucionales no cabe exigir la protección del derecho fundamental a la defensa desde una perspectiva formal, sino sustancial. De ahí que, aún en la hipótesis negada de que hubiese existido algún vicio al no haberse notificado al Procurador Público con la demanda y sus anexos, éste habría sido subsanado al haber tomado oportuno conocimiento de su contenido, haber presentado el escrito de contestación correspondiente y haber participado en la vista de esta causa.

1.3 Con relación al apersonamiento de la Defensoría del Pueblo.

9. Mediante escrito de fecha 23 de septiembre de 2005, la encargada del Despecho de Defensor del Pueblo, solicita su apersonamiento al proceso en calidad de *amicus curiae*, a pesar de que dicha entidad goza de legitimación activa en los procesos de inconstitucionalidad (artículo 203º 3 de la Constitución).

10. La posibilidad de permitir la intervención en el proceso constitucional de personas o entidades especializadas que puedan coadyuvar en la resolución de la causa, ha sido prevista en el artículo 13-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, aprobado mediante Resolución Administrativa N.º 095-2004-P-TC. Dicho precepto establece:

"Artículo 13-A.- El Pleno o las Salas pueden solicitar los informes que estimen necesarios a los órganos de Gobierno y de la Administración y requerir respuesta oportuna de ellos, de acuerdo al artículo 119 del Código Procesal Constitucional; así como solicitar información del (los) *amicus curiae* (*amici curiarum*), si fuera el caso,

que permita esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados."

11. Tal como se aprecia del tenor de la disposición, el apersonamiento al proceso de personas o entidades en calidad de *amicus curiae*, se encuentra sujeto a la previa solicitud realizada por este Colegiado, lo que no ha sucedido en el presente caso. No obstante, considerando las tareas que el Constituyente ha reservado a la Defensoría del Pueblo (artículo 162º de la Constitución), este Colegiado entiende prudente atender las consideraciones planteadas por el referido órgano constitucional.

§2. Delimitación del petitorio.

12. Se ha solicitado a este Tribunal declarar la inconstitucionalidad de los artículos 1º, 2º y 3º de la Ordenanza Regional N.º -2005-GRC/CRC, expedida por el Gobierno Regional de Cusco, y de las Ordenanzas Regionales N.ºs 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GR, expedidas por el Gobierno Regional del Huánuco.

Los artículos respectivos de la Ordenanza Regional N.º 031-2005-GRC/CRC, establecen:

"Artículo Primero.- DECLARAR a la Planta de la Hoja de Coca, como Patrimonio Regional Natural – Biológico – Cultural – Histórico del Cusco y como Recurso Botánico integrado a la cultura y cosmovisión del mundo andino y a las costumbres y tradiciones culturales y medicinales.

Artículo Segundo.- RECONOCER como zonas de producción tradicional de carácter legal de la Planta de la Hoja de Coca a los valles de: La Convención; Yanatile de la provincia de Calca y Qospipata de la provincia de Paucartambo, todos ellos del departamento del Cusco, donde la producción de esta especie está destinada al uso medicinal, ceremonial, religioso, cultural, 'chacqueo' y aquellas que son adquiridas en forma lícita por la Empresa Nacional de la Coca Sociedad Anónima, ENACO S.A., para su respectiva comercialización.

Artículo Tercero.- DECLÁRASE a la Planta de la Hoja de la Coca como bien económico transmisible y sucesorio del campesinado que habita en las zonas mencionadas en el artículo segundo de la presente Ordenanza Regional."

Por su parte, el artículo 1º de la Ordenanza Regional N.º 015-2004-CR-GRH, dispone:

"Artículo 1.- Reconocer a la HOJA DE COCA como Patrimonio Cultural y de Seguridad Alimentaria de la Región Huánuco, en mérito a los considerandos expuestos."

Y el artículo 1º de la Ordenanza Regional N.º 027-2005-E-CR-GRH, establece:

"Artículo Primero.- INCORPORAR A LA ORDENANZA REGIONAL N.º 015-2004-CR-GRH, que declara como Patrimonio Cultural y de Seguridad Alimentaria a la Hoja de Coca, el siguiente articulado:

Artículo 1.A.- Declara la Legalidad del cultivo de la Hoja de Coca en la jurisdicción del Gobierno Regional

de Huánuco, para el consumo directo en la modalidad de Chacqueo con fines medicinales, ceremoniales, y de industrialización lícita, de acuerdo a la presente Ordenanza Regional."

13. El recurrente sostiene que las normas impugnadas resultan constitucionalmente inválidas, por considerar que los gobiernos regionales carecen de competencia tanto para declarar a la hoja de coca patrimonio cultural, como para legalizar su cultivo en sus respectivas jurisdicciones, y para disponer que la referida planta constituya un bien transmisible y sucesorio. En criterio del demandante, la Constitución no confiere tales facultades a los gobiernos regionales y no existe norma alguna en el ordenamiento jurídico que así lo haga. Entiende que, de conformidad con la normativa vigente, tales competencias corresponden al Gobierno Nacional.

14. Como se verá en detalle luego, de conformidad con lo previsto por el artículo 43º de la Norma Fundamental, el Estado peruano es unitario, pero descentralizado. Es una república distribuida territorialmente en regiones, departamentos, provincias y distritos, y gubernativamente, en los niveles nacional, regional y local (artículo 189º de la Constitución), circunstancia que da lugar a la existencia, junto al ordenamiento jurídico nacional, de ordenamientos jurídicos regionales y locales y, consecuentemente, a la potencial incompatibilidad entre fuentes normativas (v.g. la ley y la ordenanza regional) que, por ostentar idéntico rango (artículo 200º 4, de la Constitución), no puede ser resuelta apelando al principio de jerarquía normativa, sino al de competencia.

15. Cabe afirmar, sin embargo, que el principio de competencia es tributario del de jerarquía, pues si una entidad estatal puede incurrir en la expedición de una norma inválida por invadir esferas competenciales previstas como ajenas por otra norma de su mismo rango, es porque la *Norma Normarum* (Constitución), fuente normativa jerárquicamente superior a cualquier otra, reservó en ésta la capacidad de regular la distribución competencial.

De ahí que, con Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, pueda afirmarse que:

"(...) en la Constitución se encuentra la 'competencia de la competencia' (*Kompetenz-Kompetenz*), pues su primera función es la de distribuir todas las competencias públicas y (...), en su función de supraordenamiento, distribuir los espacios competenciales de cada uno de los ordenamientos subordinados (...)"^[1].

que, en el caso del Estado peruano, serían el nacional, el regional y el local.

§3. Proceso de inconstitucionalidad y Tribunal Constitucional como órgano de control de la Constitución.

3.1 La doble dimensión de los procesos constitucionales.

16. Mediante el proceso de inconstitucionalidad, la Constitución Política del Estado ha confiado al Tribunal

Constitucional el control de constitucionalidad de las leyes y las normas con rango de ley. En él, quien cuenta con legitimación para interponer la demanda, *prima facie*, no persigue la tutela de intereses subjetivos, sino "la defensa de la Constitución" como norma jurídica suprema. No obstante, aún cuando se trata de un proceso fundamentalmente objetivo, es decir, un proceso en el que se realiza un juicio de compatibilidad abstracta entre 2 fuentes de distinta jerarquía ("Por un lado, la Constitución, que actúa como parámetro (...); y, por otro, la ley o las normas con rango de ley, que constituyen las fuentes sometidas a ese control"^[2]), tal como ha afirmado este Colegiado^[3], también tiene una dimensión subjetiva, en la medida que son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, según establece el Artículo II del Título Preliminar del CPCConst.

17. En efecto, el tránsito del Estado liberal al Estado social y democrático de derecho supone alejarse de una concepción de ley como fuente meramente abstracta, impersonal y generalizada, y aceptar la posibilidad de que ésta tenga alcances bastante más restringidos y concretos, procurando estrechar las distancias económicas, políticas y sociales entre los diferentes sectores poblacionales y logrando una igualdad no sólo formal sino también sustancial, lo cual se evidencia en el tránsito de la ley general a la ley especial. Muestra de ello es el artículo 59° de la Constitución que, en consonancia con el artículo 2°, inciso 2, que consagra el principio-derecho de igualdad, establece:

"El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad (...)"

En tal sentido, son constantes las ocasiones en las que el juez constitucional, a efectos de evaluar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas, debe ingresar en una aproximación clara e inequívoca con los supuestos concretos en los que éstas han sido o pueden ser aplicadas.

18. Tal constatación evidencia que a la dimensión objetiva de los procesos de inconstitucionalidad acompaña una subjetiva. Y es que no puede olvidarse que aunque el control concentrado de las normas tiene una finalidad inmediata, que es defender la supremacía normativa de la Constitución, depurando el ordenamiento de aquellas disposiciones que la contravengan, tiene, como fin mediato, impedir su aplicación, es decir, impedir que éstas puedan generar afectaciones concretas (subjetivas) a los derechos fundamentales de los individuos. Pudiendo, incluso, en determinados casos, declarar la nulidad de aplicaciones pasadas^[4].

Si, como sostiene Zagrebelsky,

"toda concepción de la Constitución trae consigo una concepción del procedimiento, como toda concepción del procedimiento trae consigo una concepción de Constitución, [pues] no existe un *prius* ni un *posterius*, sino una implicación recíproca"^[5],

para luego sostener que las dos vocaciones del proceso constitucional (subjetiva y objetiva), son

"mezclas que se hacen necesarias todas las veces en que la tutela primaria de uno de los dos intereses (subjetivo y objetivo) comporte el abandono o la violación del otro"^[6],

es deber del juez constitucional tener presente que el proceso orientado por antonomasia a defender la supremacía de la Constitución (proceso de inconstitucionalidad), siempre tendrá también, en última instancia, la vocación subjetiva de preservar los derechos fundamentales de las personas.

3.2 Los principios que determinan la invalidez constitucional de las normas: jerarquía/competencia.

19. La finalidad del proceso de inconstitucionalidad es la defensa de la Constitución en su condición de Ley Superior. Ella ostenta el máximo nivel normativo, por cuanto es obra del Poder Constituyente; reconoce los derechos fundamentales del ser humano; contiene las reglas básicas de convivencia social y política; además de crear y regular el proceso de producción de las demás normas del sistema jurídico nacional.

En efecto, la Constitución no sólo es la norma jurídica suprema formal y estática, sino también material y dinámica, por eso es la norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del derecho, y la norma de unidad a la cual se integran.

Es así que por su origen y su contenido se diferencia de cualquier otra fuente del derecho. Y una de las maneras como se traduce tal diferencia es ubicándose en el vértice del ordenamiento jurídico. Desde allí, la Constitución exige no sólo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma (interpretación conforme con la Constitución).

20. Conforme a ello, el artículo 75° del CPCConst., señala que el proceso de inconstitucionalidad, tiene por finalidad:

"la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa."

El artículo realiza una clara alusión al principio de jerarquía normativa que, como se adelantara, es el que, en última y definitiva instancia, determina la validez o invalidez constitucional de una ley o norma con rango de ley. En dicha perspectiva, este Colegiado ha señalado que:

"La validez en materia de justicia constitucional (...) es una categoría relacionada con el principio de jerarquía normativa, conforme al cual la norma inferior (v.g. una norma con rango de ley) será válida sólo en la medida en que sea compatible formal y materialmente con la norma superior (v.g. la Constitución)."^[7]

En tal sentido, el parámetro de control de constitucionalidad de las leyes o normas de su mismo

rango, está integrado, siempre y en todos los casos, por la Constitución. Aún cuando también puede encontrarse conformado por otras normas legales.

Cuando dichas normas delimitan el ámbito competencial de los distintos órganos constitucionales, además del principio de jerarquía normativa, el principio de competencia es medular para determinar la validez o invalidez constitucional de las normas con rango de ley; máxime en aquellos Estados que, como el nuestro, son unitarios y descentralizados (artículo 43° de la Constitución). Tal es el sentido del artículo 79° del CPCConst., al establecer que

“Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.”

3.3. Tipología de infracciones constitucionales.

21. El artículo 75° del CPCConst. establece que la infracción a la jerarquía normativa de la Constitución, puede ser: a) por la forma o por el fondo; b) parcial o total; y, c) directa o indirecta.

3.3.1 Infracciones constitucionales por la forma o por el fondo.

22. Una norma incurre en una infracción constitucional de forma, fundamentalmente, en 3 supuestos:

a) Cuando se produce el quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución para su aprobación. Dicho evento tendría lugar, por ejemplo, si, fuera de las excepciones previstas en el Reglamento del Congreso de la República, un proyecto de ley es sancionado sin haber sido aprobado previamente por la respectiva Comisión dictaminadora, tal como lo exige el artículo 105° de la Constitución.

b) Cuando se ha ocupado de una materia que la Constitución directamente ha reservado a otra específica fuente formal del derecho. Así, por ejemplo, existen determinadas materias que la Constitución reserva a las leyes orgánicas (v.g. de conformidad con el artículo 106°, la regulación de la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución), razón por la cual en caso de que una ley ordinaria se ocupe de dicha regulación, incurriría en un vicio de inconstitucionalidad formal.

c) Cuando es expedida por un órgano que, constitucionalmente, resulta incompetente para hacerlo. Ello tendría lugar, por ejemplo, si el Poder Legislativo expidiera decretos de urgencia, pues la posibilidad de dictar dichas fuentes normativas ha sido reservada al Presidente de la República, conforme a lo previsto en el artículo 118° 19 de la Constitución.

23. Las infracciones constitucionales de fondo tienen lugar cuando la materia regulada por la norma con rango

ley, resulta contraria a algunos de los derechos, principios y/o valores constitucionales, es decir, cuando resulta atentatoria no de las normas procedimentales o del *iter* legislativo, sino de las normas sustanciales reconocidas en la Constitución.

3.3.2 Infracciones constitucionales parciales o totales.

24. La totalidad o parcialidad de las infracciones constitucionales, no se encuentra referida a un *quantum* de la fuente afectada (la Constitución), sino de la fuente lesiva (la ley o norma con rango de ley). En efecto, una ley puede ser totalmente inconstitucional cuando la totalidad de su contenido dispositivo o normativo es contrario a la Constitución. En tales supuestos, la demanda de inconstitucionalidad es declarada fundada, y la disposición impugnada queda sin efecto.

25. *Contrario sensu*, la ley es parcialmente inconstitucional cuando sólo una fracción de su contenido dispositivo o normativo resulta inconstitucional. En caso de que el vicio parcial recaiga sobre su contenido dispositivo (texto lingüístico del precepto), serán dejadas sin efecto las palabras o frases en que aquel reside. Si el vicio recae en parte de su contenido normativo, es decir, en algunas de las interpretaciones que pueden ser atribuidas al texto del precepto, todo poder público quedará impedido, por virtud de la sentencia del Tribunal Constitucional, de aplicarlo en dichos sentidos interpretativos.

3.3.3 Infracciones constitucionales directas e indirectas. El bloque de constitucionalidad.

26. Finalmente, el artículo 75° del CPCConst., alude a la afectación directa o indirecta de la Constitución en la que puede incurrir una ley o norma con rango de ley.

La infracción directa de la Carta Fundamental por una norma, tiene lugar cuando dicha vulneración queda verificada sin necesidad de apreciar, previamente, la incompatibilidad de la norma enjuiciada con alguna(s) norma(s) legal(es). Se trata de aquellos supuestos en los que el parámetro de control de constitucionalidad, se reduce únicamente a la Norma Fundamental. Así, todos los ejemplos a los que se ha hecho referencia hasta el momento revelan una vulneración directa de la Constitución.

27. Por su parte, la infracción indirecta de la Constitución implica incorporar en el canon del juicio de constitucionalidad a determinadas normas además de la propia Carta Fundamental. Se habla en estos casos de vulneración “indirecta” de la Constitución, porque la invalidez constitucional de la norma impugnada no puede quedar acreditada con un mero juicio de compatibilidad directo frente a la Constitución, sino sólo luego de una previa verificación de su disconformidad con una norma legal perteneciente al parámetro de constitucionalidad.

Tal como ha afirmado este Colegiado,

“en determinadas ocasiones, ese parámetro puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente

por una disposición constitucional (v.g. la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de '*normas sobre la producción jurídica*', en un doble sentido; por un lado, como '*normas sobre la forma de la producción jurídica*', esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como '*normas sobre el contenido de la normación*', es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido."^[8]

28. En tal sentido, se produce una afectación indirecta de la Constitución, ante la presencia de una incompatibilidad entre la norma sometida a juicio y otra norma legal a la que el propio Constituyente delegó:

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

En la STC 0041-2004-AI, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de centrar su análisis en un vicio de esta índole, estableciendo que el requisito de ratificación de las ordenanzas distritales por parte de la Municipalidad Provincial, previsto en el artículo 40° de la Ley N.º 27972 —Ley Orgánica de Municipalidades (LOM)—, constituye un requisito de validez de tales ordenanzas:

"En un Estado descentralizado como el peruano, los distintos niveles de gobierno deben apuntar hacia similares objetivos, de modo que el diseño de una política tributaria integral puede perfectamente suponer —sin que con ello se afecte el carácter descentralizado que puedan tener algunos niveles—, la adopción de mecanismos formales, todos ellos compatibles entre sí, lo que implica que un mecanismo formal como la ratificación de ordenanzas distritales por los municipios provinciales coadyuva a los objetivos de una política tributaria integral y uniforme acorde con el principio de igualdad que consagra el artículo 74° de la Constitución."^[9]

b) La regulación de un contenido materialmente constitucional. Es el caso, por ejemplo, de las leyes que, por mandato de la propia Constitución, se encuentran encargadas de configurar determinados derechos fundamentales.

c) La determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales. Tal es el caso de la LBD. Normas legales de esta categoría servirán de parámetro cuando se ingrese en la evaluación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las ordenanzas regionales incoadas.

29. Mientras las normas legales a las que se ha hecho referencia en el fundamento precedente sean plenamente compatibles con la Constitución, formarán parte del denominado "bloque de constitucionalidad", a pesar de que, desde luego, no gozan del mismo rango de la *lex legum*. En estos casos, las normas delegadas actúan como normas interpuestas, de manera tal que su disconformidad con otras normas de su mismo rango, que sean impugnadas en un proceso de inconstitucionalidad, desencadena la invalidez constitucional de éstas.

A dicho bloque hace alusión el artículo 79° del CPConst. al referir que:

"Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona."

§4. Test de la competencia y conflicto normativo.

30. Se ha alegado que las ordenanzas regionales cuestionadas se habrían dictado excediendo el reparto competencial de los gobiernos regionales. Los problemas que detrás de dicha impugnación subyacen son inherentes al proceso progresivo de descentralización, por medio de la regionalización, en la que se encuentra el país.

La opción adoptada por la Constitución peruana al asumir la forma de Estado propia del Estado unitario y descentralizado, a través del establecimiento de gobiernos regionales y locales dotados de autonomía, no sólo incide en lo que es propio a la organización territorial del poder estatal, sino que se proyecta en el sistema de fuentes del derecho, planteando la necesidad de establecer la forma cómo éstas deben articularse.

4.1 Proceso de inconstitucionalidad y conflicto de competencias.

31. Incluso cuando, desde un punto de vista formal, el presente proceso responde a los presupuestos del proceso de inconstitucionalidad, en la medida que se trata de enjuiciar la eventual inconstitucionalidad de una serie de normas con rango de ley, es imposible soslayar que, desde un punto de vista material, se trata de un conflicto de competencias positivo, pues las distintas partes reclaman como propia la competencia para regular las materias abordadas por las ordenanzas regionales objeto de control.

No en vano existe un artículo de articulación de estas perspectivas en el CPConst. En efecto, su artículo 110° señala:

"Si el conflicto versare sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal declara que la vía adecuada es el proceso de inconstitucionalidad."

De este modo se trata de encausar en la vía del proceso de inconstitucionalidad un conflicto de competencias que, no por tener su origen en la expedición de una serie de normas de rango legal, deja de ser tal.

4.2 Presupuestos del test de la competencia.

32. Es por ello que el Tribunal Constitucional considera que el presente conflicto puede ser resuelto apelando al test de la competencia^[10]. De allí que, antes de precisar cuál sea el bloque de constitucionalidad conforme al cual el Tribunal analizará la constitucionalidad de las normas cuestionadas, es preciso detenerse en el análisis de los

distintos criterios que permiten, en aplicación del referido *test*, determinar la titularidad de las competencias en los Estados de configuración compleja como el nuestro.

Tal como ha tenido oportunidad de referir este Colegiado, "en aquellos casos en los cuales deba definirse competencias o atribuciones que cuenten con desarrollo constitucional, pero que generen confusión al momento de interpretar y definir titularidad, sobre todo cuando, por la naturaleza de los órganos y funciones, se reconozcan competencias compartidas –como es el caso de los Gobiernos Locales y Regionales–, el análisis de competencia deberá superar el Test de la Competencia, método mediante el cual el Tribunal analiza las materias asignadas a los sujetos constitucionales en conflicto bajo los parámetros de actuación desarrollados, según se trate del ejercicio de competencias (...) exclusivas, compartidas o delegables."¹¹¹

33. De conformidad con dicho *test*, en primer lugar se debe analizar el principio de unidad. Luego, se debe ingresar propiamente en el análisis del principio de competencia, relacionado con la lista de materias pormenorizada prevista en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad. También cabe recurrir a las cláusulas generales, es decir, las funciones generales conferidas a cada uno de los órganos constitucionales. Las competencias de los órganos constitucionales pueden ser:

a) Competencias exclusivas: Son materias asignadas en exclusividad a favor de organismos constitucionales. Serán positivas si son susceptibles de ser delegadas o negativas si son privativas del órgano respectivo, es decir, no sólo exclusivas sino también excluyentes.

b) Competencias compartidas: Son materias divididas en determinadas áreas de atención, repartiéndose responsabilidades entre dos o más niveles de gobierno, actividad coherente con los principios de cooperación y de tutela y control de los organismos constitucionales autónomos, según se verá luego.

c) Competencias delegadas: Son aquellas que un nivel de gobierno delega a otro de distinto nivel, de mutuo acuerdo y conforme al procedimiento establecido en la ley, quedando el primero obligado a abstenerse de tomar decisiones sobre la materia o función delegada.

4.3 El principio de unidad: La República del Perú como Estado unitario y descentralizado regional.

4.3.1 Diferencias entre "Estado unitario centralizado", "Estado unitario descentralizado" y "Estado unitario y descentralizado".

34. De conformidad con el artículo 43° de la Constitución, el Estado peruano es unitario y descentralizado. Esta definición, en primer término, excluye la posibilidad de que nuestro Estado sea concebido como un Estado unitario centralizado, en decir, aquel en el que las actividades fundamentales se encuentran concentradas en un órgano único.

En el Estado unitario centralizado el poder central "domina" a los poderes locales y particulares. No confiere poder a ningún otro órgano, simplemente, acrecienta su burocracia a través de entidades directamente dependientes, a las que en todo momento puede subrogarse. Por lo general, en este tipo de Estado, no tiene cabida la resolución de conflictos mediante el principio de competencia. La absoluta subordinación orgánica al poder central se proyecta en una configuración vertical del ordenamiento jurídico, de modo tal que, comúnmente, las incompatibilidades entre las fuentes del Derecho son resueltas apelando al principio de jerarquía normativa o a las técnicas que permiten resolver antinomias.

Por su propia naturaleza, el Estado unitario centralizado supone un ordenamiento jurídico, en el que la única autoridad investida con competencias normativas es el Gobierno Central, cuyas normas tienen vigencia y aplicación en todo el territorio nacional. Como señalara Kelsen,

"la comunidad jurídica centralizada es aquella cuyo ordenamiento está constituido exclusivamente de normas que valen para todo el territorio"¹¹².

35. Como quedó dicho, no es ése el caso del ordenamiento jurídico de la República del Perú. En efecto, siendo el Estado peruano un Estado unitario, sin embargo, éste no ha sido configurado como un Estado centralizado. En efecto, el tercer párrafo del artículo 43° de la Constitución establece que el Estado unitario es de carácter descentralizado, entendiéndose por descentralización,

"una forma de organización democrática [y] una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país."¹¹³

36. La descentralización, tal como sostiene Prélot, responde, fundamentalmente, a las siguientes características:

"1.º Una pluralidad de órganos de decisión y de centros particulares de intereses; 2.º Una dirección de estas instituciones por autoridades propias, de carácter dependiente o semiindependiente (reflejado con frecuencia en el modo de su designación); 3.º Una sujeción de estas autoridades a un control cualificado (tutela)."¹¹⁴

37. Por su parte, el artículo 189° de la Norma Fundamental, establece que

"El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado de la Nación."

Mientras que, tal como disponen los artículos 191° y 194° de la Constitución, los gobiernos regionales y locales, respectivamente, gozan de autonomía política, económica y administrativa.

38. Un análisis conjunto de las referidas disposiciones permite sostener que el Estado peruano no es "unitario descentralizado", sino "unitario y descentralizado". La diferencia entre uno y otro caso no es un simple juego de palabras. Encierra profundas diferencias en lo que a la distribución horizontal del poder respecta.

Un Estado "unitario descentralizado" es meramente un Estado unitario complejo, es decir, aquel en el que la descentralización solamente se presenta en un ámbito administrativo, más no en un ámbito político. En dichos Estados, las entidades descentralizadas no gozan de verdadera autonomía, pues si bien tienen importantes potestades reglamentarias y ejecutivas, éstas, finalmente, reducen su cometido a la ejecución de las leyes estatales.

Sin embargo, nuestra Constitución no sólo ha conferido a los gobiernos descentralizados (regiones y municipios) autonomía administrativa, sino también económica, y, lo que es más importante, autonomía política. Esta última se traduce, de un lado, en la elección de sus órganos por sufragio directo (artículo 191° de la Constitución), y, de otro, en la capacidad de dictar normas con rango de ley (artículo 192° y 200° de la Constitución).

4.3.2 Principio de cooperación y lealtad regional.

39. El carácter descentralizado del Estado peruano, por otro lado, no es incompatible con la configuración de Estado unitario, desde el momento que si bien ella supone el establecimiento de órganos de poder territorialmente delimitados, a los cuales se les dota de autonomía política, económica y administrativa, sin embargo, su ejercicio debe realizarse dentro de lo previsto por la Constitución y las leyes marco que regulan el reparto competencial de los gobiernos regionales y municipales.

40. Tal como sostiene Ferrando Badía,

"La autonomía implica siempre competencias legislativas. Ser entidades autónomas no supone que sean soberanas, sino que presupone su integración en el Estado. De ahí que la actividad legislativa de los entes autónomos ha de estar de acuerdo con los principios de integración del Estado del que forman parte. (...). La autonomía es, en efecto, libertad, facultad de promulgar normas, pero con coordinación necesaria, respecto de una colectividad más grande."^[15]

41. En tal medida, el ejercicio de las competencias de los gobiernos regionales deberá de realizarse en los términos que establece la Constitución y las leyes orgánicas, "preservando la unidad e integridad del Estado y la Nación" (artículo 189° de la Constitución), coordinando "con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones" (artículo 191° de la Constitución). En suma, en "armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo" (artículo 192° de la Constitución).

42. Los gobiernos regionales, al tener un deber de cooperación leal, o de lealtad regional, en la consecución de los fines estatales, no pueden dictar normas que se encuentren en contradicción con los intereses nacionales.

Asimismo, tienen la obligación de facilitar el cumplimiento de la misión constitucionalmente asignada al Gobierno Nacional así como a los gobiernos municipales. También la de abstenerse de realizar toda medida que pueda comprometer o poner en peligro el cumplimiento de los fines constitucionalmente asignados a tales instancias de poder estatal y vecinal.

43. Por ello, los gobiernos regionales tienen la obligación genérica de respetar la Constitución y las leyes que por encargo de ella limitan su actuación competencial. Y la obligación específica de cooperar con el Gobierno Nacional y los gobiernos locales, cuando éstos precisen de la asistencia regional para el cumplimiento de sus fines.

44. Dicho principio de lealtad regional, se deriva implícitamente de los artículos 189°, 191° y 192° de la Constitución. Opera como una garantía institucional, pues asegura que el proceso de descentralización no degenera en uno de desintegración en el que los gobiernos regionales puedan confundir el principio de autonomía que le ha sido reconocido constitucionalmente (artículo 191°) con los de autarquía o soberanía interna.

45. Si bien el gobierno del Perú es descentralizado, su Estado es uno e indivisible (artículo 43° de la Constitución), motivo por el cual ninguna política descentralizadora puede soportar decisiones gubernativas incompatibles o asistemáticas. Por el contrario, el proceso de descentralización debe ser concebido como el sistema más eficiente para asegurar el desarrollo integral del país.

Tal como refiere Pedro de Vega, la descentralización del Estado

"no sólo es un instrumento democratizador del poder y una garantía para la libertad, sino que, además, puede suponer una mejor técnica de organización para resolver los asuntos públicos."^[16]

4.3.3 Principio de taxatividad y cláusula de residualidad.

46. De conformidad con el artículo 190° de la Constitución, la regionalización es una de las formas como se realiza el proceso de descentralización del Estado peruano. Las regiones constituyen espacios territorialmente delimitados, organizados sobre la base de caracteres geográficos, etnográficos, culturales, económicos, históricos y sociales comunes. Conforme establece el referido artículo 190°,

"Las regiones se crean sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, cultural, administrativa y económicamente, conformando unidades geoeconómicas sostenibles".

47. Aunque el establecimiento de estados federados es también una forma de descentralización, resulta sustancialmente distinta a un sistema regional. Mientras el sistema federal resulta incompatible con los presupuestos de un Estado unitario, el sistema regional es perfectamente compatible con la unicidad estatal.

En efecto, por lo general, en los países de sistema federal la presunción de la unidad estatal no es una herramienta a favor del Estado Federal, sino más bien de los Estados federados, sobre la base de una delicada atribución de competencias. De esta manera, la ausencia de una clara delimitación competencial, desencadena que la específica competencia sea atribuida a los Estados federados.

48. Por el contrario, en los Estados regionales, la unidad estatal continúa siendo el fundamento de la organización y marcha de la estructura del Estado, y consecuentemente, de su sistema jurídico. En un Estado como el nuestro, el principio de unidad resulta determinante al momento de evaluar la atribución de competencias que no se encuentren claramente definidas por el bloque de constitucionalidad, de manera tal que bajo una cláusula de residualidad, *prima facie*, la competencia corresponderá al Gobierno Nacional.

49. Bajo tal perspectiva, a tal como ha tenido oportunidad de reseñar este Tribunal,

"Por más que la cláusula de residualidad no está expresamente reconocida en la Constitución, a diferencia de lo que sucede en ordenamientos comparados (...), a partir del principio de unidad (...) cabe señalar que las competencias regionales sólo serán aquellas que explícitamente estén consagradas en la Constitución y en las leyes de desarrollo de descentralización, de modo que lo que no esté señalado en ellas, corresponde a la competencia exclusiva del Gobierno Central."⁴⁷¹

Los gobiernos regionales no tienen más competencias que aquellas que la Constitución y las leyes orgánicas les hayan concedido. En otras palabras, los gobiernos regionales se encuentran sometidos al principio de taxatividad, de modo tal que aquellas competencias que no les han sido conferidas expresamente, corresponden al Gobierno Nacional (cláusula de residualidad).

El principio de taxatividad se desprende del segundo párrafo del artículo 192º de la Constitución que establece cuáles son las competencias de los gobiernos regionales. Y se encuentra reforzado en el inciso 10) del mismo precepto constitucional, al establecerse que también son competentes para

"Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley". (subrayado agregado).

50. Adicionalmente, será determinante definir los intereses de alcance nacional, pues la definición normativa y ejecutiva de las políticas encargadas de abordarlos, es siempre competencia exclusiva del Gobierno Nacional.

51. La regionalización, así, es incompatible con la autarquía y con el principio de autodeterminación. Estos últimos presuponen la desintegración de la unidad político-estatal, en tanto que la regionalización su fortalecimiento, dentro de una forma de organización democrática del poder estatal. No puede olvidarse, pues, que tal como reza el artículo 189º de la Constitución, la organización de los gobiernos nacional, regional y local, dentro de sus determinadas circunscripciones, debe

realizarse conforme a la Constitución y a la ley,

"preservando la unidad e integridad del Estado y la Nación".

52. En ese sentido, la regionalización supone el establecimiento de una estructura de gobierno y administración, a la cual se le dota de autonomía, para el ejercicio de determinadas competencias previamente asignadas por la Constitución y las leyes de desarrollo constitucional, en los ámbitos político, económico y administrativo.

4.3.4 Principio de control y tutela.

53. En la medida que la regionalización se inserta dentro del proceso de descentralización, y éste se realiza "por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y *transferencia de recursos* del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales", los gobiernos regionales están sujetos a instancias de control y tutela por parte de órganos nacionales competentes.

54. Tal principio se encuentra recogido en el artículo 199º de la Constitución, según el cual,

"Los gobiernos regionales y locales son fiscalizados por sus propios órganos de fiscalización y por los organismos que tengan tal atribución por mandato constitucional o legal, y están sujetos al control y supervisión de la Contraloría General de la República, la que organiza un sistema de control descentralizado y permanente".

Artículo constitucional desarrollado por el artículo 21º de la LBD y por el artículo 75º de la LOGR. Este último precepto señala:

"Artículo 75.- Régimen de fiscalización y control

a. Fiscalización

El Gobierno Regional está sujeto a la fiscalización permanente del Congreso de la República, del Consejo Regional y la ciudadanía, conforme a ley y al Reglamento del Consejo Regional.

La fiscalización se ejerce con arreglo a los principios de gestión pública regional señalados en la presente Ley.

b. Control

El control a nivel regional está a cargo del Órgano Regional de Control Interno, el cual depende funcional y orgánicamente de la Contraloría General de la República conforme a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República."

55. En virtud del principio *sub examine*, los gobiernos regionales (y, desde luego, también los locales) se encuentran sometidos a supervisión directa y permanente por órganos del Gobierno Nacional. Principio que se explica por la función de la Constitución de integrar, tanto a nivel social como jurídico. La integración exige que el ordenamiento jurídico regional se articule armónicamente con el ordenamiento constitucional y legal.

56. Tal principio de control, sin embargo, no debe entenderse sólo en el sentido de que los únicos autorizados para realizar el control sean los órganos estatales competentes. Conforme al principio democrático, que transversalmente informa al proceso de descentralización mediante la regionalización, el artículo 8° 3 de la LOGR, ha establecido que:

“La administración pública regional está orientada bajo un sistema moderno de gestión y sometida a una evaluación de desempeño. Los gobiernos locales incorporarán a sus programadas de acción mecanismos concretos para la rendición de cuentas a la ciudadanía sobre los avances, logros, dificultades y perspectivas de su gestión. La Audiencia Pública será una de ellas. Los titulares de la administración pública regional son gestores de los intereses de la colectividad y están sometidos a las responsabilidades que la ley establece.”

4.4 Principio de competencia.

4.4.1 Estado unitario y descentralizado, sistemas normativos y distribución de competencias.

57. En el Estado unitario y descentralizado regional, la potestad normativa está distribuida entre órganos nacionales y regionales, además de los locales. La autonomía político-normativa de los gobiernos regionales conlleva la facultad de crear Derecho y no sólo de ejecutarlo. Precisamente por ello, como quedó dicho, el Estado peruano no puede concebirse como un Estado “unitario descentralizado”, es decir, como aquel en el que la descentralización tan sólo refleja una proyección estamentaria o administrativa de un único ordenamiento jurídico a ejecutar. Se trata, por el contrario, de un Estado “unitario y descentralizado”, esto es, un Estado en el que la descentralización, al alcanzar una manifestación político-normativa, fundada en el principio constitucional de la autonomía, prevista en los artículos 191° y 194° de la Constitución, acepta la convivencia de sub-sistemas normativos (nacional, regional y local).

58. La creación de gobiernos regionales con competencias normativas comporta la introducción de tantos sub-sistemas normativos como gobiernos regionales existan al interior del ordenamiento jurídico peruano. Tal derecho regional, sin embargo, tiene un ámbito de vigencia y aplicación delimitado territorialmente a la circunscripción de cada gobierno regional, además de encontrarse sometido a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional, particularmente, a la LBD y a la LOGR.

59. La articulación de las fuentes en un ordenamiento de tal naturaleza no puede efectuarse exclusivamente bajo los alcances del principio de jerarquía, pues éste no permite dar respuesta coherente al conflicto que se pudiera presentar entre normas expedidas por el Gobierno Central y los gobiernos regionales, que cuentan con el mismo rango normativo. En efecto, si las normas regionales no son jerárquicamente subordinadas a las del Gobierno Central, su articulación con éstas no puede sustentarse en el principio de jerarquía, sino conforme al principio de competencia, según el cual

en el ámbito competencial regional la norma regional termina excluyendo a la norma del Gobierno Central y, en general, a la de cualquier otro ordenamiento (v.g. del gobierno local). Como se expresa *a contrario sensu* en el artículo 36° de la Ley Orgánica de Regiones, las

“(…) normas y disposiciones del Gobierno Regional se adecuan al ordenamiento jurídico nacional, no pueden invalidar ni dejar sin efecto normas de otro gobierno regional ni de los otros niveles de gobierno.”

60. En ese sentido, la articulación de las fuentes del derecho regional, tanto con las fuentes del derecho nacional como con las del derecho local, exige que se delimiten los ámbitos competenciales a través de la técnica constitucional del *test* de la competencia, postulada en el artículo 13° de la LBD al distinguir entre competencias exclusivas, compartidas y delegables. Ello es así puesto que no sólo el ámbito competencial constitucionalmente garantizado de los gobiernos regionales está supeditado a que su ejercicio se efectúe “en los términos que establece la Constitución y la ley” (artículo 189° de la Constitución), sino, adicionalmente, sin perder de vista que sus atribuciones deben realizarse “en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo” (artículo 192° de la Constitución), no pudiendo interferir en el ejercicio de las funciones y atribuciones de los gobiernos locales (artículo 191° de la Constitución).

De ahí que el artículo 11° 1 de la LBD establezca que los órganos con competencia normativa, como consecuencia del proceso de descentralización,

“se sujetan al ordenamiento jurídico establecido por la Constitución y las leyes de la República”.

Y, a su vez, el artículo 5° de la LOGR haya previsto que la misión de los gobiernos regionales es:

“(…) organizar y conducir la gestión pública regional de acuerdo a sus competencias exclusivas, compartidas y delegadas, en el marco de las políticas nacionales, regionales y locales de desarrollo”.

61. Dado que las ordenanzas regionales son normas con rango de ley (artículo 200° 4 de la Constitución), no se encuentran jerárquicamente subordinadas a las leyes nacionales del Estado, por lo que para explicar su relación con éstas no hay que acudir al principio de jerarquía, sino al principio de competencia, pues tienen un ámbito normativo competencial distinto. Lo cual no significa que éste pueda ser desintegrado, ni mucho menos, contrapuesto. De hecho —según se ha podido referir, y respecto de lo cual a continuación se profundizará—, en tanto existen leyes a las que la Constitución ha delegado la determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales, los gobiernos regionales no pueden expedir ordenanzas que resulten contrarias a ellas, so pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad indirecta.

62. En el literal c) del Fundamento 28, *supra*, ha quedado dicho que forman parte del bloque de constitucionalidad o parámetro de control constitucional, aquellas leyes

a las que la Constitución delega la determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales.

63. En tal sentido, si bien de la colisión de dos fuentes del mismo rango normativo, no se deriva, *prima facie*, un problema de validez constitucional, sino

"un típico problema de antinomia (...), que se resuelve conforme a las técnicas que existen en nuestro ordenamiento jurídico (vg. 'ley especial deroga ley general', 'ley posterior deroga ley anterior', etc.)" (STC 0032-2004-AI, Fundamento 3),

en el análisis del presente caso, nos encontramos ante ordenanzas regionales del mismo rango que una ley del Congreso, lo cual no supone que la norma posterior y especial —ordenanza— prime sobre la ley nacional, por cuanto en un modelo jurídico de Estado Unitario, pero descentralizado, no es, en primera instancia, el principio de jerarquía kelseniano, sino el principio jurídico de competencia el que sustenta y ordena la resolución de los conflictos entre normas jurídicas del mismo rango legal.

64. Así las cosas, sin perjuicio de la autonomía normativa de los gobiernos regionales, sus ordenanzas no sólo se encuentran limitadas territorialmente (sólo resultan aplicables en la respectiva circunscripción territorial del gobierno regional), sino que su validez se encuentra supeditada a su compatibilidad con la Constitución y las normas legales que, para tales efectos, integren el bloque de constitucionalidad.

4.4.2 El bloque de constitucionalidad de las ordenanzas regionales.

4.4.2.1 La integración en el bloque de las leyes orgánicas.

65. Las competencias de los gobiernos regionales se encuentran previstas en el artículo 192° de la Constitución. Sin embargo, dicha enumeración no es cerrada, pues el propio precepto delega en la ley la posibilidad de establecer otras competencias a ser ejercidas por los gobiernos regionales. En efecto, por un lado, el inciso 7 del artículo 192°, establece que los gobiernos regionales son competentes para

"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.";

mientras que, de otro lado, el inciso 10 del mismo artículo estipula que los gobiernos regionales son competentes para

"10. Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley."

66. En criterio del Tribunal Constitucional, la "ley" a la que hacen alusión los artículos referidos es la ley parlamentaria, y, más concretamente, la ley orgánica, pues, de conformidad con el artículo 106° de la Constitución,

"[m]ediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución".

Así, si bien no está expresamente prevista en la Constitución una reserva de ley orgánica para determinar las competencias de los gobiernos regionales, tal como sí ocurre con el caso de los gobiernos locales (artículo 194°), sin embargo, dicha exigencia se encuentra prevista de modo indirecto en el artículo 106°. Ello, empero, no debe ser interpretado en el sentido de que el establecimiento de la categoría de ley orgánica prevista en el primer párrafo, *ab initio*, del artículo 106°, sea un mandato *numerus apertus*, pues es *numerus clausus* en tanto queda limitada la regulación mediante ley orgánica sólo la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución —entiéndase, los poderes del Estado, gobiernos locales, regionales y organismos autónomos—, más no cualquier actividad, función o servicio público que la Constitución reconozca.

67. Las leyes orgánicas encargadas de determinar las competencias de los gobiernos regionales, son la LBD y la LOGR. Dichas competencias, de conformidad con el artículo 13° de la referida ley, pueden ser exclusivas, compartidas o delegadas:

"Competencias exclusivas: Son aquellas cuyo ejercicio corresponde de manera exclusiva y excluyente a cada nivel de gobierno conforme a la Constitución y la ley.

Competencias compartidas: Son aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados. La ley indica la función específica y responsabilidad que corresponde a cada nivel.

Competencias delegables: Son aquellas que un nivel de gobierno delega a otro de distinto nivel, de mutuo acuerdo y conforme al procedimiento establecido en la ley, quedando el primero obligado a abstenerse de tomar decisiones sobre la materia o función delegada. La entidad que delega mantiene la titularidad de la competencia, y la entidad que la recibe ejerce la misma durante el período de la delegación."

68. En tanto las competencias compartidas dan lugar a funciones específicas que cada uno de los niveles de gobierno debe llevar a cabo, tales funciones, en el caso de los gobiernos regionales, han sido recogidas en su respectiva ley orgánica; específicamente en sus artículos 47° a 64°.

En tal sentido, la validez de las ordenanzas regionales se encuentra sujeta al respeto del marco normativo establecido tanto en la LBD como la LOGR, por lo que forman parte del parámetro de control en la presente causa.

4.4.2.2 La integración en el bloque de otras normas legales.

69. Sin embargo, lo recién expresado no significa que allí se agoten las normas que pueden conformar el bloque de

constitucionalidad. La apertura de éste a otras normas, ya sean leyes orgánicas o simples leyes estatales o decretos legislativos, depende del tipo de materias que hayan sido reguladas por una ordenanza regional y, particularmente, de la clase de competencia (exclusiva, compartida o delegable) de que se trate.

Así, por ejemplo, si se trata de una norma que regula una competencia compartida, esto es, aquella en la cual el Gobierno Nacional y el Gobierno Regional concurren y colaboran en la regulación de una materia dada, correspondiendo al primero de ellos precisar los principios fundamentales a los cuales está sujeta, en tanto que a la Ordenanza Regional completar la regulación estatal, el control de constitucionalidad de la ordenanza no sólo deberá de realizarse conforme a la Constitución, la LBD y LOGR, sino también conforme a las normas legales dictadas por el Gobierno Nacional que hayan establecido dichas pautas fundamentales.

Tal es el sentido en el que debe ser interpretado el artículo 79° del CPCConst. cuando establece que

“Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.”

70. Lo mismo puede sostenerse en relación con las competencias “delegadas” de los gobiernos regionales. En efecto, tratándose de la impugnación de una ordenanza regional que haya regulado una materia supuestamente delegada, la determinación de validez constitucional de tal regulación no sólo habrá de efectuarse tomando únicamente como cánón interpretativo de control a la Constitución, la LBD y la LOGR, sino también al acto normativo que contiene el acuerdo entre ambos niveles de gobierno que exprese el ámbito de la materia delegada a favor del gobierno regional. Tal integración del acuerdo dentro del parámetro de control se debe al hecho de que éste contiene los límites materiales a los cuales se encuentra vinculada la legislación regional.

71. En suma, pues, existe un parámetro, por así decirlo, “natural” del control de constitucionalidad de las ordenanzas regionales, que se encuentra integrado por la Constitución, la LBD y la LOGR. Pero también, tratándose de la regulación de determinadas materias, el bloque de constitucionalidad puede encontrarse conformado, adicionalmente, por otras leyes nacionales. En estos casos, dichas normas forman parte de lo que bien podría denominarse parámetro “eventual” de constitucionalidad.

4.5 Otros principios constitucionales del reparto competencial.

72. Es preciso advertir que este ensanchamiento del parámetro no quiere decir que el proceso de descentralización y, en particular, su realización

“por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales” (artículo 188° de la Constitución),

quede a merced exclusiva y excluyente de lo que el legislador nacional pueda dictaminar.

73. Todas las normas de rango infra-constitucional que sean capaces de conformar tal parámetro de constitucionalidad, para integrarlo y servir de normas de referencia para evaluar la constitucionalidad de las ordenanzas regionales, previamente deberán ser conformes con los principios constitucionales que regulan el reparto competencial de los gobiernos regionales.

Y es que la conformación del parámetro de las ordenanzas regionales con normas de rango legal no altera en lo absoluto el hecho de que el control que este Tribunal realiza en el proceso de inconstitucionalidad de las leyes es, en esencia, un control de validez constitucional. Asumir una idea contraria, además de desnaturalizar la esencia del proceso de inconstitucionalidad, podría conducir a la hipótesis no auspiciada por la Constitución, de que el proceso de regionalización quede en manos enteramente del legislador central. No sólo en lo referente a su implementación y desarrollo progresivo, sino, incluso, en lo que hace a su propia viabilidad, es decir, a las posibilidades reales de que el proceso de regionalización sea real y efectivo.

74. Así, a los principios constitucionales que determinan el reparto competencial que han sido desarrollados hasta el momento (supremacía constitucional, unidad, cooperación y lealtad regional, taxatividad, tutela y control, y competencia), cabe agregar los principios de efecto útil y progresividad.

4.5.1 Principio del efecto útil y poderes implícitos.

75. A juicio del Tribunal, cada vez que una norma (constitucional o legal) confiere una competencia a los gobiernos regionales, debe entenderse como que ésta contiene normas implícitas de sub-competencia para reglamentar la norma legal, sin las cuales el ejercicio de la competencia conferida a los gobiernos regionales carecería de eficacia práctica o utilidad.

76. El principio del efecto útil, así, pretende flexibilizar la rigidez del principio de taxatividad, de modo que la predeterminación difusa en torno a los alcances de una competencia por la ley orgánica o la Constitución, no termine por entorpecer un proceso que, en principio, se ha previsto como progresivo y ordenado conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias (artículo 188° de la Constitución).

Así, el principio de taxatividad de competencias no es incompatible con el reconocimiento de que los gobiernos regionales también pueden realizar aquellas competencias reglamentarias no previstas legal ni constitucionalmente, pero que sin embargo son consustanciales al ejercicio

de las previstas expresamente (poderes implícitos), o constituyan una directa manifestación y exteriorización de los principios que rigen a los gobiernos regionales dentro de un Estado unitario y descentralizado.

4.5.2 Principio de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos.

77. El proceso de descentralización del poder estatal mediante el establecimiento de las regiones y sus gobiernos regionales no es un acto acabado o definitivo, pues se realiza por etapas, conforme dispone el artículo 188° de la Constitución. En ese sentido, la asignación de competencias hacia los gobiernos regionales, así como la de sus recursos, es un proceso abierto, que la Constitución ha querido asegurar, entre otros medios, al establecer sólo de manera enunciativa las competencias de los gobiernos regionales, y dejar que esta tarea se complemente y amplíe mediante la incorporación de nuevas competencias por medio de la reserva de ley orgánica prevista en el artículo 192° 10 de la Constitución o, incluso, mediante acuerdo entre gobierno nacional y gobiernos regionales tratándose de competencias delegadas.

78. En ese sentido, sobre el legislador nacional pesa un mandato constitucional que lo obliga a no adoptar medidas regresivas que posterguen el proceso de regionalización o dificulten irrazonablemente la asignación adecuada de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales, conforme enuncia el artículo 188° de la Constitución; en la medida, claro está, de que exista disponibilidad presupuestal y de gasto público para tales efectos (Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución).

79. Teniendo presentes los criterios expuestos, corresponde evaluar la constitucionalidad de las ordenanzas regionales impugnadas.

§5. Planta de la hoja de coca, patrimonio cultural y derecho fundamental a la identidad cultural.

5.1 Determinación del órgano competente para declarar bienes como patrimonio cultural.

80. El artículo 1° de la Ordenanza Regional N.º 031-2005-GRC/CRC, dispuso declarar a la planta de la hoja de coca "como Patrimonio Regional Natural – Biológico – Cultural – Histórico del Cusco y como Recurso Botánico integrado a la cultura y cosmovisión del mundo andino y a las costumbres y tradiciones culturales y medicinales."

Por su parte, el artículo 1° de la Ordenanza Regional N.º 015-2004-CR-GRH, dispuso

"reconocer a la hoja de coca como patrimonio cultural y de seguridad alimentaria de la Región Huánuco."

81. El artículo 21° de la Constitución establece lo siguiente:

"Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y

de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado.

Por su parte, el artículo II del Título Preliminar de la Ley N.º 28296 —Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación— dispone:

"Se entiende por bien integrante del patrimonio cultural de la Nación, toda manifestación del quehacer humano —material o inmaterial— que por su importancia, valor y significado paleontológico, arqueológico, arquitectónico, histórico, artístico, militar, social, antropológico, tradicional, religioso, etnológico, científico, tecnológico o intelectual, sea expresamente declarado como tal, o sobre el que exista la presunción legal de serlo. (...)"

82. Así las cosas, dada la amplitud y alcances del concepto de patrimonio cultural (ver Fundamento 100 y ss., *infra*), más allá de la diversidad terminológica utilizada por ambas ordenanzas en sus respectivos artículos, debe interpretarse que en suma, los Gobiernos Regionales de Cusco y Huánuco, al expedir las normas referidas, se han considerado competentes para declarar a la planta de la hoja de coca como patrimonio cultural en sus respectivas regiones. Motivo por el cual su validez o invalidez constitucional de dichas normas, de conformidad con los principios de supremacía constitucional y taxatividad, se encuentra supedita a que la Constitución, la LBD o la LOGR le hayan conferido a los gobiernos regionales dicha competencia, y en tal supuesto, a que se haya desarrollado en armonía con las políticas nacionales sobre la materia.

83. Al respecto, el demandante sostiene que en la Constitución, la LBD o la LOGR

"no aparece directamente, ni por interpretación que constituya competencia de estos gobiernos, el declarar como Patrimonio Cultural a la hoja de coca."

En relación con tal argumento, el Gobierno Regional de Cusco sostiene que

"parece una falacia el querer decir que el Gobierno Regional de Cusco debería tener una competencia para declarar tal o cual patrimonio cultural o específicamente la Planta de la Hoja de Coca."

Lo cierto, sin embargo, es que no se trata de "falacia" alguna, puesto que, tal como quedó dicho, los Gobiernos Regionales se encuentran sometidos a un principio de taxatividad en el ejercicio de sus competencias, de modo tal que éstas deben encontrarse expresamente previstas en el ordenamiento jurídico nacional. En caso contrario, bajo la cláusula de residualidad implícita en todo Estado unitario y descentralizado, la competencia debe entenderse como propia del Gobierno Nacional.

84. No obstante, luego el demandado ampara la dación del precepto en cuestión en el artículo 35° n) de la

LBD que reconoce como competencia exclusiva de los gobiernos regionales,

"Promover el uso sostenible de los recursos forestales y de biodiversidad."

85. El Tribunal Constitucional no considera atendible este argumento. No sólo porque la declaración como patrimonio cultural de un determinado bien no resulta un requisito *sine qua non* para la promoción de su uso sostenible, sino también, y principalmente, porque las competencias relacionadas a la promoción de los bienes que constituyen patrimonio cultural se encuentran específicamente reguladas por nuestro ordenamiento jurídico nacional.

En efecto, el artículo 47º l) de la LOGR establece que los gobiernos regionales tienen como función específica,

"Proteger y conservar, en coordinación con los Gobiernos Locales y los organismos correspondientes, el patrimonio cultural nacional existente en la región, así como promover la declaración por los organismos competentes de los bienes culturales no reconocidos que se encuentren en la región."

Al respecto, el artículo VII del Título Preliminar de la Ley N.º 28296 -Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación-, dispone:

"El Instituto Nacional de Cultura, la Biblioteca Nacional y el Archivo General de la Nación, están encargados de registrar, declarar y proteger el Patrimonio Cultural de la Nación dentro de los ámbitos de su competencia."

86. Por consiguiente, en criterio del Tribunal Constitucional, aún cuando los Gobiernos Regionales gozan de una participación expresamente reconocida en los actos preliminares a la declaración como patrimonio cultural de un determinado bien situado en su jurisdicción, la concreta declaración es responsabilidad de entidades del Gobierno Nacional. Esto quiere decir que la promoción de los bienes que constituyen patrimonio cultural de la Nación, es una competencia compartida entre el Gobierno Nacional y el Gobierno Regional en cuya jurisdicción se encuentran, pues mientras a éste corresponde realizar la propuesta de declaración del bien como patrimonio cultural, es el Gobierno Nacional el encargado de definirlo normativamente para que tenga validez y eficacia.

Así las cosas, la Constitución (artículo 192º) no reconoce expresamente a los gobiernos regionales la competencia para declarar un bien como Patrimonio Cultural de la Nación; lo que no obsta para que dichos gobiernos puedan realizar propuestas a fin de que un determinado bien sea declarado Patrimonio Cultural de la Nación. En ese sentido, pues, estamos frente a una competencia compartida entre el gobierno central y los gobiernos regionales, en el sentido que, de acuerdo con el artículo 10º 2 f) de la LOGR, es competencia del gobierno central, a través del Instituto Nacional de Cultura (artículo VII de la Ley N.º 28296 —Ley General del Patrimonio Cultural de

la Nación—), la declaración de un bien como patrimonio cultural de la Nación, lo que no excluye, sin embargo, que los gobiernos regionales lo puedan proponer; claro está siempre que estas propuestas no afecten la integridad del Estado (artículo 189º de la Constitución) y se realicen en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo, según dispone el artículo 192º de la Constitución.

Ello obedece, por lo demás, a que, como ha señalado este Colegiado,

"es el Estado quien protege dichos bienes culturales, competencia asignada porque, según la misma Constitución, tales bienes constituyen patrimonio cultural de la Nación. Este Colegiado no comparte la tesis interpretativa de la demandante, según la cual sólo la Municipalidad tendría competencia para realizar actividades y/o servicios en materia de 'conservación de monumentos arqueológicos e históricos'. En efecto, para todo bien considerado como Patrimonio Cultural de la Nación, su protección es un asunto que trasciende la circunscripción territorial dentro de la cual las municipalidades ejercen sus competencias."^[13]

87. En ese sentido, de una interpretación sistemática de las normas reguladoras del reparto de competencias en materia de declaración del Patrimonio Cultural de la Nación se desprende que:

a) Los gobiernos regionales no tienen competencia para declarar que un bien pueda tener la condición de patrimonio cultural de la Nación. Tal declaración, cualquiera sea el lugar en el que se encuentre el bien, corresponde al Instituto Nacional de Cultura, la Biblioteca Nacional y el Archivo General de la Nación, dentro de los ámbitos de competencia de estos tres órganos de carácter nacional.

b) Los gobiernos regionales sí tienen competencia, en cambio, para promover la declaración de un bien que se encuentre en su ámbito territorial como patrimonio cultural. También la tienen en materia de "protección" y "conservación" sobre los bienes del patrimonio cultural de la Nación que se encuentren dentro del ámbito territorial de la Región respectiva.

88. Por ello, como quiera que la Constitución ha conferido al legislador orgánico la facultad de establecer el elenco de competencias de los gobiernos regionales, y que al desarrollarse éstas, mediante la LOGR, no se ha previsto que éstos sean competentes para declarar a determinados bienes como Patrimonio Cultural, sea Regional o de la Nación, corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 1º de la Ordenanza Regional N.º 031-2005-GRC/CRC y del artículo 1º de la Ordenanza Regional N.º 015-2004-CR-GRH.

89. El Gobierno Regional de Cusco, implícitamente, ha reconocido la competencia del Gobierno Nacional en la declaración de la planta de la hoja de coca como patrimonio cultural. En efecto, en el escrito de su demanda ha sostenido:

"el hombre vinculado desde sus ancestros de siglos atrás, a la Planta de la Hoja de Coca no puede ser olvidado, como sí lo hace la política nacional en esta materia en forma discriminatoria y el Gobierno Regional de Cusco, lo reivindica y reconoce, bajo un concepto declarativo.

La Ordenanza Regional busca superar la falta de reconocimiento como Patrimonio Natural a la Planta de la Hoja de Coca, que el mismo Estado a nivel nacional soslaya, como es la dación por el Congreso de la República de la Ley N.º 28477 que incluye a 45 cultivos nativos; 3 crianzas nativas y 11 especies de Fauna Silvestre Usufructuadas y en dicha relación **NO ESTÁ CONSIDERADA LA PLANTA DE LA HOJA DE COCA (...)**".

En otras palabras, es el vacío legal existente el que, en criterio del demandado, le autoriza a suplir la inercia del Gobierno Nacional en una competencia que no es exclusiva de los gobiernos regionales, sino compartida con aquél.

90. Tal argumento, desde luego, no puede ser admitido por este Colegiado. Concebir que las competencias exclusivas o las funciones específicas dentro de las competencias compartidas que han sido asignadas por la Constitución o las leyes orgánicas al Gobierno Nacional, pueden ser ejercidas por los Gobiernos Regionales sólo por el hecho de que éstas aún no han sido realizadas, contraviene los más elementales principios del Estado unitario. En efecto, bajo tal perspectiva, por ejemplo, ante la inercia del Gobierno Nacional en el ejercicio de una competencia exclusiva, podrían existir tantos modos de ejecución de dicha competencia como gobiernos regionales existen, con la consecuente afectación del equilibrio y el desarrollo integral de la Nación exigido por el artículo 188º de la Constitución.

91. Lo expuesto, desde luego, tampoco significa que este Tribunal sea ajeno a los importantes argumentos planteados por los demandados en relación con las causas que explicarían la necesidad de la declaración de la planta de la hoja de coca como patrimonio natural y cultural de la Nación. Por ello este Colegiado estima pertinente realizar una aproximación al tema.

5.2. Uso tradicional de la hoja de coca y derechos culturales.

92. El cultivo y el consumo de la hoja de coca en el Perú ha formado parte de la tradición histórica y cultural de un importante sector de la población andina. En manifestación tradicional fuertemente arraigada que se ha transmitido de generación en generación desde tiempos prehispánicos hasta la actualidad, para dichas comunidades, la hoja de coca tiene una significación de especial valía en una dimensión religiosa, medicinal, económica y social.

93. En lo que a la dimensión religiosa respecta la hoja de coca es utilizada en distintas ceremonias (bautizos, matrimonios, defunciones, etc.) como símbolo sagrado de identidad, encuentro y redención. Respecto a su

dimensión medicinal, además de las propiedades curativas que le han sido reconocidas, diversos sectores indígenas la consideran como un elemento vital de diagnóstico de enfermedades. Desde la perspectiva económica del mundo tradicional andino, la hoja de coca es instrumento de trueque, y, consecuentemente, de forma de pago, siendo susceptible de ser intercambiada casi por cualquier bien, dado el importante valor material y espiritual que posee. Finalmente, en su dimensión social en sentido estricto, el principal uso que se otorga a la hoja de coca es el chacqueo o masticación que permite mitigar el hambre, la sed y el cansancio en las duras jornadas diarias de trabajo^[20].

94. Es preciso incidir en que la hoja de coca no es sinónimo de cocaína. Ni siquiera constituye, en su estado natural, la fase inmediatamente previa a la obtención en el ciclo productivo de aquel alcaloide altamente adictivo, pues dicha fase intermedia se encuentra constituida por la elaboración de pasta básica de cocaína bruta y lavada, a la que debe añadirse el uso de insumos químicos que, en sí mismos, tampoco constituyen productos prohibidos, sino regulados en su comercialización y uso industrial.

95. Como bien advierte José Antonio Lloréns, han existido y existen diversos problemas de enfoque al abordar el estudio de la hoja de coca:

"En tanto la mayoría de científicos sociales y médicos pertenece a la población urbana, se requiere especial cuidado para que su exposición a esta visión urbana del asunto no afecte sus perspectivas frente al tema. Además, muchos sectores de la opinión pública tienen la idea que la hoja de coca y clohidrato de cocaína son prácticamente lo mismo o que, en todo caso, masticar hojas de coca equivale a consumir clohidrato de cocaína. Por lo tanto piensan que se la mastica para obtener los mismos efectos que da la cocaína; en síntesis que se masca coca para fines mayormente recreativos.

Estas percepciones entre los no usuarios, siendo relativamente recientes, se han sumado a las previamente existentes que asociaban el consumo tradicional de la hoja de coca a una supuesta degeneración de la población indígena, en tanto se asumía que el masticado producía deterioro mental e incluso físico, porque se creía que se utilizaba como sustituto del alimento y asociado inseparablemente a bebidas alcohólicas."^[20]

96. De conformidad con la referida Primera Actualización de la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2002-2007, la población consumidora de hoja de coca para uso tradicional en el Perú asciende a 4' 095, 036 habitantes, de los cuales el 8% se encuentra en la Selva, el 20% en la Costa y el 72% en la Sierra. De dichos 4' 095, 036 habitantes, 2' 019, 574, chacchan la hoja de coca en el trabajo o en el hogar.^[21]

Tal como refiere Lloréns,

"[l]as estimaciones sobre mascado diario encontradas en la literatura revisada sobre consumidores habituales varían de 20 gramos [diarios] en un extremo, hasta 60

gramos [diarios] en el otro (...). Este consumo es realizado por la población adulta de ambos sexos y está repartido en promedio entre cinco momentos básicos que forman parte de las actividades cotidianas: inmediatamente después de cada una de las tres comidas principales y a mitad del lapso entre dichas comidas. Sobre el propósito de este tipo de uso, hay un amplio consenso tanto entre los estudiosos del tema como entre los consumidores, en cuanto a que no tiene fines recreativos ni mucho menos disipantes, sino que por el contrario se trata de aprovechar el ligero efecto estimulante producido por la hoja de coca para trabajar con más ánimo, energía y atención. Los propios consumidores establecen de modo explícito esta relación. En tal sentido, los mascaradores habituales en general entienden que cumple una función similar a la del café en las poblaciones urbanas."^[22]

97. Tampoco cabe desconocer, que otro de los usos legales preeminentes de la hoja de coca es el industrial. En esta clase de uso destaca la producción de filtrantes que la contienen y que tienen por objeto el preparado de infusiones.

98. Así las cosas, habiendo quedado evidenciada la alta significación cultural que la hoja de coca alcanza para parte importante de la población, resulta necesario que este Tribunal evalúe los alcances de la materia desde la perspectiva del derecho constitucional a la cultura reconocido por la Constitución.

99. El inciso 19 del artículo 2º de la Constitución, reconoce el derecho fundamental de toda persona

"A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación."

De esta forma, el Constituyente ha proyectado en la Constitución formal un elemento esencial de la Constitución material de la Nación peruana: su multiculturalismo y pluriétnicidad. Se trata de una concreción del principio de Estado social y democrático de derecho, establecido en el artículo 43º de la Constitución, pues, tal como ha tenido oportunidad de afirmar este Colegiado,

"el hecho que la Constitución de 1993 reconozca el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de las mismas, supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58).

Este reconocimiento del elemento cultural que está en su contenido, permite señalar que la Constitución no se limita sólo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión

de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos (Häberle, Peter. Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura. Madrid: Tecnos, 2000, p. 34) "^[23]

100. Por su parte, el artículo 43º de la Constitución reconoce al Perú como una República democrática. En el principio democrático residen valores constitucionales como el pluralismo, la tolerancia y el respeto por la costumbre, idiosincrasia y cosmovisión ajena. En tal sentido, el hecho de que por efecto de la diversidad cultural constitucionalmente reconocida, diversos rasgos espirituales y materiales se concreticen en grupos minoritarios, no puede ser razón válida para desconocer o, peor aún, menoscabar sus legítimas manifestaciones. Por el contrario, cuando al acto apoyado en el principio mayoritario acompaña el avasallamiento, éste pierde su valor de neutralidad, y prevalecen los valores contramayoritarios de la Constitución, como la igualdad (inciso 2 del artículo 2º) y el pluralismo (inciso 19 del artículo 2º, artículo 43º y artículo 60º) para recomponer el equilibrio constitucional del que el poder tiende a desvincularse.

Por ello,

"el poder ejercido por la mayoría debe distinguirse de todo otro en que no sólo presupone lógicamente una oposición, sino que la reconoce como legítima desde el punto de vista político, e incluso la protege, creando instituciones que garantizan un mínimo de posibilidades de existencia y acción a distintos grupos religiosos, nacionales o económicos, aun cuando solo estén constituidos por una minoría de personas; o, en realidad, precisamente por constituir grupos minoritarios. La democracia necesita de esta continuada tensión entre mayoría y minoría, entre gobierno y oposición, de la que dimana el procedimiento dialéctico al que recurre esta forma estatal en la elaboración de la voluntad política. Se ha dicho acertadamente que la democracia es discusión. Por eso el resultado del proceso formativo de la voluntad política es siempre la transacción, el compromiso. La democracia prefiere este procedimiento a la imposición violenta de su voluntad al adversario, ya que de ese modo se garantiza la paz interna."^[24]

101. Así pues, en tanto el uso tradicional de la hoja de coca determina una identidad socio cultural entre esta planta y un importante sector de la población, toda política orientada a su regulación, no puede perder de vista esta innegable realidad, que debe ser afrontada sobre la base de un amplio conocimiento de sus particulares dimensiones y no bajo la influencia de iniciativas nacionales o extranjeras carentes de identificación con el tema.

5.3. Hoja de coca y patrimonio cultural de la Nación

102. La naturaleza propia del patrimonio material, está en relación unívoca con la naturaleza misma de los bienes susceptibles de ser identificados, protegidos y preservados como patrimonio cultural y natural, considerados

excepcionalmente valiosos para la humanidad. En ese sentido, debemos recurrir a los tratados internacionales suscritos en la materia, siendo piedra de toque de este sistema la Convención sobre la protección del patrimonio mundial cultural y natural, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 16 de noviembre de 1972, y suscrita por el Perú el 24 de febrero de 1982.

En dicha convención, se define que el *patrimonio cultural material* abarca monumentos, grupos de edificios y sitios que tienen valor histórico, estético, arqueológico, científico, etnológico o antropológico (artículo 1º), es decir, aquellos bienes que sean la manifestación de un intercambio considerable de valores humanos durante un determinado período o en un área cultural específica, en el desarrollo de la arquitectura, las artes monumentales, la planificación urbana o el diseño paisajístico.

Por otro lado, el *patrimonio natural material*, comprende formaciones físicas, biológicas y geológicas excepcionales, hábitat de especies animales y vegetales amenazadas, y zonas que tengan valor científico, de conservación o estético (artículo 2º), así, entre estos bienes se encuentran fenómenos naturales extraordinarios o áreas de una belleza natural y una importancia estética excepcionales, aquellos que contienen el hábitat natural más representativo para la conservación *in situ* de la diversidad biológica, incluyendo los que alberguen especies amenazadas que posean un valor universal excepcional.

103. Así, conforme a las pautas técnicas proporcionados por la UNESCO para que cada Estado Parte identifique y delimite los diversos bienes situados en su territorio mencionados en los artículos 1º y 2º de la referida Convención, se desprende que el reconocimiento del patrimonio cultural y natural material, se asienta básicamente en un criterio espacial y físico, que no se corresponde con la naturaleza de la planta de la hoja de coca. Por ello, bajo esos considerandos, este Colegiado entiende que la planta de la hoja de coca, en tanto especie vegetal, no es susceptible de ser declarada como patrimonio cultural ni natural en un sentido material. Lo cual no supone, desconocer su carácter de elemento biológico cuya utilización con fines terapéuticos y medicinales le otorga una protección especial, en tanto, *patrimonio cultural inmaterial*.

104. El patrimonio cultural comprende también el patrimonio inmaterial, que se puede definir como el conjunto de las expresiones culturales y sociales que, heredadas de sus tradiciones, caracterizan a las comunidades, lo que ha determinado que estos bienes inmateriales se hayan afirmado y terminado imponiéndose a nivel internacional como una noción capital para comprender las identidades culturales de los pueblos, y es la que ahora nos permitirá abordar la naturaleza de la planta de la hoja de coca.

105. Los conocimientos tradicionales asociados a la planta de la hoja de coca, deben recibir un tratamiento jurídico promotor acorde con las obligaciones internacionales

del Perú y la Constitución, que supone un proceso que involucra a múltiples actores, empezando por las comunidades campesinas que le dan vida a la hoja de coca, a través del conocimiento tradicional en el cual reside su carácter de patrimonio cultural inmaterial de carácter biológico, de conformidad con la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, aprobada en París el 17 de octubre de 1993^[25]. Si bien esta Convención aún no ha sido ratificada por el Estado peruano, constituye *soft-law*.

106. Así, la planta de la hoja de coca, en tanto especie natural cuya utilización para un fin determinado, debe recibir un régimen de protección especial conforme al Derecho Internacional, pero fundamentalmente dentro de los alcances de la Constitución, pues la promoción de la cultura constituye un deber primordial del Estado social y democrático de Derecho, establecidos en el artículo 44º de la Constitución. De ahí que el Estado, por mandato constitucional, deba *respetar*, todas aquellas manifestaciones culturales de las personas o de grupos de ellos que constituyan la expresión de *suderecho* a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (artículo 2º 8 de la Constitución); además de respetar la propiedad de las comunidades campesinas y nativas sobre sus conocimientos colectivos, de medicina tradicional y salud, de valores genéticos y de su biodiversidad (artículos 88º, 89º y 149º de la Constitución).

107. Por otro lado, cabe apuntar que estos conocimientos tradicionales constituyen un cuerpo dinámico de conocimientos organizados que puede enriquecerse con descubrimientos en cada generación, y que deben recibir la protección y los incentivos adecuados que eviten su desaparición, lo cual está estrechamente relacionado con el desarrollo de una política nacional de protección del valor de dichos conocimientos, el mismo que es de carácter cultural principalmente, pero también económico, dado su aporte a la investigación y el desarrollo de nuevos productos que gozan de derecho de patente.

108. En ese sentido, el Tribunal considera que las potencialidades del patrimonio cultural inmaterial, como en el caso de la planta de la hoja de coca, trascienden del ámbito de lo cultural, adquiriendo especial relevancia, y obligando al legislador a hacer una lectura integral de esta institución atendiendo a sus consecuencias socioecómicas, haciendo efectivas tales normas internacionales que garantizan los intereses de la Nación peruana a participar en los beneficios de la explotación comercial^[26], pero fundamentalmente los derechos de las comunidades campesinas y nativas (artículo 89º de la Constitución) de recibir una compensación por la contribución de sus conocimientos tradicionales sobre la hoja de coca en la generación de riqueza.

109. Se debe reconocer que este patrimonio constituye una fuente de oportunidades para el desarrollo sostenido de las regiones cocaleras, por ello, es que se hace necesario afirmar que su conservación, recuperación y uso sostenible de la hoja de coca requiere de la concertación de políticas y estrategias nacionales y regionales que

garanticen su utilización racional. De esa forma se superará una de las grandes paradojas relacionadas con la biodiversidad, pues nuestro país, siendo un gran productor de la hoja de coca, a la vez, carece, al menos en la proporción y medida adecuadas, de los recursos materiales y humanos imprescindibles para su estudio y explotación lícita.

110. El Perú, concentran un alto porcentaje de la biodiversidad del planeta, y junto con los países de la subregión andina es lugar de origen de importantes recursos fitogenéticos andino amazónicos que proveen alrededor del 35% de la producción agroalimentaria e industrial del mundo²²¹. En atención a ello, se hace necesario efectuar una visión amplia, de la riqueza biológica nacional y las características geográficas en las cuales se desenvuelve, para orientar recursos científicos que permitan garantizar la conservación del patrimonio biológico que en ella se sustenta y dentro de los cuales se encuentra la planta de la hoja de coca.

111. Todo lo dicho, evidencia que desde hace siglos el uso tradicional (chacqueo, mágico religioso, ceremonial y medicinal) de la planta de la hoja de coca, forma parte de la identidad cultural de los pueblos originarios del Perú. Por ello, este Colegiado comparte la preocupación de los demandados por el ocio del legislador nacional al no haber reconocido expresamente al uso tradicional de la planta como patrimonio cultural inmaterial de la nación. En tanto dicha inercia legislativa persista se corre el riesgo de generar una inconstitucionalidad por omisión, no sólo por afectar el derecho a la identidad cultural de muchos peruanos (artículo 2º 19 de la Constitución), sino también por afectar el derecho a la igualdad (artículo 2º 2 de la Constitución).

Por tales motivos se exhorta al Congreso de la República a incluir a la planta de la hoja de coca en la lista de cultivos reconocidos como Patrimonio Natural de la Nación, por la Ley N.º 28477. En igual sentido, se exhorta al INC, a iniciar los trámites administrativos para evaluar la conveniencia técnica de la declaración del uso tradicional de la planta de hoja de coca como patrimonio cultural inmaterial, de conformidad con el ordenamiento internacional.

§6. Planta de la hoja de coca y liberalización de su producción.

6.1 El combate contra el tráfico ilícito de drogas.

112. El artículo 2º de la Ordenanza Regional N.º 031-2005-GRC/CRC, dispone:

"Artículo Segundo: Reconocer como zonas de producción tradicional de carácter legal de la Planta de la Hoja de Coca a los valles de: La Convención; Yanatile de la provincia de Calca y Qosñipata de la provincia de Paucartambo; todos ellos del departamento del Cusco, donde la producción de esta especie está destinada al uso medicinal, ceremonial, religioso, cultural, "chacqueo" y aquellas que son adquiridas en forma lícita por la Empresa Nacional de la Coca Sociedad Anónima, ENACO S.A. para su respectiva comercialización".

Por su parte, el artículo 1º de la Ordenanza Regional N.º 027-2005-E-CR-GR, establece:

"Artículo Primero.- INCORPORAR A LA ORDENANZA REGIONAL N.º 015-2004-CR-GRH, que declara como Patrimonio Cultural y de Seguridad Alimentaria a la Hoja de Coca, el siguiente articulado:

Artículo 1.A.- Declara la Legalidad del cultivo de la Hoja de Coca en la jurisdicción del Gobierno Regional de Huánuco, para el consumo directo en la modalidad de Chacqueo con fines medicinales, ceremoniales, y de industrialización lícita, de acuerdo a la presente Ordenanza Regional."

113. La Presidencia del Consejo de Ministros ha sostenido que dentro del diseño de políticas nacionales y sectoriales del Gobierno Nacional se expidió el Decreto Legislativo N.º 824 —Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas— cuyo artículo 2 a), ha previsto que sea de competencia de la Comisión de Lucha contra el Consumo de Drogas –CONTRADOGRAS (ahora DEVIDA):

"Diseñar y conducir la Política Nacional de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas, el Consumo Ilegal de Drogas Tóxicas, promoviendo el desarrollo integral y sostenible de las zonas cocaleras del país"

Y el artículo 2º d) le confiere la competencia de:

"Promover la sustitución de los cultivos de la hoja de coca, amapola y de otro tipo de sembríos de los cuales se puede producir drogas ilícitas"

A partir de dichos dispositivos, refiere, se aprobó la "Estrategia Nacional de Lucha contra las drogas 2002-2007", mediante Decreto Supremo N.º 004-2004-PCM, habiéndose actualizado dicha estrategia mediante el Decreto Supremo N.º 006-2005-PCM. Considera que tal política nacional se sustenta en la Convención Única sobre Estupefacientes, cuyo artículo 26º dispone que los Estados parte que permitan el cultivo del arbusto de coca deben establecer uno o más organismos oficiales, a cargo de designar las zonas y las parcelas de terreno en que se permitirá el cultivo de dicho arbusto.

Alega que dentro del marco de la referida Convención, se expidió el Decreto Ley N.º 22095, cuyo artículo 1º estableció que

"Son objetivos de la presente ley la represión del tráfico ilícito de drogas que producen dependencia; la prevención de su uso indebido; la rehabilitación biosicosocial del drogadicto y la reducción de los cultivos de la planta de coca"

En ese sentido, sostiene que la política pública relativa al cultivo de la Hoja de Coca ha sido una competencia del gobierno nacional y no de los gobiernos regionales, de modo que éstos últimos no tienen competencia para reconocer "zonas legales" de cultivo.

114. Por su parte, el Gobierno Regional de Huánuco ha sostenido que la competencia para legalizar el cultivo de la planta de la hoja de coca en su jurisdicción, le ha sido

conferida por el artículo 192° 7 de la Constitución que establece que los gobiernos regionales son competentes para:

"Promover y regular actividades y o servicios en materia de agricultura (...), conforme a ley";

y por los artículos 35° g) y 10° 1 g) de la LBD y la LOGR, respectivamente. Dichos preceptos estipulan que es competencia exclusiva de los gobiernos regionales:

"Facilitar los procesos orientados a los mercados internacionales para la agricultura, la agroindustria, al artesanía, la actividad forestal y otros sectores productivos, de acuerdo a sus potencialidades."

De otro lado, el Gobierno Regional de Cusco considera que la competencia para dictar la disposición cuestionada, le ha sido conferida por los artículos 35° n) y 10° 1 n) de la LBD y la LOGR, en cuanto prevén como competencia exclusiva de los gobiernos regionales:

"Promover el uso sostenible de los recursos forestales y de biodiversidad."

115. Sobre el particular, al Tribunal Constitucional no le cabe duda alguna de que la regulación sobre las zonas donde una planta cualquiera pueda ser cultivada entra dentro de la competencia regulada por el artículo 192° 7 de la Constitución, según el cual, los gobiernos regionales son competentes para:

"Promover y regular actividades (...) en materia de agricultura (...) conforme a ley".

El problema, pues, no es si se trata o no de una competencia de los gobiernos regionales, sino la clase de competencia de que se trata, pues, como se ha expresado el ejercicio de dicha competencia está sujeta a reserva de ley orgánica.

116. En criterio de este Colegiado, la regulación de las zonas de cultivo de determinadas plantas y, entre ellas, la de la hoja de coca, se inserta en el ámbito de competencias compartidas que se desarrolla en el artículo 11° 2 de la referida LOGR, al disponerse:

"Son competencias compartidas, de acuerdo al artículo 36° de la Ley Orgánica de Bases de la Descentralización N°. 27783, las siguientes:

(...)

Promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel, correspondientes a los sectores agricultura, pesquería, industria, comercio, turismo, energía, hidrocarburos, minas, transportes, comunicaciones y medio ambiente."

La frase "en su ámbito y nivel" que allí se emplea tiene el propósito de recordar que cualquiera pueda ser el contenido de la promoción, gestión y regulación en materias como la agricultura, éstas no pueden exceder, por un lado, el ámbito territorialmente delimitado dentro del cual pueden los gobiernos regionales ejercer su competencia; y, de otro, que cuando existiera una política

y planes nacionales en relación con la actividad concreta que se refiera, ésta deberá de realizarse en

"armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo" (artículo 192° de la Constitución).

Por tanto, la regulación del cultivo de la hoja de coca, como el reconocimiento de zonas de producción tradicional de carácter legal en determinados jurisdicciones del país, donde la producción de esta especie está destinada al uso medicinal, ceremonial, religioso, cultural, "chaccheo", entre otras, debe analizarse con las políticas y planes nacionales sobre tal materia.

117. En criterio del Tribunal, el hecho de que la hoja de coca sea el principal insumo para la elaboración de la pasta básica de cocaína y que ésta sea, a su vez, la materia prima para la elaboración de la cocaína, exige que el asunto relacionado con su cultivo sea enfocado también desde la perspectiva de la exigencia constitucional del Estado de combatir el tráfico ilícito de drogas. En efecto, de conformidad con el artículo 8° de la Constitución,

"El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas. Asimismo, regula el uso de tóxicos sociales."

118. El referido artículo proyecta desde la propia Constitución una política de interés nacional en la erradicación absoluta de este flagelo social.

Tal como ocurre con el terrorismo (artículos 2°24.f, 37° y 173°) el espionaje (artículo 2°24.f), la traición a la patria (artículo 117° y 173°), la corrupción (artículo 41°) y el genocidio (artículo 37°), por la especial afectación que el tráfico ilícito de drogas produce al cuadro material de valores previsto en la Constitución, ésta en sus artículos 2°24.f y 8°, lo contempla como un ilícito penal especial.²²¹

En concreto, su existencia y propagación afecta en grado sumo diversos valores e instituciones básicas en todo Estado social y democrático de derecho, tales como el principio-derecho de dignidad de la persona (artículo 1°), la familia (artículo 4°), la educación (artículos 13° a 18°), el trabajo (artículos 22° y 23°), la paz social (inciso 22 del artículo 2°), entre otros.

119. De conformidad con el Informe "Perú: Oferta de Hoja de Coca. Estadística básica (2001-2004)", elaborado por el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE), hacia el año 2004, la producción estimada anual de hoja de coca en territorio peruano fue de 109,936 TM, en una superficie productiva ascendente a 50,300 hectáreas²²¹.

De dichas 109,936 TM, sólo 2,927 TM, es decir, un insignificante 2.66% fueron vendidas a la Empresa Nacional de la Coca Sociedad Anónima (ENACO S.A.), empresa encargada de industrializar y comercializar la hoja de coca, y se estima que 6,073 TM fueron destinadas al uso tradicional a través del mercado informal.

En consecuencia, las 100,936 TM restantes se encontraron potencialmente destinadas a abastecer el mercado, básicamente internacional, del narcotráfico.

120. Por tal motivo, con el mismo énfasis con el que este Tribunal reconoce que la hoja de coca no es sinónimo de cocaína y que, atendiendo a las características pluriculturales del Estado peruano, resultaría contrario al derecho fundamental a la identidad cultural y étnica de la población indígena, pretender la erradicación absoluta de las plantaciones de hoja de coca, reconoce también que la ausencia de control efectivo por parte del Gobierno Nacional sobre la expansión de su cultivo, cosecha y comercialización, tiene relación directa con el tráfico ilícito de la cocaína.

121. Ciertamente a un Estado democrático y social de derecho como el peruano, no puede serle ajeno este flagelo, que no sólo es del Perú, sino que ha adquirido ribetes universales y, en ese sentido, compromete a la humanidad entera. Efectivamente, está comprobado médica y psicosocialmente que su consumo afecta sensiblemente a la dignidad del ser humano, el derecho a la salud, libre desarrollo y bienestar personal y familiar. De ahí que, a partir de la Constitución, se haya impuesto como una tarea constitucionalmente exigible al Estado que éste adopte diversas medidas destinadas a combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas.

122. Esas medidas constitucionalmente exigibles al Estado, conforme precisa el artículo 8º de la Constitución, son esencialmente de dos clases. Por un lado, la Norma Suprema impone como una obligación constitucional del Estado que éste "sancione" el tráfico ilícito de drogas, lo que ha quedado consagrado en el Código Penal, norma de competencia nacional que, con respeto de los principios y derechos constitucionales, ha criminalizado el tráfico de drogas prohibidas; estableciendo penas severas, proporcionales a los bienes constitucionalmente protegidos que se afligen, además de prever procedimientos en cuyo seno se juzgan y sancionan dichos delitos.

123. Por otro lado, el artículo 8º de la Constitución también establece como una obligación constitucional a cargo del Estado que éste implemente y ejecute políticas públicas, de alcance nacional, destinadas a "combatir" el tráfico ilícito de drogas. Dicho combate estatal, desde luego, involucra la creación de órganos estatales a los cuales se atribuya de competencias administrativas específicas en esta materia.

Con tal efecto, se creó originalmente, mediante el Decreto Legislativo N.º 824, la Comisión de Lucha contra el Consumo de Drogas (CONTRADROGAS), la que después se denominó, previa modificación introducida por la Ley N.º 27629, Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas (DEVIDA), configurándose a éste como

"un organismo público descentralizado comprendido en el Sector Presidencia del Consejo de Ministros" (artículo 5º del Decreto Supremo N.º 032-2002-PCM)

Asimismo, el combate contra el tráfico ilícito de drogas comprende la adopción de políticas públicas destinadas a luchar contra este flagelo. De ahí que se haya establecido que DEVIDA tenga

"(...) como misión principal coordinar, promover, planificar, monitorear y evaluar los programas y actividades contenidos en la Estrategia Nacional de la Lucha contra las Drogas y sus actualizaciones anuales, en su calidad de organismo rector que diseña y conduce la Política Nacional de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas, el Consumo Ilegal de Drogas Tóxicas, promoviendo el desarrollo integral y sostenible de las zonas cocaleras del país". (artículo 2º del Decreto Legislativo N.º 824)

124. Por cierto, uno de los temas fundamentales en el desarrollo y ejecución de la obligación constitucional del Estado de combatir el tráfico ilícito de drogas tiene que ver con la necesidad adoptar políticas económicas y sociales agresivas de información, dirigidas a la colectividad, que la informen en torno a las nefastas consecuencias que su uso y abuso ocasiona en el ser humano.

No se trata de una simple información, por decirlo así, "formal", es decir, relacionada con la publicidad de las conductas prohibidas y las sanciones que su comisión generaría (por otra parte, salvada tras las exigencias que demandan el principio de legalidad penal), sino, fundamentalmente, de aquella que es precisa a fin de que las personas, particularmente, los adolescentes, no sucumban ante ellas. Se trata, pues, del deber del Estado de auspiciar medidas para una efectiva protección del adolescente, en especial, de aquellos que se encuentran en estado de abandono (artículo 4º de la Constitución).

6.2 Convenios internacionales relacionados con el tráfico ilícito de drogas y su adecuada interpretación.

125. El artículo 26º de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, ratificada por el Estado peruano el 22 de julio de 1964, establece:

"1. Las Partes que permitan el cultivo del arbusto de coca aplicarán al mismo y a las hojas de coca el sistema de fiscalización establecido en el artículo 23º para la fiscalización de la adormidera; (...)

2. En la medida de lo posible, la Partes obligarán a arrancar de raíz todos los arbustos de coca que crezcan en estado silvestre y destruirán los que se cultiven ilícitamente."

126. Aún cuando esta Convención observaba una política erradicadora indiscriminada, llegando incluso a precisarse en su artículo 49º e) que

"La masticación de la coca quedará prohibida dentro de los 25 años siguientes a la entrada en vigor de la presente Convención (...)"

tal percepción y regulación varió con la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, ratificada por el Estado peruano el 16 de enero de 1992. En efecto, el artículo 14º 2 de dicha Convención establece:

"Cada una de las partes adoptará medidas adecuadas para evitar el cultivo ilícito de las plantas que contengan estupefacientes o sustancias sicotrópicas, tales como las plantas de adormidera, los arbustos de coca y las plantas

de cannabis, así como erradicar aquellas que se cultiven ilícitamente en su territorio. Las medidas que se adopten deberán respetar los derechos humanos fundamentales y tendrán debidamente en cuenta los usos tradicionales lícitos, donde al respecto exista la evidencia histórica, así como la protección del medio ambiente." (subrayado agregado).

Así pues, este precepto de la Convención versa sobre derechos humanos, motivo por el cual además de formar parte del derecho nacional (artículo 55° de la Constitución), es pauta interpretativa obligatoria, para efectos de garantizar el derecho a la identidad cultural reconocido en el artículo 2° 19 de la Constitución (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución).

A ello cabe añadir que el artículo 27° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita por el Estado peruano el 23 de mayo de 1969 y ratificada mediante Decreto Supremo N.º 029-2000-RE, de fecha 21 de septiembre de 2000, establece que

"Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado."

127. En atención a la variación de la normativa internacional en relación con el combate al narcotráfico y a las consideraciones precedentes, debe interpretarse que allí donde las convenciones o tratados internacionales hacen referencia al "arbusto de coca" u "hoja de coca" para aludir a una sustancia prohibida, realizan una vinculación desproporcionada con la cocaína. Está exigencia interpretativa es aplicable a la Lista I de sustancias prohibidas de la Convención Única de 1961 sobre Estupeficientes.

6.3 Política legislativa del Estado contra el tráfico ilícito de drogas.

128. De conformidad con el marco constitucional e internacional aludido, la política legislativa del Estado contra el tráfico ilícito de drogas se encuentra concretada, de un lado, en el Decreto Ley N.º 22095 –Ley de represión del tráfico ilícito de drogas-, del 2 de marzo de 1978, y en el Decreto Legislativo N.º 824 –Ley de Lucha contra el tráfico ilícito de drogas-, del 24 de abril de 1996.

La primera de las referidas normas señala como uno de los objetivos a alcanzarse,

"la reducción gradual de los cultivos de planta de coca, limitándose a los fines estrictamente científicos e industriales, en armonía con el cambio de hábitos de consumo." (artículo 2°)

Adicionalmente, el Decreto Ley N.º 22095, dispone:

"Artículo 31.- Queda terminantemente prohibido el cultivo de coca y almácigos en nuevas áreas del territorio nacional. Esta prohibición incluye renovaciones y recalces en los cultivos existentes.

Artículo 32.- El Estado fiscalizará el cultivo de todas las variedades de coca (...).

Artículo 33.- Erradicado o sustituido el cultivo de la coca de los predios de propiedad individual y de las empresas asociativas, sólo el Estado a través de ENACO, podrá desarrollar dicho cultivo, cuando lo justifique su industrialización, exportación, uso medicinal o fines de investigación científica. El cultivo de las demás especies vegetales sujetas a fiscalización, será de exclusividad del Estado y únicamente para los fines que se indican en el párrafo anterior.

(...)

Artículo 41.- El Estado a través de la Empresa Nacional de la Coca Sociedad Anónima -ENACO S.A.- realizará la industrialización y comercialización de la hoja de coca proveniente exclusivamente de los predios empadronados en aplicación de la primera disposición transitoria del Decreto Ley N° 22095.

La industrialización comprende la elaboración de pasta básica de cocaína, clorhidrato de cocaína y demás derivados de la hoja de coca de producción lícita con fines benéficos.

Primera Disposición Transitoria.- Los conductores de predios que a la fecha de vigencia del presente Decreto-Ley se encontraren dedicados al cultivo de la coca, quedan obligados a empadronarse en el Registro de Productores de la ENACO, en el término de noventa días computados a partir de la vigencia de la presente Ley."

Por su parte, el Decreto Legislativo N.º 824, establece:

"Artículo 1°.- Declárase de interés nacional la lucha contra el consumo de drogas en todo el territorio. Constitúyase para tal efecto la COMISION DE LUCHA CONTRA EL CONSUMO DE DROGAS, "CONTRADROGAS" como ente rector encargado de diseñar, coordinar y ejecutar de manera integral las acciones de prevención contra el consumo de drogas.

Cabe resaltar que, de conformidad con el artículo 2° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N.º 032-2002-PCM, a partir de la vigencia del citado dispositivo la nueva denominación será COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO Y VIDA SIN DROGAS - "DEVIDA", uno de cuyos objetivos, en virtud del literal d) del artículo 2° del Decreto Legislativo N.º 824, es

"d) Promover la sustitución de los cultivos de hoja de coca, amapola y de otros tipos de sembríos de los cuales se puede producir drogas ilícitas."

129. El análisis de la normativa vigente expedida por el Estado, en ejercicio de esa competencia, permite concluir:

a) Todo cultivo de hoja de coca llevado a cabo con posterioridad al año 1978, resulta ilegal, a menos que sea realizado por o con la correspondiente aprobación de ENACO S.A.

b) Toda comercialización de hoja de coca que provenga de predios no empadronados por ENACO S.A., resulta ilegal.

130. Como es evidente, ante el flagelo del tráfico ilegal de la hoja de coca, corresponderá al Poder Ejecutivo disponer el reempadronamiento de los productores de

la hoja de coca, a fin de actualizar y formalizar a los legítimos coccaleros.

131. Si bien el cultivo de la hoja de coca no constituye un acto ilícito tipificado como un delito en el Código Penal, la estrecha vinculación que se produce entre la comercialización ilícita de alrededor de 100 mil TM de hoja de coca al año y el narcotráfico, no puede ser soslayada por el Estado, quien tiene, por mandato constitucional, la obligación de combatir el tráfico ilícito de drogas en todos sus orígenes, directos e indirectos (artículo 8° de la Constitución).

Más aún el acto de cultivo de la planta de la hoja de coca destinado al narcotráfico, tendría que ser considerado como una prestación de asistencia material en la etapa de preparación a la realización del hecho punible tipificado por el delito de Tráfico Ilícito de Drogas, ello siempre y cuando el juez penal estime que se ha producido de manera dolosa, de conformidad con el artículo 25° del Código Penal.

6.4 Determinación del órgano competente para designar las zonas de cultivo legal de la hoja de coca.

132. Así pues, si bien desde la perspectiva del derecho fundamental a la identidad étnica y cultural (inciso 19 del artículo 2° de la Constitución) se encuentra constitucionalmente proscrita una política tendiente a la erradicación absoluta de los cultivos de hoja de coca, la relación existente entre dicho cultivo y el tráfico de cocaína, permite a este Colegiado concluir que, en aplicación del artículo 8° de la Constitución, el tratamiento y la regulación del cultivo y la erradicación de la hoja de coca es una competencia exclusiva del Gobierno Nacional, dentro de la cual se encuentra el reconocimiento legal de las zonas de producción de la hoja de coca, lo cual, desde luego, no significa que toda normativa sobre la materia expedida por los gobiernos regionales, carezca, *per se*, de validez, pues si bien se trata de una competencia exclusiva del Gobierno Nacional no es, sin embargo, excluyente. Los gobiernos regionales, en esta materia tienen la atribución de solicitar al Gobierno Nacional la declaración de las áreas de producción tradicional de la hoja de coca; y dictar normas ejecutivas de alcance regional de la política general diseñada por el Gobierno Nacional. Es decir, los gobiernos regionales pueden dictar normas *secundum legem* que, desde luego, en ningún caso, podrán contravenir o resultar incompatibles con la legislación, política o plan nacional antidrogas, pues ello resultaría manifiestamente contrario con los artículos 8° y 192° de la Constitución.

133. El artículo 2° de la Ordenanza Regional N.º 031-2005-GRC/CRC, no sólo no se subordina a la política antidrogas, sino que, en atención a los criterios expuestos, resulta manifiestamente contraria a la legislación del Estado en relación con el control y límites de los cultivos de la planta de la hoja de coca, razón por la cual corresponde declarar su inconstitucionalidad.

134. Por el mismo motivo, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional N.º

027-2005-E-CR-GRH, y, consecuentemente, del artículo 1.A de la Ordenanza Regional N.º 015-2004-CR-GRH.

6.5 Deber constitucional del Estado de diseñar una política eficiente contra el tráfico ilícito de drogas.

135. Sin perjuicio de lo expuesto, aún cuando de conformidad con el diseño actual de las políticas nacionales en relación con el cultivo de la hoja de coca, corresponde declarar la inconstitucionalidad de los dispositivos impugnados, ello no es óbice para que este Colegiado advierta que dichas políticas no están alcanzando los resultados esperados, y no resulta plenamente afín con la realidad nacional y regional sobre la materia.

136. En efecto, de conformidad con el Grupo de Análisis para el Desarrollo (GRADE), la débil capacidad de gestión de ENACO S.A. sería la principal razón del comportamiento inercial de las compras de hoja de coca. Entre las principales debilidades que detecta en la empresa cita las siguientes:

- Escasa voluntad política para controlar la informalidad;
- Débil (o inexistente) presencia en ciertas áreas geográficas;
- Baja calidad del capital humano, y falta de iniciativa para emprender cambios;
- Altos costos operativos y administrativos que atentan contra la posibilidad de ampliar sus comparas.
- Tendencias a comportamientos oportunistas (corrupción).
- Ausencia de una política de precios.¹³⁰

137. El artículo 61° de la Constitución de 1993 establece que ninguna ley puede autorizar ni establecer monopolios, sin embargo ENACO S.A. es un monopolio preconstitucional que ha cumplido una labor administrativa en la cadena de la lucha contra el narcotráfico. Y aún cuando este Colegiado, en la fórmula de un Estado social y democrático de derecho (artículo 43° de la Constitución) y de una economía social de mercado (artículo 58° de la Constitución), puede aceptar que, bajo criterios de proporcionalidad y razonabilidad, dicha disposición constitucional admita excepciones, la ausencia de eficaces resultados, permite sostener que el establecimiento de una medida monopólica no está resultando idónea para alcanzar la formalización y el control de la comercialización de la hoja de coca. Sobre todo, por cuanto una medida complementaria como el desarrollo alternativo, a cargo de DEVIDA hasta el momento tampoco ha obtenido los resultados constitucionalmente exigibles de incorporar a los coccaleros a las políticas agrarias alternativas, en el marco del desarrollo agrario y de la lucha contra el narcotráfico, postulados en los artículos 88° y 8° de la Constitución, respectivamente.

Por tal motivo, exhorta al Congreso de la República, para que, en aplicación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, establezca un régimen de licencias,

manteniendo a una entidad con eficaces funciones de control.

138. Por otra parte, llama la atención de este Colegiado el hecho de que el Estado concentre su política de lucha contra el tráfico ilícito de drogas en la erradicación parcial de una de las materias primas de la pasta básica y la cocaína (la hoja de coca) y en la tipificación y sanción penal del delito, más no en el tráfico informal o ilícito de los productos químicos que permiten producir drogas, tales como el kerosene, el ácido sulfúrico, el amoníaco, el anhídrido acético, benceno, carbonato de sodio, carbonato de potasio, cloruro de amonio, etc. En otras palabras, no es plenamente constitucional que el combate preventivo contra el TID sólo se dirija contra uno de los estadios que permiten su perpetración, y no contra la oferta y la demanda de drogas y la comercialización de insumos químicos, lo que podría generar resultados más efectivos y menos costosos.

Cabe recordar que el deber constitucional del Estado de combatir el tráfico ilícito de drogas (artículo 8° de la Constitución), no puede agotarse en el mero diseño de políticas, sino en la ejecución de políticas eficientes, es decir, que objetivamente demuestren resultados cada vez más eficaces; lo contrario, significaría incurrir en una infracción constitucional por parte de las autoridades gubernamentales responsables. Y es que no puede olvidarse que el carácter pluriofensivo del delito de tráfico ilícito de drogas en relación con los valores básicos del orden constitucional (Cfr. Fundamento 98 *supra*), pone en estado de alarma y peligro a las bases sociales y amenaza la propia existencia del Estado.

139. Por ello, en aras de su seguridad integral, el Estado tiene el mandato de combatir el tráfico ilícito de drogas, en este caso, desde la demanda hasta la oferta, pasando por el uso ilegal de los insumos químicos para la producción de la cocaína, en base a nuevos acuerdos internacionales y programas nacionales, dado el incumplimiento de las metas trazadas por las políticas de reducción del consumo de drogas y del cultivo de la hoja de coca.

Debe tenerse en cuenta que en la cadena que culmina con el tráfico ilícito de drogas, es la demanda por la cocaína, a partir de la postrimería de la Segunda Guerra Mundial, como señala uno de los demandados, la que ha generado que la hoja de coca se convierta en un cultivo controlado; siendo que los consumidores y productores de la cocaína, básicamente, se encuentran en los Estados Unidos, Europa y otros países de la región andina, respectivamente.

En consecuencia, la demanda por el consumo de cocaína proveniente de los Estados Unidos y demás países desarrollados, constituye la locomotora que arrastra a la conversión de la hoja de coca en un insumo básico para su transformación ilícita en una droga prohibida que circula ilegalmente en dichos países. Sobre todo, cuando los carteles del narcotráfico pagan en promedio casi cinco dólares por kilo de hoja de coca a los cocaleseros, mientras que ENACO S.A no llega a pagar ni cinco soles por kilo, según el estudio de FONAFE (junio, 2005). Lo cual, desde

luego, no justifica que, aproximadamente, de las 110,000 TM de producción al año de la hoja de coca, 100,000 TM hayan sido destinadas al narcotráfico.

140. En atención a lo expuesto y en base al deber constitucional del Estado previsto en el artículo 8° de la Constitución, corresponde al Congreso de la República y al Poder Ejecutivo, de conformidad con sus atribuciones, rediseñar la política del Estado contra el tráfico ilícito de drogas, enfocando el esfuerzo en todos los estadios de la producción, particularmente en aquellos descuidados a la fecha y que se encuentran relacionados, fundamentalmente, con la demanda y no sólo con la oferta, y con pleno respeto de los derechos fundamentales, en especial, aquellos de contenido cultural.

141. Procurar el destino de recursos a políticas más eficaces como las descritas, fue el objeto de la misiva dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Annan, con fecha 1 de junio de 1998, por un grupo de ciudadanos peruanos, y que fuera tergiversada en su propósito por algún medio de comunicación recientemente.

142. Aún cuando este Colegiado encuentra necesarios los diversos convenios bilaterales celebrados en particular con los Estados Unidos de América, para un eficiente combate contra el tráfico ilícito de drogas, resulta preocupante que en diversos documentos oficiales de la contraparte peruana en dichos convenios, se sostengan inexactitudes como la siguiente:

"La cocaína es el más potente estimulante de origen natural. Es extraído de las hojas de la planta de la hoja de coca. (...). El consumo de cocaína en los Estados Unidos se origina de la planta de la coca que crece en Sudamérica." (Documento denominado "Cocaína", noviembre de 2003. Oficina Ejecutiva de la Presidencia: Oficina de Política de Control Nacional de Drogas de la Casa Blanca. <http://www.whitehousedrugpolicy.gov/publications/facts/cocaine/index.html>)

Traducción: Tribunal Constitucional).

De lo expuesto en los Fundamentos 28 y siguientes *supra*, resulta claro y evidente que la cocaína ni es de origen natural ni se extrae de la hoja de coca, la cual no es más que su insumo básico.

Concepciones manifiestamente erradas como la recién transcrita pueden desencadenar una política orientada a la erradicación absoluta de la hoja de coca de nuestro territorio, con la manifiesta afectación del derecho a la identidad cultural de los pueblos originarios del Perú (artículo 2°19 de la Constitución). En tal sentido, a efectos de proteger preventivamente los derechos fundamentales de toda la colectividad, es deber del Estado peruano adoptar las garantías para que tales imprecisiones no sean germen de medidas inconstitucionales concretas, por lo que se exhorta al Presidente de la República a reevaluar la política nacional e internacional antinarcóticos, de conformidad con los incisos 3 y 11 del artículo 118° de la Constitución, a efectos de que sea más eficiente y acorde al derecho y la realidad nacional.

6.6 Programas de desarrollo alternativo

143. El desarrollo alternativo incluye una amplia gama de actividades económicas sociales que buscan el desarrollo de las comunidades del país y sus integrantes generando oportunidades de progreso y bienestar dentro de las dinámicas de una economía lícita y permanente. Las actividades económicas priorizadas se vinculan con la producción agrícola, pecuaria, agroindustrial y forestal, que son preponderantes en las zonas productoras de coca así como la producción acuícola que está alcanzando importancia en algunas áreas de la selva alta. Dentro de estas actividades se destacan la agroforestería, reforestación y ecología y servicios comunales piscicultura, cultivos sostenibles de crianza de animales menores y ganadería entre otras actividades.

144. El Tribunal Constitucional considera necesario, en este marco, enfatizar que aún cuando de conformidad con la política nacional vigente resulta plenamente válido proceder a la erradicación de los cultivos de hoja de coca ilegales, es decir, aquellos realizados por personas o en predios no empadronados por ENACO S.A o aquellos realizados, por ejemplo, en bosques protegidos, reservas naturales u otras áreas protegidas por ley, es preciso que el Estado tenga presente que uno de sus deberes primordiales es promover el bienestar general que se fundamente en la justicia y en el desarrollo equilibrado de la nación (artículo 44 de la Constitución), y de conformidad con el artículo 88° de la Constitución, apoyar preferentemente el desarrollo agrario. Estas, para efectos del caso que nos ocupa, son responsabilidades del Ministerio de Agricultura, y, particularmente, de DEVIDA.

145. En tal sentido, es obligación de DEVIDA proteger y asistir a las personas que se vean social y económicamente afectadas como consecuencia de la aplicación de dicha política, es decir con la erradicación de cultivos ilícitos, mediante el diseño de políticas de desarrollo alternativo, implementando y consolidando procesos competitivos y sostenibles de desarrollo rural que aseguren el bienestar de la población, el ejercicio de la democracia y la integración de las zonas de economía campesina afectadas por los cultivos ilícitos a la dinámica del desarrollo regional y nacional; de manera, que los cultivos de hoja de coca puedan ser reemplazados por productos agrarios y/o acuícolas de similar o mayor rentabilidad social. Lo cual es propio del desarrollo integral (artículos 44° y 188° de la Constitución) y, en particular, del desarrollo agrario, cuyo apoyo preferente, es exigido por el artículo 88° de la Norma Fundamental.

146. Para tales efectos, exhorta al Poder Ejecutivo, y particularmente, a DEVIDA, ha adoptar todas las medidas necesarias para concretar, en el más breve plazo posible, el Programa de Desarrollo Alternativo previsto en el punto IV.C de la Primera Actualización de la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2002-2007, aprobada por Decreto Supremo N.º 006-2005-PCM. En tal sentido, de conformidad con los lineamientos de la política de dicha estrategia, corresponde a DEVIDA,

entre otras acciones, promover el desarrollo alternativo sostenible en los ámbitos del programa mediante actividades lícitas y el mejoramiento de los servicios sociales, de infraestructura y otros que eleven el nivel de vida de la población; propiciar las condiciones adecuadas para alentar la actividad privada a través de proyectos de impacto económico, social y ambiental, con la participación de los gobiernos regionales, locales y organizaciones de base; facilitar el acceso de productos competitivos procedentes de la actividad agropecuaria, acuícola, y servicios rentables a mercados de nivel local, regional, nacional e internacional; priorizar programas de crédito para proyectos productivos rentables de pequeña y mediana escala en los ámbitos del programa; así como para las pequeñas empresas ubicadas en dichos ámbitos, realizando coordinaciones sectoriales, regionales y locales pertinentes; desarrollar proyectos de generación de mano de obra temporal paralelo a los programas de erradicación y auto-erradicación, a fin de no presentar vacíos en la generación de los ingresos familiares; y considerar la participación de la población en los programas y proyectos, especialmente de las Comunidades Nativas a fin de mejorar sus condiciones de vida y evitar el incremento de cultivos de coca.

§7. Planta de la hoja de coca como bien transmisible y sucesorio.

147. Finalmente, también se ha cuestionado la inconstitucionalidad, por adolecer de un vicio de competencia, del artículo 3° de la Ordenanza Regional N.º 031-2005-GRC/CRC, al declarar

"(...) a la Planta de la Hoja de la Coca como bien económico transmisible y sucesorio del campesinado que habita en las zonas mencionadas en el artículo segundo de la presente Ordenanza Regional".

148. Con independencia de lo ya afirmado por este Tribunal en torno a la planta de la hoja de coca y su cultivo, el problema constitucional que suscita dicho precepto de la Ordenanza impugnada tiene que ver con la competencia (o no) del referido Gobierno Regional de Cusco para regular, mediante una Ordenanza Regional, de manera parcial o total, lo atinente al régimen sucesorio y real de la Hoja de Coca, es decir, la regulación de relaciones intersubjetivas, *prima facie*, de indudable naturaleza privada.

149. Sobre el particular, el Tribunal nuevamente debe traer a colación que una de las exigencias que se derivan de la articulación de los principios de atribución de los gobiernos regionales y la cláusula residual a favor del Gobierno Nacional, es que en materia de reparto competencial al cual se encuentran sujetos los gobiernos regionales, es que éstos sólo son competentes para ejercer aquellas que la Constitución y las leyes (orgánicas y ordinarias) les hayan conferido, de modo que las no conferidas expresamente se entiende que son de competencia del Gobierno Nacional.

150. Esta última es la situación en la que se encuentra el régimen privado del uso, ejercicio y disposición de

determinados bienes muebles, como la Planta de la Hoja de Coca y otros, cuyo régimen real y sucesorio son materias que exclusivamente corresponden regular al Gobierno Nacional, en principio, a través del Código Civil. Tal competencia estatal, válida en general para la regulación de cualquier bien mueble, se justifica en la necesidad de contar con un régimen jurídico único de los bienes en todo el territorio nacional, que sea compatible con las exigencias que se desprenden del principio de igualdad en el ámbito de un Estado Unitario y Descentralizado.

151. La regionalización, hemos sostenido antes, no es sinónimo del establecimiento de un Estado federal. Se inserta, por el contrario, en el seno de un Estado unitario y descentralizado, en el que el régimen jurídico de los bienes no se encuentra atomizado o fraccionado en tantos como gobiernos regionales puedan existir. Es uno sólo, de modo que éste no puede ser delegado ni compartido con los gobiernos regionales. Ello significa que los gobiernos regionales no cuentan con competencias para regular los aspectos de derechos reales que entran en la esfera de las relaciones intersubjetivas reguladas por el Gobierno Nacional.

152. En el caso de la planta de la hoja de coca, la exigencia de un solo régimen jurídico, real y sucesorio, es además consecuencia de que sólo al Gobierno Nacional corresponde la elaboración de las políticas nacionales destinadas a combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas, en la medida que es el insumo básico para su ilícita transformación en cocaína.

153. No solamente ello. Y es que si bien la planta de la hoja de coca constituye un bien mueble, no es menos cierto que la acción delictiva del tráfico ilícito la convierte en una planta sujeta a control en todas las etapas del cultivo, cosecha y comercialización, a través de la acción de ENACO S.A.. Por ello, el régimen jurídico de transmisión de la propiedad no se encuentra sujeto solamente a las reglas generales que contempla el Código Civil, sino a determinadas leyes específicas, que limitan su comercialización.

154. Por todas estas razones, el Tribunal Constitucional considera que también es inconstitucional el artículo 3º de la Ordenanza Regional N.º 031-2005-GRC/CRC expedida por el Gobierno Regional de Cusco.

155. A manera de conclusión en relación con las competencias sobre las distintas materias que han sido analizadas en la presente sentencia, cabe afirmar lo siguiente:

a) La promoción de los bienes que constituyen patrimonio cultural de la Nación, es una competencia compartida entre el Gobierno Nacional y el Gobierno Regional, pues mientras a éste corresponde realizar la propuesta de declaración del bien como patrimonio cultural, es el Gobierno Nacional el encargado de definirlo normativamente para que tenga validez y eficacia.

b) La relación existente entre el cultivo de la hoja de coca y su posterior transformación en pasta básica y/o cocaína,

permite concluir que, en aplicación del artículo 8º de la Constitución, el tratamiento y la regulación del cultivo y la erradicación de la hoja de coca es una competencia exclusiva del Gobierno Nacional, lo cual, desde luego, no significa que toda normativa sobre la materia expedida por los gobiernos regionales, carezca, *per se*, de validez, pues si bien, en efecto, se trata de una competencia exclusiva, no es, sin embargo, excluyente. Los gobiernos regionales, en esta materia, tienen la atribución de dictar normas de desarrollo (*secundum legem*) de la política general y legislación nacional diseñadas por el Gobierno Nacional.

c) El régimen real y sucesorio de determinados bienes muebles, como la planta de la hoja de coca y otros, son materias de competencia exclusiva del Gobierno Nacional. Tal competencia estatal, válida en general para la regulación de cualquier bien mueble, se justifica en la necesidad de contar con un régimen jurídico único de los bienes en todo el territorio nacional, que sea compatible con las exigencias que se desprenden del principio de igualdad en el ámbito de un Estado Unitario y Descentralizado.

§8. El Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución y efecto vinculante de la sentencia.

156. Tal como ha sido previsto en el artículo 201º de la Constitución, el Tribunal Constitucional es su órgano de control. Ello, desde luego, no significa que a este órgano resulte privativa la defensa de la Carta Fundamental, pues, tal como se encuentra reconocido en su artículo 38º, ese es un deber residente en "todos los peruanos".

Como ha tenido oportunidad de precisarse,

"en el Estado social y democrático de derecho, la preservación de la constitucionalidad de todo el ordenamiento, no es una tarea que, de manera exclusiva, le compete a este Tribunal, sino que la comparten, *in suo ordine*, todos los poderes públicos." (STC 0006-2003-AI, Fundamento 1).

En tal sentido, el artículo 201º de la Constitución no confiere a este Colegiado una función exclusiva y excluyente, sino "suprema". No se trata, pues, de que a este Tribunal le haya sido reservada la "única" interpretación de la Constitución. Simplemente, le ha sido reservada la "definitiva".

157. De ahí que la independencia que en todo Estado social y democrático de derecho deben gozar los poderes del Estado (vg. la independencia reconocida al Poder Judicial por el artículo 139º3 de la Constitución), no debe ser confundida con la capacidad de someter a la ciudadanía a la más absoluta incertidumbre en relación al contenido vinculante de las normas jurídicas, máxime si se trata de la Norma Fundamental.

El artículo 201º de la Constitución, aunado al derecho fundamental a la igualdad ante la ley (artículo 2º2), una de cuyas manifestaciones es la igualdad "en la aplicación de la ley", y al principio de seguridad jurídica, que se encuentra implícitamente reconocido en la Constitución

(Cfr. STC 0016-2002-AI, Fundamento 5), sitúan al Tribunal Constitucional, en lo que a la interpretación constitucional se refiere, en la cúspide del Poder Jurisdiccional del Estado.

158. Es por ello que, en una correcta interpretación de concordancia práctica de los derechos y principios constitucionales involucrados, la condición del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, proyectada desde la propia Carta Fundamental, ha sido reconocida a nivel legislativo. En efecto, el artículo 1° de la Ley N.º 28301 —Ley Orgánica del Tribunal Constitucional—, establece:

“El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de (...) control de la constitucionalidad. (...)”

Por su parte, el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (CPConst.), dispone:

“Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.”

Mientras que el artículo 82° del CPConst., dispone que las sentencias del Tribunal Constitucional, recaídas 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”.

159. En suma, las sentencias dictadas en un proceso de inconstitucionalidad tienen efecto vinculante para todos los poderes públicos, vinculación que, por sus alcances generales, se despliega hacia toda la ciudadanía. En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en su condición de órgano de control de la Constitución (artículo 201° de la Constitución) y órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad (artículo 1° de la Ley N.º 28301); considera que en el supuesto de que alguna autoridad o persona, pretenda desconocer los efectos vinculantes de esta resolución, resultará de aplicación el artículo 22° del CPConst., en el extremo que dispone que para el cumplimiento de una sentencia el juez podrá hacer uso de multas fijas acumulativas, disposición que es aplicable supletoriamente al proceso de inconstitucionalidad en virtud del artículo IX del mencionado cuerpo normativo.

VII. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADAS** las excepciones deducidas por el Gobierno Regional de Huánuco.
2. Declarar **FUNDADAS** las demandas de inconstitucionalidad de autos; y, en consecuencia, **INCONSTITUCIONALES** los artículos 1°, 2° y 3° de

la Ordenanza Regional N.º 031-2005-GRC/CRC, y las Ordenanzas Regionales N.ºs 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH.

3. Exhortar al Presidente de la República a reevaluar la política nacional e internacional antinarcóticos, de conformidad con los incisos 3 y 11 del artículo 118° de la Constitución, a efectos de que sea más eficiente y acorde al derecho y a la realidad nacional y regional, de conformidad con los Fundamentos 135 a 142., *supra*.

4. Exhortar al Congreso de la República, de conformidad con el Fundamento 111, *supra*, a incluir, en el más breve plazo posible, a la planta de la hoja de coca en la lista de cultivos reconocidos como Patrimonio Natural de la Nación, por la Ley N.º 28477. En igual sentido, se exhorta al INC, a iniciar los trámites administrativos para evaluar la conveniencia técnica de la declaración del uso tradicional de la planta de hoja de coca como patrimonio cultural inmaterial, de conformidad con el ordenamiento internacional.

5. Exhortar al Poder Ejecutivo, y, en particular, a DEVIDA, a adoptar todas las medidas necesarias para implementar, en el más breve plazo posible, el Programa de Desarrollo Alternativo previsto en el punto IV.C de la Primera Actualización de la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2002-2007, aprobada por Decreto Supremo N.º 006-2005-PCM, de conformidad con el Fundamento 146, *supra*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRI GOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

**EXP. N.º 0020-2005-PI/TC
EXP. N.º 0021-2005-PI/TC
(acumulados)**

LIMA

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

**FUNDAMENTOS DE VOTO DEL SEÑOR
MAGISTRADO DR. JUAN BAUTISTA BARDELLI
LARTIRIGOYEN.**

Concedor de la problemática agraria del país, quiero dejar en claro mi posición, a través de los siguientes fundamentos de voto:

1-) Con la promulgación del Decreto Ley N° 17716, se dio inicio durante la dictadura del General Velazco Alvarado, a la denominada reforma agraria. El contexto socio político y económico que existía en el año 1968 estaba reflejado en una gran concentración de la tierra en pocas manos (los denominados terratenientes). Los cambios mundiales posteriores a la segunda guerra mundial y

el socialismo como ideología hizo que en países como el nuestro las guerrillas movilizan al campesinado y exista consenso para reformar la situación existente en aras de la doctrina de la seguridad nacional y la presión internacional (Alianza para el Progreso).

2-) Hasta fines de los años 1960 el panorama agrícola del país era el siguiente. Existía una fuerte y organizada Sociedad Nacional Agraria, con participación activa en la vida política del país. Teníamos en la costa fundamentalmente, grandes ingenios azucareros que producían y exportaban azúcar; así como algodón y podíamos auto abastecernos con productos de pan llevar. En el caso de la sierra existía una notable producción ganadera destacando los departamentos de Cajamarca, Puno, Cusco y Junín, produciéndose además maíz, papa, oca, quinua, cañihua, etc.

3-) La reforma fue radical, casi el 64% de superficie agrícola fue afectada, y todo el país fue declarado zona de reforma agraria. Hay que reconocer que los objetivos nunca estuvieron claros, se buscó evitar mayores conflictos sociales y modernizar el campo, se dejó sin atención a los minifundistas, las haciendas azucareras de la costa y de la sierra se convirtieron en cooperativa o empresas de propiedad social básicamente.

4-) Los ideólogos y mentores de la reforma agraria consideran como logros de la misma el que se eliminó el latifundio y en consecuencia a la oligarquía peruana, democratizando la propiedad rural, bajo el conocido lema "que la tierra es de quien la trabaja" y que "el patrón no ganara más con el sudor de la frente del campesino".

5-) ¿Cual es el balance de la Reforma Agraria? Considero sin temor a equivocarme y dada mi experiencia en esta materia, que fue una de las más grandes tragedias económicas, políticas y sociales de nuestro país en el siglo XX. Nadie estaba en contra de una reforma agraria que fuera justa y razonable, sin embargo en lugar de evitar ciertos conflictos entre hacendados y campesinos, dictando las normas laborales correspondientes, así como de reordenamiento de la extensión de los campos, se optó por lo más fácil: la demagogia y el abuso del poder, quitando la propiedad a unos para dársela a otros, constituyéndose las Cooperativas y Sociedades Agrícolas de Interés Social, manejadas por cúpulas dirigenciales politizadas, que buscaron su propio beneficio, por encima del de los campesinos a quienes representaban, y a quienes debían beneficiar, sin idea de lo que es invertir en el campo y deteniendo todo avance tecnológico que trajo consigo la paulatina disminución de la tierra agrícola en producción. Y es que se regaló tierra a quien no sabía como hacerla producir de manera rentable; como consecuencia de ello el nivel de vida de los trabajadores del campo comenzó a bajar, se produjo una incesante migración a la ciudad y los pocos campesinos que quedaron se vieron condenados a trabajar sus tierras sin incentivos ni apoyo del Estado, ya que no tuvieron asistencia técnica ni crediticia oportuna, ni canales de comercialización, ni una equitativa distribución de las aguas de regadío, ni seguridad policial lo que los llevó a formar las "rondas

campesinas" para su salvaguarda y la de sus bienes.

6-) No está demás mencionar que fueron excluidos de la Ley de Reforma Agraria, cerca de un millón de minifundistas, miles de campesinos se quedaron sin tierras, así como las comunidades campesinas y nativas, y las mujeres (no jefas de familia), ni se respetaron los mínimos inafectables en parcelas directamente conducidas por sus propietarios, a quienes se les dejó en la indigencia, ya que en una gran mayoría de casos aún no se ha cancelado el valor de los Bonos de la Deuda Agraria, como lo ha dispuesto el Tribunal Constitucional, por sentencias 0022-1996-AI (Colegio de Ingenieros del Perú) y 0015-2001-AI / 0016-2001-AI / 0004-2002-AI (acumulados) (Defensoría del Pueblo y Colegio de Abogados de Ica), y los ex-propietarios de predios agrícolas se han visto precisados a iniciar juicios para su pago, bloqueando registralmente la inscripción de los terrenos en favor de los nuevos beneficiarios en los Registros de la Propiedad Inmueble.

7-) Lo que ocurrió en suma es que de las cerca de 10 millones de hectáreas repartidas a favor de Cooperativas, Sociedades Agrícolas de Interés Social y en menor medida Comunidades Campesinas, se terminaron parcelando o reestructurando y la actividad agropecuaria quedó subordinada al triste papel de proveedora de productos baratos de pan llevar para las ciudades; siendo el caso que de ser un país exportador y que se autoabastecía, pasó a ser uno que importaba alimentos como arroz, azúcar, incluso subsidiados. Se liquidaron los mecanismos existentes para proveer a la pequeña agricultura de crédito, apoyo tecnológico y sistemas de comercialización, situación que sigue presentándose hasta el presente, al no haber un sistema tributario beneficioso (CERTEX), para los productos no tradicionales de exportación.

8-) En 1976 ocurrió un proceso de desaceleración de la Reforma Agraria, siendo el caso que, con la Constitución de 1979 se inició su desmontaje. Durante la década de 1980 se dictó el Decreto Legislativo 02, Ley de Promoción y Desarrollo Agrario, de fecha 17 de noviembre de 1980, se parcelaron las Cooperativas, y surgió en nuestro país la violencia terrorista encabezada por los nefastos y genocidas movimientos de Sendero Luminoso y el MRTA, contribuyendo aun más con la salida de campesinos y el abandono de las tierras, quedando zonas liberadas, presas del narcotráfico, como se verá en los siguientes párrafos.

9-) En la década de los 90 se pone fin a la Reforma Agraria, dictándose el Decreto Legislativo 653 por el que se liberalizó la propiedad agraria, la nueva Constitución de 1993, elimina radicalmente la misma. Se dicta la Ley de Tierras en 1995, por la cual se da garantías al propietario de las mismas. Se da atención al saneamiento de las propiedades, se desactiva de manera arbitraria y absurda la justicia agraria en 1996, pese a que en nuestro país existe una gran cantidad de tierras de cultivo y personas vinculadas al campo cuyos conflictos y controversias deben ser conocidos por una magistratura especializada como lo fue la jurisdicción agraria en su momento, debiendo la Comisión Ejecutiva del Poder

Judicial, reincorporar la misma a nuestro sistema de justicia, tal como se señala en el art.24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

10-) El sector modernizado y con visión exportadora, actualmente es el Agroexportador vinculado fundamentalmente a la costa, sin embargo cerca del 50% de la población del país según FONCODES se encuentra en situación de pobreza y pobreza extrema. Casi las dos terceras partes de la población rural en situación de pobreza (33% pobres y 32% pobres extremos).

11-) Existen sin duda muchos problemas pendientes que los podríamos resumir en los siguientes: hay minifundismo y fragmentación de la tierra, falta de saneamiento de la propiedad de las comunidades campesinas y de los particulares, conflictos con las empresas mineras, problemas de linderos y medio ambientales, etc., lo que ha llevado en consecuencia al campesino al aumento de las áreas de cultivo de la coca, por ser más rentable y requerir de menores labores culturales (sembrío, abonos, insecticidas) etc.

12-) Es sabido por todos que la hoja de coca tiene una milenaria tradición en nuestro país, el cultivo y la producción de la misma, servían en principio para atender la demanda interna (para usos ancestrales, tradicionales y religiosos), y se exportaba legalmente un volumen reducido, y es que esta planta crece en arbustos en forma silvestre. En la década del 60 al 70 se produce un incremento en el mercado internacional del mercado de drogas, lo que motivó incluso que las Naciones Unidas aprueben la Convención Unica sobre Estupefaciente, el 30 de marzo de 1961, reconociendo "que la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad".

13-) El abandono del campo como se ha reseñado anteriormente trajo consigo el descuido de este importante sector social que fue presa del narcotráfico. El campesino comenzó a sembrar y vender coca al narcotraficante para pasar de una situación de muy pobre a pobre o menos pobre, el auge de los grupos subversivos aunados al narcotráfico permitió que libremente se produzca y comercie este nefasto producto, a vista y paciencia de las autoridades y de todos nosotros. Demás está señalar que la ausencia de vías de comunicación, precios de refugio, política agraria adecuada, seguro agrario, inevitablemente contribuyen con el agravamiento de este mal, por lo que el incremento de nuevas áreas cocaleras a lo largo de la cadena de valles de los principales ríos como el Huallaga, Apurímac, Ene, Ucayali y Urubamba, configuran una problemática socioeconomica compleja que debemos enfrentar, constituyendo el gran reto de nuestro siglo.

14-) El Estado Peruano decidió luchar contra el narcotráfico, y asumió como uno de sus compromisos reducir las áreas de cultivo de la hoja de coca. Existen dos modalidades de erradicación: a) la erradicación forzada, que provoca una confrontación social y violencia innecesarias y; b) la reducción gradual y voluntaria

concertada con los productores cocaleros, recibiendo a cambio beneficios económicos y sustitución por cultivos alternativos.

15-) Estos programas de desarrollo alternativo abarcan además la agroforestería, reforestación y ecología, servicios comunales, piscicultura, cultivos sostenibles, crianza de animales menores y ganadería entre otras actividades

16-) Considero necesario enfatizar que aún cuando, de conformidad con la política y la legislación nacional vigentes, resulta plenamente válido proceder a la erradicación de los cultivos de hoja de coca ilegales, es decir, aquellos realizados por personas o en predios no empadronados por ENACO S.A. hasta 1978 o aquellos realizados, por ejemplo, en bosques protegidos, reservas naturales u otras áreas protegidas por ley, es preciso que el Estado tenga presente que, de conformidad con el artículo 88° de la Constitución, tiene la obligación de apoyar preferentemente el desarrollo agrario.

17-) Sin embargo, es obligación del Estado proteger y asistir a las personas que se vean social y económicamente afectadas como consecuencia de la aplicación de dicha política, mediante el diseño, implementación y ejecución de eficaces programas de desarrollo agrario alternativo sostenible, de manera tal que los cultivos de hoja de coca puedan ser reemplazados por productos agrarios y/o acuícolas de similar o mayor rentabilidad comercial. Lo cual es propio del desarrollo integral (artículos 44° y 188° de la Constitución) y, en particular, del desarrollo agrario, cuyo apoyo preferente, es exigido por el artículo 88° de la Norma Fundamental.

18-) Es evidente y creo que nadie puede ocultar el hecho de que en todo el mundo el tráfico de drogas está en aumento y nuestro país es uno de los productores importantes, a pesar de todos los intentos para tratar de reducir este flagelo de la humanidad, incluso se ha llegado al extremo de querer utilizar una guerra biológica a través del denominado *hongo fusarium*, lo que en su momento desencadenó una enorme movilización internacional de rechazo, ya que estos hongos no solo representan un franca violación a la proscripción mundial de armas biológicas, sino que además son peligrosos para el medio ambiente, y representan una seria amenaza para la agricultura y la vegetación de los diversos ecosistemas, al ser usados en forma indiscriminada y afectando por ende los terrenos de cultivos contiguos a los sembríos de coca.

19-) No está demás transcribir, por la importancia del funcionario que lo dice, la noticia publicada en una nota de la BBC Mundo en su página web, publicada en fecha 06 de agosto de 2004: "Guerra contra las drogas "fracasó": el Zar Antidrogas de Estados Unidos Jhon Walters admitió que la política de Washington para combatir el tráfico ilegal de estupefacientes en América Latina no ha funcionado. Walters dijo que los miles de millones de dólares invertidos a lo largo de muchos años han fallado en su intento de frenar el flujo de cocaína producida en América Latina, en las calles de Estados Unidos".

20-) En consecuencia de acuerdo a los fundamentos antes expuestos, considero que es un deber ineludible exhortar al Poder Ejecutivo y al Congreso de la República para que adopten todas las medidas necesarias para concretar, en el más breve plazo posible, el Programa de Desarrollo Alternativo previsto en el punto IV.C de la Primera Actualización de la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2002-2007, aprobada por Decreto Supremo N.º 006-2005-PCM. En tal sentido, de conformidad con los lineamientos de la política de dicha estrategia, corresponderá, entre otras acciones, promover el desarrollo alternativo sostenible en los ámbitos del programa mediante actividades lícitas y el mejoramiento de los servicios sociales, de infraestructura y otros que eleven el nivel de vida de la población; propiciar las condiciones adecuadas para alentar la actividad privada a través de proyectos de impacto económico, social y ambiental, con la participación de los gobiernos regionales, locales y organizaciones de base; facilitar el acceso de productos competitivos procedentes de la actividad agropecuaria, acuícola, y servicios rentables a mercados de nivel local, regional, nacional e internacional; priorizar programas de crédito para proyectos productivos rentables de pequeña y mediana escala en los ámbitos del programa; así como para las pequeñas empresas ubicadas en dichos ámbitos, realizando coordinaciones sectoriales, regionales y locales pertinentes; desarrollar proyectos de generación de mano de obra temporal paralelo a los programas de erradicación y auto-erradicación, a fin de no presentar vacíos en la generación de los ingresos familiares; y considerar la participación de la población en los programas y proyectos, especialmente de las Comunidades Nativas a fin de mejorar sus condiciones de vida y evitar el incremento de cultivos de coca en forma ilegal y sin control estatal.

SR.

BARDELLI LARTIRIGOYEN

**EXP. N.º 0020-2005-PI/TC Y EXP. N.º 0021-2005-PI/TC
LIMA**

Presidencia Del Consejo De Ministros

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO JUAN
FRANCISCO VERGARA GOTELLI**

Estando conforme en la argumentación para el rechazo de las normas cuestionadas por inconstitucionalidad (Ordenanzas Regionales de Cusco y Huánuco) y en la parte resolutoria de la presente sentencia, mas no en el aspecto formal en cuanto en la redacción se utiliza el denominado "pie de página" por considerarlo impropio para una sentencia, pues debo recordar que la palabra Sentencia, que proviene del Latín Sententia y que según la Real Academia Española significa: "dictamen o parecer que alguien tiene o sigue", es producto del análisis y contraste del petitorio, los hechos, el derecho, las pruebas aportadas y, en aplicación real del principio de intermediación, que le permite al Juez, luego de conocer a las partes, formarse un Juicio (entiéndase como Juicio la facultad del alma por la que el hombre puede distinguir

entre el bien y el mal, lo verdadero y lo falso), utilizando no solo el conocimiento que la ciencia del derecho le brinda a los operadores jurídicos, sino que necesariamente pone en práctica toda su experiencia personal en busca de la verdad real; sólo así se explica que la sentencia contenga el SENTIMIENTO del Juez.

Considero pertinente agregar mediante Voto Singular las siguientes razones:

En el Perú las medidas tendentes al control de la producción de la Hoja de Coca, producto agrícola básico para la elaboración de la Cocaína, y extinción de los mecanismos de producción ilegal de dicha droga a través del Programa de Desarrollo Alternativo señalado en el punto IV.C de la Primera Actualización de la Estrategia Nacional de Lucha Contra las Drogas 2002-2007, aprobado por el Decreto Supremo N.º 006-2005-PCM, a que se refiere el Colega Bardelli Lartirigoyen en su Voto Singular, tampoco tiene éxito hasta la fecha, pues por la imposibilidad actual de hacer efectiva la política de erradicación de la hoja de coca a través de la obtención de productos alternativos que garanticen la elevación económico-social del sector de la población entregada muchas veces a la producción y venta de la coca con fines delictuales, dicho sector agrario de importantes valles de la selva peruana sigue empobrecido y sometido por necesidad a las imposiciones criminales del narcotráfico internacional.

La historia nos enseña que desde época remota del Tahuantinsuyo, el poblador pre-hispano de las tierras que conforman el Perú de hoy tuvo predilección por el cultivo de la coca, producto de aceptación social plena en uso total e indiscriminado que incluyó al sector de la nobleza y a los propios Incas, por sus reconocidos valores benéficos para la salud y el trabajo, significando el uso de dicho producto una habitualidad elevada a afirmaciones de carácter religioso que implica tradición y cultura. Es por esto que los Españoles, y luego la República, no pudieron imponer políticas de extinción llevadas a extremos de descalificación de la práctica del consumo de dicho producto, de aceptación milenaria, admitido total o mayoritariamente por el hombre andino en razones diversas no siempre bien consideradas por la incomprensión de una sociedad centralista que desde Lima desconoció la realidad social del Perú Profundo.

Dicha realidad afirma que en el siglo XXI el hombre andino del Perú, mayoritariamente, así como algunas etnias selváticas viven la habitualidad del consumo de la hoja de coca, lo que trae como consecuencia inmediata la necesidad de una producción a la que se entrega el trabajador del campo en conocidos valles de la selva, tierras con destino casi exclusivo a tal cultivo por la rentabilidad impuesta por factores que nos dicen de enormes dificultades para el diseño y ejecutabilidad de un plan de desarrollo a partir de la obtención de productos alternativos, como el previsto por el gran país del norte y considerado como propio por "Devida". Este estado de cosas se agudiza con el imperio de los narcotraficantes ante la imposibilidad económica del Estado de comprar,

a través de ENACO, organismo creado para tales efectos, toda la producción de coca cosechada en el territorio nacional. Esta es la realidad histórica y la realidad del Perú actual: un país con grandes sectores sociales entregados al consumo y, por ende, a la producción de coca en razones de necesidad económica, histórica y cultural; un Estado impotente para revertir dicho destino a través de la implantación de productos alternativos; y el aprovechamiento de esta situación por narcotraficantes que alimentan el avance del delito a nivel internacional.

Considero por ello que la presente sentencia precisa con suficiente claridad en sus puntos 67 y siguientes hasta 90 inclusive, la determinación del órgano competente para declarar bienes como patrimonio cultural, frente al artículo primero de las Ordenanzas Regionales de Cusco y Huánuco respectivamente, materia del cuestionamiento de inconstitucionalidad, y en sus puntos 92 y siguientes hasta 124 inclusive, el rechazo de la declaración de legalidad del cultivo de la hoja de coca en los valles referidos en el artículo segundo la Ordenanza Regional del Cusco y primero de la Ordenanza adicional - conexas de la Región Huánuco -, estableciendo los lineamientos que competen al Estado Peruano en la lucha contra el tráfico de drogas, tanto en el orden interno cuanto a nivel internacional, con indicaciones de vacíos y carencias y, a la vez, con sugerencias para acciones de necesidad y urgencia, concluyendo asimismo con el rechazo del artículo tercero, también cuestionado, de la referida Ordenanza Regional del Cusco, que declara a la planta de la hoja de coca como bien económico transmisible y sucesorio del campesinado habitante de las zonas señaladas en el citado artículo segundo de la ordenanza en análisis, tratamiento que comparto en su integridad con la salvedad de lo que dejo expuesto en lo referente al aspecto formal de su redacción.

Empero, frente al estado actual que advertimos surgen algunas interrogantes que es menester absolver ¿Hasta donde la necesidad de los Gobiernos Regionales de legislar sobre estos temas en la forma en la que lo han hecho conociendo la habitualidad del consumo de hoja de coca de los pobladores de las zonas señaladas en las ordenanzas en cuestión y el peligro que podría entrañar dichas disposiciones sobre temas tan delicados por el aprovechamiento, sin duda, de los narcotraficantes?

Toda ley se da en razones de necesidad histórico - sociales presentes en una comunidad determinada que, en la oportunidad debida, pretende imponer a todos los miembros de dicha sociedad un nuevo comportamiento, una conducta homogénea frente a temática que el legislador considera benéfica al interés general.

Por las razones que se exponen en la sentencia se evidencia que tal necesidad no existía y, por tanto, los dispositivos legales cuestionados resultan, por una parte, ociosos por reiterativos e inútiles, y por otra, irritos por provenir de organismos internos autónomos pero sin facultades competenciales para ello, no obstante las deficiencias y vacíos en la legislación y tratamiento de la temática referida que, como queda dicho, constituyen

cargas para el Gobierno Central, hasta hoy no atendidas en la medida de sus exigencias por un Estado poco eficiente.

Sin embargo, el afán vitando que presumiblemente ha llevado a los Gobiernos Regionales demandados a este tipo de comportamiento, que peligrosamente podría ser explotado por los interesados en la producción de la hoja de coca para uso ilegal, debemos entenderlo como actitudes personalísimas de connotación electoral ajenas a servir a dicho interés proscrito por la ley y la moral. En esencia, entonces, las disposiciones cuestionadas no pueden subsistir dentro del ordenamiento jurídico de la nación por las distorsiones precedentemente expuestas.

Estoy de acuerdo con el colega Bardelli Lartirigoyen en cuanto en su voto singular exhorta al Poder Ejecutivo y al Congreso de la República a adoptar las medidas necesarias para concretar en el más breve plazo posible el Programa de Desarrollo Alternativo previsto en el punto IV.C de la Primera Actualización de la Estrategia de la Lucha contra las Drogas 2002-2007, aprobada por Decreto Supremo 006-2005-PCM. Agrego mi pesar por el fracaso evidente de la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas (DEVIDA), Organismo Público Descentralizado adscrito al sector de la Presidencia del Consejo de Ministros, encargada de diseñar y conducir la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas que incluye la facultad de percepción de los fondos de Cooperación Internacional destinados a la Lucha contra las Drogas, institución que desafortunadamente aparece convertida en un monumento al burocratismo ineficaz, impotente para propiciar la solución al problema nacional de la producción de cultivos para fines ilícitos, principalmente el de la hoja de coca, desde una perspectiva social amplia que propugne la reducción progresiva de su cultivo y la implantación de los productos alternativos que la reemplace.

No podemos aceptar tampoco la política injusta de naciones amigas, dirigida a un irracional arrasamiento de los cultivos de coca en el Perú y demás naciones andinas productoras, sin privilegiar como debieran, la lucha frontal en esas sociedades contra los consumidores de drogas, que son los que propician a través de altos precios el destino ilegal de nuestro producto de consumo histórico benéfico para grandes sectores de nuestros pueblos

**SR.
VERGARA GOTELLI**

¹¹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas Ediciones, 2000, p. 286.

¹² STC 0032-2004-AI, Fundamento 2.

¹³ STC 0002-2005-AI, Fundamento 2; Resolución N.º 0020-2005-AI, Fundamento 4.

¹⁴ Recuérdese que el artículo 83º del Código Procesal Constitucional permite revivir procesos fenecidos con violación de los derechos fundamentales de las personas

en materias que versen sobre materia penal o tributaria.

¹⁵¹ Zagrebelsky, Gustavo. *¿Derecho Procesal Constitucional?*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. N.º IV, diciembre, 2001. Lima: Estudio Monroy, p.402.

¹⁶¹ Op. cit. p. 404.

¹⁷¹ STC 0004-2004-AI, acumulado. Fundamento 2.

¹⁸¹ STC 0007-2002-AI/TC, Fundamento 5.

¹⁹¹ STC 0041-2004-AI, Fundamento 10.

¹⁰¹ Muñoz Machado, Santiago. *Derecho Público de las comunidades autónomas*. T. I. Madrid: Civitas, 1982, pp.72 y ss.

¹¹¹ STC 0013-2003-CC, Fundamento 10.3.

¹²¹ Hans Kelsen, *Teoría general del Estado*. México: UNAM, 1965, p. 215.

¹³¹ Artículo 188º de la Constitución.

¹⁴¹ Prélot, M. *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, 1972, p. 241. Citado por: Ferrando Badía, Juan. *El Estado unitario, el Estado federal y el Estado regional*. Madrid: Tecnos, 1978, p. 46.

¹⁵¹ Op. cit., p. 53.

¹⁶¹ De Vega, Pedro. Poder Constituyente y Regionalismo. En: *Federalismo y regionalismo*. Gurmésindo Trujillo, compilador. Madrid, 1979, p. 354.

¹⁷¹ STC 002-2005-AI, Fundamento 48.

¹⁸¹ STC 0007-2002-AI, Fundamento 11.

¹⁹¹ Cfr. Primera Actualización de la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2002-2007; aprobada por Decreto Supremo N.º 006-2005-PCM; en especial, el subtítulo *De los usos tradicionales de la hoja de coca en el Perú*.

²⁰¹ Llorens, José Antonio. *Análisis de la Encuesta DEVIDA-INEI*. En: *El consumo tradicional de la hoja de coca en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, pp. 20-21.

²¹¹ Fuente: INEI – Encuesta Nacional de Hogares sobre Consumo Tradicional de Hoja de Coca – 2003.

²²¹ Llorens, José Antonio. *Uso Tradicional de la Hoja de Coca en el Perú*. En: *El consumo tradicional de la hoja de coca en el Perú*. Op. Cit. pp. 132-133.

²³¹ STC 0042-2004-AI, Fundamento 2.

²⁴¹ Kelsen, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona: Editorial Labor, 1977, p. 71.

²⁵¹ Cabe señalar que al 12 de septiembre 2005, veintinueve Estados han ratificado ya la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Oral e Inmaterial. El tratado entrará en vigor tres meses después de que un trigésimo Estado parte deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión a la misma. Sin embargo, las definiciones empleadas por dicha convención, son empleadas como referencia en la medida que responden a una rigurosidad técnica, además, de ser expresión de la *opinio iuris* de los Estados en el ámbito de la comunidad internacional.

²⁶¹ Convenio sobre la Diversidad Biológica, que constituye uno de los cinco documentos presentados a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 (Cumbre de Río), en la cual se reconocen los derechos soberanos de los países sobre sus recursos naturales.

²⁷¹ Ver el Preámbulo de la Decisión 523 de la Comunidad Andina, Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino, dada en la ciudad de Lima, el 7 de julio de 2002.

²⁸¹ Cfr. STC 0019-2005-PI, Fundamentos 59 y ss.

²⁹¹ Fuente: "Perú: monitoreo de cultivos de hoja de coca", junio de 2005, ONU.

³⁰¹ *La comercialización de hoja de coca en el Perú: Análisis del Comercio Formal*. Informa Final. Grade. Junio, 2005.



B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

Exp. N° 1124-2001-AA/TC [Proceso de Amparo promovido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú. Sobre el despido arbitrario, el derecho al trabajo y la libertad sindical].

Fecha de Resolución: 11 de julio de 2002

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 11 de setiembre de 2002

Resumen: En el presente caso el Tribunal Constitucional advirtió que Telefónica del Perú S.A.A. había procedido al despido de las personas afiliadas a los sindicatos demandantes sobre la base de lo establecido en el artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral y el Decreto Supremo N° 003-97-TR, tal como lo constata en las respectivas cartas de despido. Por lo que el Colegiado centró su análisis en determinar si dicho dispositivo era o no compatible con la Constitución, a efectos de establecer si el acto de despido cuestionado resultaba lesivo o no de los derechos fundamentales alegados por los demandantes: la libertad de sindicación y el derecho al trabajo.

El Tribunal expresó que la libre sindicalización es un derecho reconocido a nivel constitucional y por los instrumentos internacionales de derechos humanos, por tanto, su promoción y protección es responsabilidad del Estado. Asimismo, señaló que el contenido esencial del derecho al trabajo, regulado en el artículo 22° de la Constitución, implica dos aspectos: Por una parte el de acceder a un puesto de trabajo y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Además, el artículo 27° de la Constitución establece que la ley otorgará "adecuada protección frente al despido arbitrario". Sin embargo, precisó que dicho mandato constitucional al legislador no puede interpretarse como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Pues, en opinión del Colegiado, si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se debe ejercer respetando el contenido esencial del derecho constitucional.

Dentro de esta línea de análisis, también señaló que el segundo párrafo del artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización "como única reparación". Es decir, no prevé la posibilidad de reincorporación, lo que a juicio del Colegiado resulta incompatible con la Constitución, siendo los fundamentos que expusieron los siguientes:

a. Uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, por tanto el artículo 34°, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional.

b. La forma de aplicación de esta disposición por la empresa demandada evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral. Ese desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, pro operario y los contenidos en el artículo 23° de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de derecho que se desprende de los artículos 43° ("República" "social") y 3° de la Constitución, respectivamente.

c. La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto *ab initio* inválido por inconstitucional.

Verificada dicha situación de inconstitucionalidad, el Colegiado procedió a evaluar la aplicación del control difuso, en este caso concreto, en virtud de lo establecido en el artículo 138º, segundo párrafo de la Constitución, y del artículo 3º de la derogada Ley N° 23506, que también lo autorizaba.

En este sentido, remarcó que siendo el control difuso un acto complejo en la medida en que significa preterir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado, su ejercicio requiere de ciertos presupuestos para que sea válido. Así, en el presente caso, el Colegiado observó el cumplimiento de estos tres presupuestos: a) el acto de despido realizado por el empleador se sustenta en la norma contenida en el citado artículo 34º (segundo párrafo); b) la constitucionalidad o no de esta norma es relevante para la resolución del proceso debido a que los despidos tienen como fundamento el artículo 34º (segundo párrafo); y, finalmente, c) el hecho de que no es posible interpretar el citado artículo de conformidad con la Constitución, pues resulta evidentemente inconstitucional.

Por tanto, concluyó que al haber efectuado Telefónica del Perú S.A.A. los despidos de acuerdo con un dispositivo inconstitucional como el citado artículo 34º, segundo párrafo, dichos actos resultan nulos. Procediendo a revocar la sentencia de vista y declarar fundada la acción de amparo e inaplicable el referido artículo; ordenando, además la reincorporación al trabajo de las personas afiliadas a los sindicatos demandantes y disponiendo que la empresa demanda se abstenga de continuar con el ejercicio de lo establecido por el citado artículo 34º respecto de los afiliados que continúan trabajando.

Temas Claves: Contenido esencial de la libertad de sindicalización - contenido esencial del derecho al trabajo - control difuso de normas - derecho a la sindicalización - derecho al trabajo - despido arbitrario - efectos *inter privatos* de derechos constitucionales - interpretación constitucional conforme al derecho internacional - interés colectivo.

EXP. N.º 1124-2001-AA/TC

LIMA

SINDICATO UNITARIO DE TRABAJADORES DE TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A. y FETRATEL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los once días del mes de julio de dos mil dos, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra la sentencia expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de

fojas seiscientos setenta y siete, su fecha nueve de marzo de dos mil uno, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Los recurrentes, con fecha 29 de mayo de 2000, interponen acción de amparo contra las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A., con el objeto de que se abstengan de amenazar y vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores a los cuales representan, en virtud de la aplicación de un Plan de Despido Masivo contenido en un Resumen Ejecutivo elaborado por la Gerencia de Recursos Humanos de la primera de las demandadas.

Sostienen que se han vulnerado los derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, al debido proceso, a la legítima defensa, al trabajo, a la libertad sindical y a la tutela jurisdiccional efectiva de los trabajadores de Telefónica del Perú S.A.A, dado que ésta ha iniciado una política de despidos masivos con el propósito del "despido de la totalidad de trabajadores sindicalizados".

Acompañan como anexo una lista de setenta y siete trabajadores, alegando que ha sido elaborada por la primera accionada, en la que se encuentra una relación del personal a ser "desvinculado" de ésta.

Contestan la demanda Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A. Esta última propone las excepciones de representación defectuosa e insuficiente de los demandantes y de caducidad y falta de legitimidad para obrar del demandado. En cuanto al fondo de la controversia, afirman que no existe ninguna amenaza de cierta e inminente realización. La primera de las demandadas señala que no se conoce la autoría del "resumen ejecutivo", dado que es un documento sin firma, lo mismo que la relación del personal a ser "desvinculado". Indica también que, incluso suponiendo que el primer documento haya sido efectivamente elaborado por ella, sólo contiene "propuestas" y no una decisión adoptada. Agrega que, siguiendo el argumento de las demandantes, a esa fecha ya se debían haber producido los ceses y que, sin embargo, ello no ha ocurrido, quedando demostrado que el denominado "plan de despido masivo" sólo existe en la imaginación de los accionantes.

El Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público, con fecha diecisiete de julio de dos mil, declaró infundadas las excepciones propuestas y fundada la demanda, considerando que -a partir de la copia del resumen ejecutivo, junto con la totalidad de documentos presentados por los demandantes, tales como aquellos que señalan la transferencia del personal a filiales en nuevas condiciones laborales que conllevan la pérdida de derechos de sindicalización- se demuestra la amenaza de violación a los derechos constitucionales de los accionantes.

La recurrida, confirmando en parte la apelada, declaró infundadas las excepciones de representación defectuosa e insuficiente de los demandantes y de caducidad, pero la revoca en los demás extremos, declarando fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado propuesta por Telefónica Perú Holding S.A., e improcedente la acción de amparo, considerando fundada la tacha presentada por Telefónica del Perú S.A.A. contra la calidad de medio probatorio del "resumen ejecutivo", indicando que, si fuese un documento que ella elaboró, se habría obtenido ilícitamente, puesto que tiene el carácter de "confidencial". Añade que en el caso concreto no está acreditada la amenaza, porque "el cese de trabajadores debió anunciarse en el mes de abril de dos mil, antes de incoarse la presente acción, hecho que no se ha contravenido en autos".

FUNDAMENTOS

Petitorio de la demanda

1. El objeto de la demanda es que las demandadas "se abstengan de amenazar y vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores afiliados a [sus] sindicatos, en virtud de la aplicación de un ilegal Plan de Despido masivo, contenido en un Resumen Ejecutivo elaborado por la Gerencia de Recursos Humanos (...), cuya inminente ejecución afecta [sus] derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a trabajar libremente, a la legítima defensa, al trabajo, a que ninguna relación

pueda limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o bajar la dignidad del trabajador, al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, a la adecuada protección contra el despido arbitrario, a la libertad sindical, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva".

2. Si bien la demanda inicialmente se sustentaba en la amenaza de despido de los demandantes, esta circunstancia ha variado, dado que desde la fecha de inicio del presente proceso hasta la fecha se ha producido, sucesivamente, el despido de numerosos trabajadores, tal como se constata en las documentales obrantes en el cuadernillo de recurso extraordinario y respecto a lo cual las propias partes demandadas han expuesto lo que conviene a su derecho. Este despido se ha producido en sucesivas etapas, por lo que la controversia sobre la certeza e inminencia de la presunta amenaza carece de sentido. Por este motivo, no tiene objeto centrar el análisis en el resumen ejecutivo como amenaza, por lo que se procederá a evaluar el acto mismo de despido.

3. No es competencia de este Tribunal Constitucional, ni materia propia de un proceso constitucional como el amparo, analizar si el acto cuestionado se ha efectuado en términos o no de la ley correspondiente, puesto que ello constituye un asunto de mera legalidad ordinaria y, desde ese punto de vista, competencia propia de los juzgados competentes en materia laboral. Por el contrario, el asunto a dilucidarse es determinar si el acto cuestionado constituye o no un acto lesivo de derechos constitucionales, controversia que corresponde al proceso de amparo según lo establece el artículo 200.º, inciso 2), de la Constitución y el artículo 24.º de la Ley N.º 23506.

4. En vista de que sólo son revisables ante este Tribunal los extremos impugnados por la parte demandante a través del recurso extraordinario, no corresponde que este Colegiado se pronuncie respecto de las excepciones de representación defectuosa e insuficiente de los codemandantes, y de caducidad de la demanda, al haber sido declaradas infundadas por la sentencia de vista.

Por otro lado, sí corresponde que se examine la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado propuesta por Telefónica Perú Holding S.A., al haberse impugnado la sentencia recurrida en el extremo que la declaró fundada. Así, este Tribunal considera que al ser planteada la demanda ante la amenaza de ceses masivos de los trabajadores de Telefónica del Perú S.A.A. y en representación de estos, no existe relación material con la empresa Telefónica Perú Holding S.A. que sustente la relación procesal entablada con ella, dado que esta última no es la entidad empleadora.

Determinación del problema planteado en la controversia

5. El problema de la presente controversia reside en determinar si el acto de despido cuestionado resulta lesivo o no de los derechos fundamentales alegados por los demandantes. Implica, fundamentalmente, determinar si se ha afectado: a) la libertad de sindicación y, b) el derecho al trabajo.

Telefónica del Perú S.A.A. ha procedido al despido sobre la base de lo establecido en el artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.º 003-97-TR, tal como se constata en las respectivas cartas de despido. Por esta razón, este extremo de la controversia conduce a determinar si dicho dispositivo es o no compatible con la Constitución, para según ello establecer la validez o no del acto cuestionado.

Los efectos *interprivatos* de los derechos constitucionales

6. La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38° de la Constitución, "Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)". Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional.

7. Esto mismo ha de proyectarse a las relaciones privadas entre empleador y trabajador como el caso de Telefónica del Perú S.A.A. y de los demandantes, respectivamente. Si bien aquélla dispone de potestades empresariales de dirección y organización y, constituye, además, propiedad privada, aquéllas deben ejercerse con irrestricto respeto de los derechos constitucionales del empleado o trabajador. En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable. Es por esto que la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador (art. 23°, segundo párrafo). Es a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador, en todo momento: al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral. Por esta razón, la culminación de la relación laboral por voluntad unilateral del empleador, como en la presente controversia, debe también plantearse tomando como base a la eficacia *inter privatos* de los derechos constitucionales.

Libertad sindical

8. La Constitución reconoce la libertad sindical en su

artículo 28°, inciso 1) Este derecho constitucional tiene como contenido esencial un aspecto orgánico, así como un aspecto funcional. El primero consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales. El segundo consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones. A su vez, implica la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga.

Desde luego, debe entenderse que lo anterior no conlleva a que el contenido esencial del citado derecho constitucional se agote en los aspectos antes relevados. Por el contrario, es posible el desarrollo de ulteriores concretizaciones o formas de proyección del citado derecho constitucional que, en principio, no pueden, como tampoco deben, ser enunciadas de manera apriorística. Los derechos constitucionales albergan contenidos axiológicos que, por su propia naturaleza, pueden y deben desarrollarse, proyectando su *vis expansiva* a través de remozadas y, otrora, inusitadas manifestaciones.

9. De conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos constitucionales deben interpretarse dentro del contexto de los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano en la materia. Según esta norma, estos tratados constituyen parámetro de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución, lo que implica que los conceptos, alcances y ámbitos de protección explicitados en dichos tratados, constituyen parámetros que deben contribuir, de ser el caso, al momento de interpretar un derecho constitucional. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la aplicación directa que el tratado internacional supone debido a que forma parte del ordenamiento peruano (art. 55°, Const.).

10. El aspecto orgánico de la libertad de sindicación se halla reconocido expresamente en el artículo 2° del Convenio N.º 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, precisando que consiste en "el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, (...)". Por otra parte, según el artículo 1°, inciso 2), literal "b", la protección del trabajador contra todo acto que menoscabe la libertad de sindicación se extiende también "contra todo acto que tenga por objeto" "*despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical* o de su participación en actividades sindicales (...)" (cursiva de la presente sentencia).

11. En el presente caso, las personas que fueron despedidas por Telefónica del Perú S.A.A., son miembros del sindicato. Resulta coincidente que las personas con las que la mencionada demandada concluyó unilateralmente la relación laboral hayan sido precisamente las que conforman tanto el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y de la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú. Como se aprecia, es el criterio de

afiliación sindical el que ha determinado la aplicación de la medida de despido. Por esta razón, el acto cuestionado lesiona el citado derecho constitucional en la medida que significa atribuir consecuencias perjudiciales en los derechos de los trabajadores por la sola circunstancia de su condición de afiliado a uno de los mencionados sindicatos. Más concretamente, en este caso, se trató de la lesión de la libertad de sindicación al haberse procedido al despido de personas que tienen la condición de afiliados a los sindicatos antes mencionados; circunstancia que implica la vulneración al citado derecho constitucional, conclusión que resulta clara cuando se tiene en cuenta el contenido de éste a partir o conforme lo establecido por el citado Convenio sobre libertad sindical.

Derecho al trabajo

12. El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22° de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.

Debe considerarse que el artículo 27° de la Constitución contiene un "mandato al legislador" para establecer protección "frente al despido arbitrario". Tres aspectos deben resaltarse de esta disposición constitucional:

- a. Se trata de un "mandato al legislador"
- b. Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección.
- c. No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley.

Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser "adecuado", se está resaltando -aunque innecesariamente- que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. Por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27° como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una "facultad de despido arbitrario" hacia el empleador.

Por este motivo, cuando el artículo 27° de la Constitución establece que la ley otorgará "adecuada protección frente al despido arbitrario", debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que

habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisible.

Para el Tribunal Constitucional no se trata de emplazar el problema desde la perspectiva de la dualidad conceptual estabilidad absoluta y estabilidad relativa y, a partir de ello, inferir que al no haber consagrado la Constitución vigente -como lo hizo su predecesora de 1979- la denominada estabilidad absoluta, toda protección restitutoria ante un despido arbitrario sería absolutamente inadmisible. Por el contrario, planteado en términos de derecho constitucional lo que interesa en el análisis es determinar si el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho al trabajo es o no respetado en su correspondiente desarrollo legislativo. Más precisamente, si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo.

Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.° 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización "como única reparación". No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido *ad nutum* impone sólo una tutela indemnizatoria. Dicha disposición es incompatible con la Constitución, a juicio de este Tribunal, por las siguientes razones:

a. El artículo 34°, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34°, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional.

b. La forma de aplicación de esta disposición por la empresa demandada evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral. Ese desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, pro operario y los contenidos en el artículo 23° de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de derecho que se desprende de los artículos 43° ("República" "social") y 3° de la Constitución, respectivamente. El constante recurso de la demandada a este dispositivo legal es la evidencia de cómo este principio tuitivo desaparece con la disparidad

empleador/trabajador respecto a la determinación de la conclusión de la relación laboral.

c. La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto *ab initio* inválido por inconstitucional.

Si bien, como alega Telefónica del Perú S.A.A., el apartado "d" del artículo 7º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contempla la posibilidad de reparación indemnizatoria, juntamente con la restitutoria, frente al despido arbitrario, debe tenerse en cuenta que el derecho internacional de los derechos humanos enuncia mínimos derechos que siempre pueden ser susceptibles de mayores niveles de protección y no pueden significar, en absoluto, el menoscabo de los derechos reconocidos por la Constitución conforme lo establece el artículo 4º del propio Protocolo antes citado, ni mucho menos cuando ello conlleva al menoscabo del mismo contenido esencial de los derechos constitucionales. La interpretación de éstos debe efectuarse siempre en sentido dirigido a alcanzar mayores niveles de protección. Es por ello que la doctrina sostiene que los derechos constitucionales han de interpretarse como mandatos de optimización.

Es extensible este razonamiento a lo establecido por el Convenio 158 sobre terminación de la relación de trabajo, que, aunque no ratificado y en calidad de Recomendación, prevé también la posibilidad de protección indemnizatoria frente al despido arbitrario.

Control difuso en el proceso constitucional de amparo

13. La Facultad de controlar la constitucionalidad de las normas con motivo de la resolución de un proceso de amparo constituye un poder-deber por imperativo de lo establecido en el artículo 138º, segundo párrafo de la Constitución. A ello mismo autoriza el artículo 3º de la Ley N.º 23506. El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138º de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciado en el artículo 51º de nuestra norma fundamental.

El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preterir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, requiriéndose, para que él sea válido, la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos:

a. Que en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional (artículo 3º de la

Ley N.º 23506).

b. Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia.

c. Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En el presente caso, se cumplen los tres presupuestos: a) el acto de despido realizado por el empleador se sustenta en la norma contenida en el citado artículo 34º (segundo párrafo); b) la constitucionalidad o no de esta norma es relevante para la resolución del proceso debido a que los despidos tienen como fundamento el artículo 34º (segundo párrafo); y, finalmente, c) el hecho de que no es posible interpretar el citado artículo de conformidad con la Constitución, pues resulta evidentemente inconstitucional, conforme se sostuvo líneas arriba.

En el presente caso, al haber efectuado Telefónica del Perú S.A.A. los despidos de acuerdo con un dispositivo inconstitucional como el citado artículo 34º, segundo párrafo, dichos actos resultan nulos.

Tratándose de un interés colectivo el representado por las demandantes, el amparo de la demanda ha de extenderse a los afiliados de los sindicatos afectados o amenazados.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica,

FALLA

confirmando en parte la recurrida en el extremo que declaró **FUNDADA** la excepción de falta de legitimidad para obrar propuesta; y, la **REVOCA** en el extremo que declaró improcedente la demanda, reformándola declara **FUNDADA** la acción de amparo e inaplicable el artículo 34º, segundo párrafo, del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.º 003-97-TR; ordena la reincorporación al trabajo de las personas afiliadas a los sindicatos demandantes que fueron despedidas por Telefónica del Perú S.A.A. y dispone que dicha empresa se abstenga de continuar con el ejercicio de lo establecido por el citado artículo 34º por su incompatibilidad con la Constitución, respecto de los afiliados que continúan trabajando. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución e los actuados.

SS

REY TERRY
REVOREDO MARSANO
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

Exp. N° 0726-2002-HC/TC [Proceso de Hábeas Corpus promovido por Alejandro Rodríguez Medrano. Sobre el tratamiento penitenciario y los derechos de los internos].

Fecha de Resolución: 21 de junio de 2002

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 29 de agosto de 2002

Resumen: En el presente proceso de hábeas corpus el recurrente alegó que el beneficiario de la acción venía recibiendo en el Establecimiento Penal Castro Castro un tratamiento inhumano y con restricción indebida del derecho de defensa y de visita por sus familiares.

Antes de analizar los cuestionamientos alegados, el Tribunal Constitucional hizo una breve explicación sobre los criterios con los que se ha venido considerando los alcances de este remedio procesal (Cf. las sentencias recaídas en los Expedientes N°s 0318-1996-HC/TC y 0590-2001-HC/TC). Así, refirió que si bien el procedimiento de hábeas corpus tiene como propósito esencial, aunque no exclusivo, tutelar al individuo ante cualquier privación arbitraria del ejercicio de su derecho a la libertad individual y, particularmente, de la libertad locomotora. Sin embargo, allí no culmina su objetivo, pues también mediante este remedio procesal puede efectuarse el control constitucional de las condiciones en las que se desarrolla la restricción del ejercicio de la libertad individual, en todos aquellos casos en que esta se haya decretado judicialmente.

Señaló que este tipo de hábeas corpus, denominado en la doctrina como "correctivo", se deriva de la interpretación conjunta de los artículos 5.4 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El primero de ellos, puesto que garantiza el derecho a que los procesados estén separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y que sean sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas; mientras que el segundo, porque garantiza el derecho de contar con un recurso sencillo, rápido y eficaz para la protección de los derechos reconocidos en la Constitución o en la Convención; recurso que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que esencialmente está constituido por el hábeas corpus y el amparo.

Por otro lado, precisó también que el derecho a no ser objeto de tratos inhumanos (cosa distinta al derecho de no ser sometido a torturas, tratos crueles o degradantes), en el ámbito penitenciario, garantizan al procesado o sentenciado que la restricción de su libertad individual, así como la de otros derechos constitucionales no se practique en condiciones de hacinamiento o postración en ambientes pequeños, donde se carezca de las mínimas e indispensables estructuras de higiene, instalaciones sanitarias, entre otros aspectos, tal y conforme se ha establecido en las "Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos", aprobada por el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas, mediante la Resolución N° 663 y sus resoluciones ampliatorias.

Ahora bien, frente al argumento del beneficiario, que las condiciones de su reclusión en el Establecimiento Penal Castro Castro se habrían realizado con violación del derecho de no ser objeto de tratos inhumanos, el Colegiado advirtió de autos que tal situación cesó el día en que fue trasladado, primeramente, al ambiente denominado "tópico", y posteriormente, en horas de la tarde, a un ambiente denominado "de observación". Por tanto, dado que el tratamiento alegado como lesivo habría cambiado, consideró el Colegiado que era de aplicación el inciso 1) del artículo 6° de la derogada Ley N° 23506, puesto que, por un lado, habría cesado la presunta violación de sus derechos constitucionales, y, por otro, esta habría devenido en irreparable.

Se alegó también, en este proceso, la vulneración del derecho a ser separado de los condenados. El Tribunal, observó en este aspecto que tal como fluye de los actuados el beneficiario no venía cumpliendo su internamiento en el mismo ambiente señalado para los sentenciados, sino que habría sido aislado de las personas que tenían la condición de sentenciados, y puesto en un ambiente especialmente acondicionado dotado de una especial seguridad.

Al respecto precisó que si bien el artículo 5.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce como derecho de los procesados el estar separados de los condenados, ello no exige necesariamente que se habilite un establecimiento penal exclusivamente para procesados y otro, también con carácter exclusivo, para los que vienen sufriendo condena penal. Ni siquiera que dentro de un establecimiento penal para condenados y procesados, tengan que estar necesariamente ubicados en edificios distintos. Solo garantiza mínimamente que, dentro de un mismo local, tanto condenados como procesados, deban estar separados.

Finalmente, se alegó la existencia de una arbitrariedad en el traslado del procesado al Establecimiento Penal Castro Castro al no habersele consultado al procesado de dicha medida para prestar o no su consentimiento.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional señaló que el traslado de los internos de un establecimiento penal a otro, no es en sí mismo un acto inconstitucional. Pues, dentro de márgenes sujetos al principio de razonabilidad, las autoridades penitenciarias no sólo pueden, sino que deben adoptar aquellas medidas estrictamente necesarias para preservar los derechos constitucionales de los internos, cada vez que existan elementos razonables que adviertan sobre el eventual peligro en el que éstas se puedan encontrar. Tal como ocurrió en el presente caso, en el que se habría reportado mediante notas informativas y de inteligencia, todas ellas consignadas en la parte considerativa de la Resolución Directoral N.º 924-2001-INPE/17, la existencia de amenazas contra la vida e integridad física de los beneficiarios del hábeas corpus, cuya veracidad, por lo demás, aclaró el Tribunal no le corresponde determinar. Sí, en cambio, afirmó que, existiendo las referidas notas, no se advierte que exista incongruencia entre el acto cuestionado, las medidas adoptadas por la administración penitenciaria y el régimen temporal al que el traslado cuestionado ha sido sometido.

Por último, también precisó que dentro de las atribuciones de la autoridad penitenciaria se encuentra la de velar por la seguridad, el orden y la disciplina que deben observarse al interior de todo establecimiento penal. Por tanto, no consideró irrazonable, sino, antes bien, normal y hasta necesario que se regulen administrativamente los días y horas de visita de los abogados en los penales, no constituyendo dicha medida una vulneración del derecho de defensa.

Temas Claves: Derecho a no ser objeto de tratos inhumanos - derecho de defensa - derecho de los procesados de estar separados de los condenados - hábeas corpus correctivo - obligaciones de la administración penitenciaria - preservación de la vida e integridad física de los internos.

EXP. N.º 0726-2002-HC/TC
LIMA

ALEJANDRO RODRÍGUEZ MEDRANO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los veintiún días del mes de junio de dos mil dos, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Aguirre Roca, Presidente; Rey Terry, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Grimaldo Achaui Loaiza, a favor de Alejandro Rodríguez Medrano, contra la sentencia expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas ciento veintiuno, su fecha trece de diciembre de dos mil uno, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente, con fecha catorce de setiembre de dos mil uno, interpone hábeas acción de corpus a favor de Alejandro Rodríguez Medrano, y la dirige contra el Presidente del Instituto Nacional Penitenciario, don Javier Bustamante, y el Ministro de Justicia, don Fernando Olivera Vega, con el objeto de que se ordene su traslado al Establecimiento Penal San Jorge.

Alega que el once de setiembre de dos mil uno, el beneficiario de la acción fue trasladado violentamente del Establecimiento Penal San Jorge al Penal Castro Castro, donde ocupa un ambiente semejante a una jaula, cerca del lugar de acceso al penal. Refiere que, posteriormente, fue trasladado a una celda de castigo para delincuentes de alta peligrosidad o que tienen mal comportamiento y que dicha celda es un ambiente de aproximadamente doce metros cuadrados (12 m²), en el que se han instalado tres camarotes y donde permanecen seis internos. Añade no tener ducha ni servicios higiénicos ni agua, por lo que considera que se le viene tratando en condiciones infrahumanas.

Asimismo, manifiesta que su traslado al penal de máxima seguridad ha puesto en peligro su vida y su integridad física, pues allí se encuentran personas que fueron sentenciadas por él cuando ejercía funciones jurisdiccionales. Además, señala que las razones de seguridad argumentadas por el Instituto Nacional Penitenciario carecen de sustento, dado que, si éstas realmente existieran, le hubiesen consultado, a fin de que otorgase (o no) su consentimiento. Finalmente, indica que se le ha recortado su derecho de defensa, pues la visita sólo se puede efectuar durante tres días y en determinadas horas.

El Cuarto Juzgado Especializado en Derecho Público, con fecha veinticuatro de setiembre de dos mil uno, declaró

infundada la demanda, por considerar, principalmente, que se ha acreditado que el beneficiario de la acción no ha sido objeto de maltrato y que se encuentra en un ambiente exclusivamente acondicionado para él y otras personas que se encuentran en su misma condición jurídica. Asimismo, se ha desvirtuado que se le haya recortado su derecho de defensa o el derecho de visita de sus familiares, las que han sido objeto, por el contrario, de una adecuación.

La recurrida revocó la apelada, declarando improcedente la demanda por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. Más allá de los detalles de hecho expuestos en los antecedentes de esta sentencia, el recurrente alega que el beneficiario de la acción viene recibiendo en el Establecimiento Penal Castro Castro un tratamiento inhumano y con restricción indebida del derecho de defensa y de visita por sus familiares.

Por ello, antes de evaluar si tales violaciones de sus derechos constitucionales efectivamente acontecen, este Tribunal se detendrá en analizar si el ámbito de protección del hábeas corpus también se extiende al caso de las personas cuya libertad haya sido judicialmente restringida.

Hábeas corpus correctivo

2. El inciso 1) del artículo 200.º de la Constitución Política del Estado ha creado el procedimiento de hábeas corpus como remedio procesal destinado a la protección de la libertad individual y de los derechos conexos con él. Como tal, tiene por propósito esencial, aunque no exclusivo, tutelar al individuo ante cualquier privación arbitraria del ejercicio de su derecho a la libertad individual y, particularmente, de la libertad locomotora. Sin embargo, allí no culmina su objetivo, pues también mediante este remedio procesal puede efectuarse el control constitucional de las condiciones en las que se desarrolla la restricción del ejercicio de la libertad individual, en todos aquellos casos en que esta se haya decretado judicialmente.

3. Ese ha sido el criterio con el que este Tribunal ha venido considerando los alcances del hábeas corpus (Cf. las sentencias recaídas en los Expedientes N.ºs 0318-1996-HC/TC y 0590-2001-HC/TC): en efecto, está dentro del ámbito de su protección evaluar la constitucionalidad de las condiciones en que se desarrolla la detención preventiva ordenada por el juez, pues en estos casos debe observarse que la medida cautelar en cuestión se realice de conformidad con los principios y valores constitucionales y, muy singularmente, con el derecho de dignidad de la persona, y los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

4. Este tipo de hábeas corpus, denominado en la doctrina como "correctivo", se deriva de la interpretación conjunta de los artículos 5.4 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El primero de ellos, puesto

que garantiza el derecho a que los procesados estén separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y que sean sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas; mientras que el segundo, porque garantiza el derecho de contar con un recurso sencillo, rápido y eficaz para la protección de los derechos reconocidos en la Constitución o en la Convención; recurso que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que esencialmente está constituido por el hábeas corpus y el amparo.

5. El derecho de los procesados de estar separados de los condenados, así como a ser sometidos a un tratamiento adecuado en su condición de personas no condenadas, es una exigencia que se deriva tanto del principio de presunción de inocencia que asiste a los procesados, en tanto no exista sentencia condenatoria firme que determine su responsabilidad penal, así como del hecho de que la detención judicial preventiva no se trata de una sanción punitiva, sino de una medida cautelar, de carácter excepcional, que impone la obligación de no restringir la libertad individual "más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no (se) impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no (se) eludirá la acción de la justicia" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Rosero. Ecuador, párrafo 77, en Sergio García Ramírez, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM-CIDH, México 2001, pág. 417). Por tanto, habiéndose cuestionado las condiciones que el beneficiario de la acción viene sufriendo por la privación de su libertad, el Tribunal Constitucional es competente para analizar la controversia planteada con el hábeas corpus de autos.

Derecho a no ser objeto de tratos inhumanos

6. Se ha alegado que las condiciones iniciales en las que el beneficiario venía sufriendo el mandato de detención judicial preventiva fueron inhumanas y degradantes, pues habría sido internado en un ambiente denominado "celda de castigo", especialmente habilitado para delincuentes de alta peligrosidad y/o para el caso en que se observe mal comportamiento dentro de las instalaciones del establecimiento penal.

7. El derecho de no ser objeto de tratos inhumanos no debe confundirse con el derecho de no ser sometido a torturas, tratos crueles o degradantes. Por este último, cuya violación no se ha alegado en el caso, se entiende, de conformidad con el artículo 1.º de la "Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", "todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero, información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia".

8. En cambio, el derecho de no ser objeto de tratos inhumanos se encuentra estrechamente relacionado con el derecho de dignidad de las personas y, particularmente, con los alcances del derecho a la vida digna, ambos reconocidos en los artículos 1.º y 2.º, inciso 1), de la Constitución Política del Estado, respectivamente. El derecho a la vida digna, en lo que hace a las personas privadas de su libertad como consecuencia de la vigencia de un mandato de detención preventiva, así como el derecho a no ser objeto de tratos inhumanos, garantizan, conjuntamente, el derecho de vivir en condiciones de detención compatibles con las necesidades y requerimientos psicosomáticos de todo ser humano portador de dignidad. Se tratan, ambos, de derechos que titularizan todas las personas en su condición de seres humanos, independientemente de si éstas se encuentren privadas del *ius locomotor*, y, por tanto, que vinculan a todos los poderes y dependencias públicas, entre las cuales se encuentra, por cierto, la administración penitenciaria, según se enfatiza en el artículo III del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal.

9. En el ámbito penitenciario, los derechos a la vida digna y a no ser objeto de tratos inhumanos garantizan al procesado o sentenciado que la restricción de su libertad individual, así como la de otros derechos constitucionales no se practique en condiciones de hacinamiento o postración en ambientes pequeños, donde se carezca de las mínimas e indispensables estructuras de higiene, instalaciones sanitarias, entre otros aspectos, tal y conforme se ha establecido en las "Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos", aprobada por el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas, mediante la Resolución N.º 663 y sus resoluciones ampliatorias.

10. Sin embargo, si determinadas condiciones de detención son compatibles o no con el contenido constitucionalmente protegido del derecho, no es una cuestión que siempre pueda evaluarse en abstracto, o considerando la situación de un interno en forma aislada, sino en función de las condiciones en las que los demás internos (procesados o sentenciados) de un mismo establecimiento penal se encuentran. En ese sentido, el derecho de no ser objeto de tratos inhumanos no sólo tiene una vertiente negativa, propia de un derecho reaccional, que se opone al Estado, sino también una faz positiva, en el sentido de que exige de las autoridades estatales competentes fijar y realizar las medidas necesarias destinadas a remover los obstáculos que de hecho impiden el ejercicio irrestricto de los derechos de los reclusos.

11. En el presente caso, y como se ha hecho referencia, el beneficiario del hábeas corpus alega que inicialmente las condiciones de su reclusión en el Establecimiento Penal Castro Castro se realizaron con violación del derecho de no ser objeto de tratos inhumanos. No obstante, y según se desprende del documento obrante a fojas ochenta y nueve, tal situación cesó el día siete de setiembre de dos mil uno, fecha en la que, según expresa el mismo beneficiario, fue trasladado, primeramente, al ambiente

denominado "tópico", para, posteriormente, en horas de la tarde, ser ubicado en un ambiente del pabellón denominado "de observación". Por tanto, dado que el tratamiento alegado como lesivo ha cambiado, resulta de aplicación el inciso 1) del artículo 6.º de la Ley N.º 23506, puesto que, por un lado, habría cesado la presunta violación de sus derechos constitucionales, y, por otro, esta habría devenido en irreparable.

Derecho a ser separados de los condenados

12. Se alega asimismo que, con el traslado efectuado de un establecimiento penal a otro, se habría puesto en peligro la vida y la integridad física del beneficiario. Tal peligro, a su juicio, se derivaría del hecho de que el beneficiario, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, habría condenado a un indeterminado número de personas, cuya privación de libertad precisamente las vendrían cumpliendo en el mismo establecimiento penal donde él se encuentra.

13. No comparte tal criterio el Tribunal Constitucional. Fundamentalmente, porque, conforme se ha acreditado en autos, no viene cumpliendo su internamiento en el mismo ambiente señalado para los sentenciados. Por el contrario, si bien el beneficiario del hábeas corpus se halla recluido en el Establecimiento Penal Castro Castro, un penal destinado para reos de alta peligrosidad sin embargo, se encuentra aislado de las personas que tienen la condición de sentenciados. Incluso, se encuentra separado, en un ambiente distinto al que ocupa el grueso de procesados; esto es, en un espacio especialmente acondicionado, al que se le ha dotado de una especial seguridad, según consta en autos.

14. A estos efectos, cuando el artículo 5.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce como derecho de los procesados el estar separados de los condenados, no exige necesariamente que se habilite un establecimiento penal exclusivamente para procesados y otro, también con carácter exclusivo, para los que vienen sufriendo condena penal. Ni siquiera que, dentro de un establecimiento penal para condenados y procesados, tengan que estar necesariamente ubicados en edificios distintos. Solo garantiza mínimamente que, dentro de un mismo local, tanto condenados como procesados, deban estar separados.

Obligaciones de la administración penitenciaria, preservación de la vida e integridad física de los internos y derecho de defensa

15. Finalmente, se ha alegado que existiría arbitrariedad en el traslado al Establecimiento Penal Castro Castro, pues aduciéndose la necesidad de dispensarle mayor seguridad, sin embargo, no se le consultó de la medida a emplearse, para, de esa manera, prestar o no su consentimiento.

16. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional debe señalar que el traslado de los internos de un establecimiento penal a otro, no es en sí mismo un acto inconstitucional. En efecto, tratándose de personas

privadas legalmente de su libertad locomotor, una obligación de la que no pueden rehuir las autoridades penitenciarias es la de prestar las debidas garantías para que no se afecte o lesione la vida, la integridad física y los demás derechos constitucionales que no hayan sido restringidos. Ello supone que, dentro de márgenes sujetos al principio de razonabilidad, las autoridades penitenciarias no sólo puedan, sino que deban adoptar aquellas medidas estrictamente necesarias para preservar los derechos constitucionales de los internos, cada vez que existan elementos razonables que adviertan sobre el eventual peligro en el que éstas se puedan encontrar.

17. En el caso de autos, se deduce que ha existido razones objetivas en la conducta impugnada a las autoridades penitenciarias. Según se desprende de la Resolución Directoral N.º 924-2001-INPE/17, de fecha diez de setiembre de dos mil uno, el traslado se efectuó con el objeto de garantizar la vida y la integridad física de los internos, ante la inexistencia en el Establecimiento Penal San Jorge de condiciones mínimas que las aseguraran. En mérito de ello, se explica también que la ejecución de la detención preventiva en el Establecimiento Penal Castro Castro, prevista dentro de la necesidad de garantizar aquellos bienes constitucionales, no se haya previsto con el carácter de definitiva, sino con sujeción a un régimen transitorio, lo que supone que una vez removidas las circunstancias que exigieron la adopción de la medida cuestionada, el beneficiario del hábeas corpus volverá al establecimiento penal donde originalmente venía ejecutándose la detención judicial preventiva.

18. A juicio del Tribunal, tal medida no es irrazonable, pues, según se advierte de autos, el traslado cuestionado obedeció a que entre el veintidós de enero de dos mil uno al diez de setiembre del mismo año, se habría reportado mediante notas informativas y de inteligencia, todas ellas consignadas en la parte considerativa de la Resolución Directoral N.º 924-2001-INPE/17, la existencia de amenazas contra la vida e integridad física de los beneficiarios del hábeas corpus. Si estas son ciertas o no, no es un tema que este Tribunal pueda determinar, dada la naturaleza de las notas informativas y, sobre todo, las de inteligencia. Si, en cambio, afirmar que, existiendo las referidas notas, no se advierte que exista incongruencia entre el acto cuestionado, las medidas adoptadas por la administración penitenciaria y el régimen temporal al que el traslado cuestionado ha sido sometido.

19. En ese sentido, si el motivo que impulsó el traslado del beneficiario del hábeas corpus, fue evitar que se lesionen la vida y su integridad, lo congruente es que la administración penitenciaria tenga que prever y ejecutar aquellas medidas necesarias que garanticen los bienes jurídicos que se pretenden proteger. Dicha relación causal ha quedado plenamente acreditada, al haberse ubicado al beneficiario del hábeas corpus, de tal manera que se encuentre separado del resto de la población penal, en un ambiente especialmente acondicionado para él y para otros internos, que cuenta con un servicio de seguridad especial, destinado a preservar y salvaguardar su integridad física, y donde, incluso, la variación de

los días de visita de sus familiares y allegados ha tenido por objeto garantizar su vida e integridad personal. Por tanto, dado que existe congruencia entre los motivos que sirvieron para realizarse el traslado cuestionado y las medidas adoptadas por la administración penitenciaria, el Tribunal Constitucional considera que no es arbitrario el traslado del actor de un establecimiento penal a otro.

20. Por otro lado, el Tribunal Constitucional considera que la falta de consentimiento del beneficiario del hábeas corpus sobre su traslado no es un motivo legítimo para invalidar el acto cuestionado por el recurrente. Como antes se ha dicho, es obligación de la administración penitenciaria realizar y ejecutar las medidas necesarias e indispensables para garantizar la vida e integridad física de las personas que se encuentran bajo su responsabilidad.

21. Por último, queda por evaluar si la medida adoptada tiene por finalidad establecer medidas mucho más restrictivas en el ejercicio de sus derechos, en particular, el derecho de defensa, que se acusa haber sido objeto de restricciones indebidas.

Como el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia recaída en el Exp. N.º 1231-2002-HC/TC, el derecho de defensa garantiza que los justiciables no puedan quedar en indefensión. Como tal, la garantía de no quedar en estado de indefensión se proyecta a lo largo de todo el proceso y, por su propio efecto expansivo, contiene, a su vez, un conjunto de garantías mínimas que en todo momento deben observarse. Entre ellas se encuentra, conforme dispone el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la necesidad de conceder al inculcado el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, el derecho de defenderse a través de un defensor de su elección y, por lo que ahora importa resaltar, el derecho del inculcado de comunicarse libre y privadamente con su defensor.

En el caso de autos, no se alega que al beneficiario del hábeas corpus no se le permita contar y entrevistarse con un abogado de su elección, lo que se viene efectuando, según se corrobora de los documentos obrantes de fojas

once a dieciocho; sino, fundamentalmente, la restricción de los días y horas de aquellas entrevistas.

22. El Tribunal Constitucional considera que no es ilegítimo, por irrazonable o desproporcionado, que la administración penitenciaria haya establecido que los días de entrevista de los internos se realicen durante cinco días a la semana, a excepción de los días martes y viernes, que son días de visita de los familiares; estos últimos, incluso, habilitados de manera distinta de aquellos en los que lo pueden hacer los familiares de los otros internos del mismo establecimiento penal, previstos con el objeto de garantizar la seguridad de los familiares del beneficiario del hábeas corpus.

Tampoco considera que se trata de una restricción indebida, pues es claro que dentro de las atribuciones de la autoridad penitenciaria se encuentra la de velar por la seguridad, el orden y la disciplina que deben observarse al interior de todo establecimiento penal. Por tanto, no siendo irrazonable, sino, antes bien, normal y hasta necesario que se regulen administrativamente los días y horas de visita de los abogados en los penales, el Tribunal considera que no hay lesión del derecho constitucional alegado.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica,

FALLA

REVOCANDO la recurrida, que, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda; y, reformándola, la declara **INFUNDADA**. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS

AGUIRRE ROCA
REY TERRY
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

Exp. N° 1091-2002-HC/TC [Proceso de Hábeas Corpus promovido por Vicente Ignacio Silva Checa. Sobre los alcances de la libertad personal y la detención judicial preventiva].

Fecha de Resolución: 12 de agosto de 2002

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 16 de agosto de 2002

Resumen: El Tribunal Constitucional resaltó que como todo derecho fundamental el de la libertad personal tampoco es un derecho absoluto, pues como establecen los ordinales a) y b) del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución, aparte de ser regulados, pueden ser restringidos o limitados mediante ley. La validez de tales límites y, en particular, de la libertad personal, depende de que se encuentren conforme con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad" (Caso Gangaram Panday vs. Surinam).

En ese sentido, consideró que si bien la detención judicial preventiva constituye una medida que limita la libertad física, por sí misma, ésta no es inconstitucional si existen motivos razonables y proporcionales que la justifiquen. Explicó, que el principio *favor libertatis* impone que la detención judicial preventiva tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional, esto es, cuyo dictado obedezca a la necesidad de proteger fines constitucionalmente legítimos que la puedan justificar. El carácter de medida subsidiaria impone que, antes de que se dicte, el juez deba considerar si idéntico propósito al que se persigue con el dictado de la detención judicial preventiva, se puede conseguir aplicando otras medidas cautelares no tan restrictivas de la libertad locomotora del procesado. El carácter de medida provisional implica que ésta sólo deba de persistir entre tanto no desaparezcan las razones objetivas y razonables que sirvieron para su dictado. Finalmente, el mantenimiento de la detención judicial preventiva debe encontrarse acorde con el principio de proporcionalidad, es decir la detención judicial preventiva se debe dictar y mantener en la medida estrictamente necesaria y proporcional con los fines que constitucionalmente se persigue con su dictado.

Precisó además, que dicha medida no puede justificarse sólo en la prognosis de la pena que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se le aplicará a la persona que hasta ese momento tenga la condición de procesado, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad.

En el presente caso, el Colegiado observó de la resolución judicial cuestionada que la emplazada al momento de mantener el mandato de detención decretado, no sólo había considerado relevante que en el proceso penal existían suficientes elementos de prueba que incriminaban al procesado por los delitos por los cuales fue juzgado y que la pena era superior a los cuatro años, sino también el hecho de que el procesado habría querido perturbar la actividad probatoria al ocultar hechos considerados relevantes para la dilucidación del proceso penal.

Señaló, que el sólo propósito de obstaculizar y ocultar evidencias probatorias que ayuden a culminar con éxito la investigación judicial que se sigue contra el actor, exceptúa la necesidad de que el juzgador busque una alternativa menos gravosa y distinta a la restricción de la libertad física del procesado. Por ello, el Tribunal Constitucional consideró que la detención practicada contra el actor del hábeas corpus no había sido una medida indebida que afectara el carácter excepcional de la misma.

Igualmente, consideró que no se había afectado el carácter provisional de la detención judicial preventiva habida cuenta de que entre la confirmación de la resolución que declaró improcedente la solicitud de libertad provisional del actor, y la fecha de interposición del hábeas corpus, no había transcurrido un plazo razonable que permitiese considerar y advertir la variación de las circunstancias que sirvieron para mantener la vigencia del referido mandato.

Se consideró, además, que tampoco se había afectado el principio de proporcionalidad al mantenerse vigente el mandato de detención contra el actor denegándose su libertad provisional, pues, aparte de la suficiencia de elementos probatorios existentes sobre la responsabilidad penal del actor, se denegó la solicitud de libertad provisional tras entenderse que el actor venía perturbando la actividad probatoria en el proceso.

Finalmente, recalcó que tratándose de la detención judicial preventiva la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva. En este sentido, mencionó que son dos las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva. En primer lugar, tiene que ser "suficiente", esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo término, debe ser "razonada", en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada.

Temas Claves: Conducta obstruccionista del procesado - derecho a la libertad personal - derecho a la motivación de resoluciones - detención preventiva - peligro procesal - prohibición de avocamiento a causas pendientes.

EXP. N.º 1091-2002-HC/TC

LIMA

VICENTE IGNACIO SILVA CHECA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los doce días del mes de agosto de dos mil dos, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Aguirre Roca, Presidente; Rey Terry, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, con el voto singular del Magistrado Manuel Aguirre Roca y los fundamentos de voto de los Magistrados Guillermo Rey Terry, Delia Revoredo Marsano y Javier Alva Orlandini, que se adjuntan, pronuncia la siguiente sentencia en mayoría.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Vicente Ignacio Silva Checa, contra la resolución de la Segunda Sala Penal Corporativa para Procesos Ordinarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas ciento uno, su fecha diecinueve de marzo de dos mil dos, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus interpuesta.

ANTECEDENTES

El recurrente interpone acción de hábeas corpus contra los miembros de la Sala Penal Especializada en Delitos de

Corrupción de la Corte Superior de Justicia de Lima, por violación de los principios de que ninguna persona puede ser sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos por la ley y a la presunción de inocencia, así como los derechos a la libertad personal y a la defensa y, en consecuencia, solicita que se disponga su libertad.

Señala que, con fecha primero de febrero de dos mil uno, se le abrió instrucción por la supuesta complicidad en la comisión del delito de peculado, dictándose en su contra orden de comparecencia restringida -detención domiciliaria-. Refiere que dicha resolución fue apelada por el Ministerio Público, la Procuraduría Pública *ad hoc*, así como por el recurrente. Expresa que, mientras los dos primeros solicitaban se dicte mandato de detención en su contra, el actor lo hizo con el objeto de que se decretara mandato de comparecencia simple.

Alega que, la Sala Penal Especial, mediante resolución de fecha once de abril de dos mil uno, dispuso su inmediata captura y detención. Por ello, el actor, posteriormente, solicitó que se le otorgara su libertad provisional, la que fue declarada improcedente. Al interponer su recurso de apelación, éste también fue declarado improcedente mediante Resolución N.º 297, de fecha 10 de diciembre del 2001, por la Sala Penal Especializada en Delitos de Corrupción de la Corte Superior de Justicia de Lima. Sostiene que la resolución de fecha once de abril de dos mil uno, es una resolución judicial irregular, pues no sustentó las razones para revocar el mandato de comparecencia restringida y, decretar el de detención,

violando de esta manera su derecho a la libertad personal.

Sostiene que dicha resolución emana de un procedimiento irregular, ya que: a) obvió valorar y emitir pronunciamiento sobre los argumentos expuestos por la defensa y por el Ministerio Público, además, de no pronunciarse sobre la concurrencia de los tres supuestos previstos en el artículo 135.º del Código Procesal Penal; b) no existen suficientes elementos de prueba que acrediten que el actor es autor del delito contra la Administración Pública; c) la prognosis de la pena efectuada por el juzgador no tiene un fundamento correcto, pues el tipo penal que ha sido considerado es errado; d) no sustenta cuál es el criterio que lo ha llevado a tomar la decisión de restringirle el ejercicio de la libertad locomotora.

Alega, por otro lado, que se viola el principio al procedimiento predeterminado por la ley, pues para declararse la detención tienen que existir suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria, lo que no sucedió en el caso de autos. Sostiene que se violó su derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, pues se trata de una resolución inmotivada en derecho. Asimismo, señala que se violó el principio a la presunción de inocencia, pues la emplazada, al decretar su mandato de detención, partió de una presunción incriminatoria. También viola el derecho de defensa, ya que, por un lado, durante la investigación preliminar a cargo de la Fiscalía Penal especial, el acceso al expediente fue negado a su defensa; y, por otro, porque no se valoró ni se pronunció sobre diversos medios de prueba.

El Juzgado Penal de Turno Permanente de Lima, con fecha seis de marzo de dos mil dos, rechazó *in limine* la demanda y, en consecuencia, la declaró improcedente, por considerar que, conforme a lo dispuesto en el inciso 2) del artículo 6.º de la Ley N.º 23506, no proceden las acciones de garantía contra resoluciones judiciales emanadas de un proceso regular.

La recurrida confirmó la apelada, por considerar, principalmente, que la acción de hábeas corpus no es la vía idónea, y porque el actor debió cuestionar la resolución que le causa agravio ante la Corte Suprema.

FUNDAMENTOS

Determinación del acto lesivo objeto del control constitucional

1. Luego de analizarse los argumentos de la demanda, el Tribunal Constitucional considera que la controversia en el presente caso, fundamentalmente, gira en torno a la validez del mantenimiento de la detención judicial preventiva contra el actor.

En efecto, el actor ha sostenido que el acto que le causa agravio es la resolución expedida por la emplazada, con fecha once de abril de dos mil uno, en virtud de la cual se revocó la resolución expedida con fecha primero de febrero de dos mil uno, en el extremo que decretó contra

el actor el mandato de comparecencia con restricción y, reformándola, dictó mandato de detención; por ello, con fecha veinticuatro de agosto de dos mil uno, solicitó su libertad provisional, cual fue declarada improcedente por el Juez del Cuarto Juzgado Penal Especial de Lima, con fecha cinco de setiembre de dos mil uno, y confirmada, a su vez, mediante auto de fecha diez de diciembre de dos mil uno, por la emplazada.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que el objeto del proceso no es tanto cuestionar las razones que sirvieron inicialmente para decretar la detención judicial preventiva del actor, sino, fundamentalmente, las razones que sirvieron para *mantener vigente* aquélla, lo cual es sustancialmente distinto.

2. Planteado así el aspecto controvertido, y aún antes de ingresar al análisis de fondo, el Tribunal Constitucional debe señalar:

a. Que el supuesto tema de la errada prognosis de la pena es un aspecto que, en el presente caso, no se analizará en abstracto, pues no es un tema que se encuentre dentro de las competencias de este Supremo Intérprete de la Constitución, sino de la jurisdicción ordinaria.

b. Del mismo modo, pero esta vez por expreso mandato del inciso 1) del artículo 6º de la Ley N.º 23506, tampoco se analizará la alegada violación del derecho de defensa, ya que si, eventualmente, durante la investigación preliminar a cargo de la Fiscalía Penal Especial, sus abogados defensores no pudieron tener acceso al expediente, al encontrarse su caso en plena investigación judicial ante el juez penal, la eventual violación del derecho alegado se ha vuelto irreparable.

1. Finalmente, si bien las instancias judiciales precedentes, con diversos argumentos, denegaron, *in limine*, la pretensión de tutela solicitada por el actor, aludiendo, la última de ellas, a un eventual avocamiento indebido de una causa pendiente de resolver en sede judicial; que en el caso no procede el hábeas corpus pues se trata de cuestionar una resolución judicial emanada de un procedimiento regular; que no procede la liberación cuando el recurrente esté sometido a un proceso penal; que la detención fue ordenada por un juez competente; o, porque en el caso no “se presentan ni siquiera indicios de violación o amenaza de los derechos que le asisten al accionante”, el Tribunal Constitucional ingresará a evaluar las razones de fondo del recurso extraordinario, en atención a lo siguiente:

a. En primer lugar, el Tribunal Constitucional debe expresar que no existe infracción del inciso 2) del artículo 139.º de la Constitución (avocamiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional) por admitirse el hábeas corpus cada vez que mediante este proceso se pretenda reparar la eventual lesión de cualquiera de los contenidos constitucionalmente protegidos del derecho al debido proceso. No lo hay, pues la figura del avocamiento supone, por su propia naturaleza, que se desplace al juez del juzgamiento de una determinada causa y, en su

lugar, el proceso se resuelva por una autoridad distinta, cualquiera sea su clase. El Tribunal Constitucional ni los órganos judiciales que conocieron el hábeas corpus tienen competencia para resolver cuestiones de orden penal, pero sí para evaluar si se ha lesionado o no el derecho a la libertad personal u otros derechos conexos. Mediante el hábeas corpus, en efecto, el juez constitucional no puede ingresar a conocer una materia que es de competencia de la jurisdicción ordinaria, sino, únicamente, determinar si, en ese proceso ordinario, se afectó o no un derecho constitucional.

b. El Tribunal Constitucional, a su vez, no comparte la tesis de que habiéndose rechazado *in limine* la demanda, esto es, no habiéndola admitido ni seguido el procedimiento señalado por la ley, en el caso, pueda determinarse, en abstracto, que no se ha acreditado la lesión del derecho a la libertad personal o al debido proceso. La facultad de rechazar *in limine* la demanda, prevista en el artículo 14.º de la Ley N.º 25398, por el supuesto previsto en el inciso 2) del artículo 6.º de la Ley N.º 23506, exige que ésta resulte “manifiestamente” impropcedente, lo cual se traduce en la necesidad de que el juzgador realice una detenida y exhaustiva exposición de las razones por las cuales considera que lo es, pues, de lo contrario, se lesionaría el derecho al acceso de justicia, a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales, a la motivación de las resoluciones judiciales y a no sufrir indefensión.

En el presente caso, habiéndose alegado la arbitrariedad de la detención preventiva dictada contra el actor, es evidente que tal condición no podría determinarse si es que no se efectuaba un análisis detenido de las circunstancias y las razones que sirvieron al juez penal para optar por restringir su libertad física, por lo que hace que el rechazo *in limine* no se base en su manifiesta improcedencia, como exige el artículo 14.º de la Ley N.º 25398.

c. Por otro lado, en los fundamentos N.ºs 4 al 9 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 1230-2002-HC/TC, el Tribunal Constitucional ha sostenido que todas las normas del ordenamiento jurídico nacional, en particular, aquellas que tienen relación con los derechos y libertades fundamentales, deben ser interpretadas con los tratados en materia de derechos humanos en los que el Estado Peruano sea parte.

En ese sentido, si el inciso a) del artículo 16.º de la Ley N.º 25398 establece que no procede el hábeas corpus “cuando el recurrente tenga instrucción abierta o se halle sometido a juicio por los hechos que originan la acción de garantía”, pero, por otro lado, el artículo 7.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona privada de su libertad “a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o su detención fueran ilegales”; entonces, dicho inciso a) del artículo 16.º de la Ley N.º 25398 debe entenderse en el sentido de que no procede el hábeas corpus si la detención ordenada por

un juez no es arbitraria. O, lo que es lo mismo, que no procede este proceso constitucional cuando se trate de una detención ordenada en forma debida.

d. Por ello, si bien en el presente caso se ha rechazado *in limine* la demanda, lo cual coloca al Tribunal Constitucional en el dilema de, o bien declarar la nulidad de todo lo actuado y, en consecuencia, ordenar se admita a trámite la acción de hábeas corpus; o bien, pronunciarse sobre el fondo del asunto, este Supremo Tribunal opta por hacer esto último, pues el derecho constitucional a la protección judicial de los derechos fundamentales reconocido por el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, exige del operador constitucional una especial sensibilidad y dejar de lado cualquier comportamiento que pueda significar un exceso formal de ritualismo procedimental, en particular, si en autos se encuentran suficientes elementos probatorios para expedir una sentencia de mérito.

Tal proceder, en materia de hábeas corpus, se deriva del artículo 9.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual “Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal”.

Por ello, en el presente caso, el Tribunal Constitucional procederá a analizar las razones de fondo.

Alcances constitucionales de la libertad personal

1. El primer derecho comprometido con el mantenimiento del mandato de detención contra el actor es la libertad personal. Éste es un derecho subjetivo, reconocido en el inciso 24) del artículo 2.º de la Constitución Política del Estado y, al mismo tiempo, uno de los valores fundamentales de nuestro Estado Constitucional de Derecho, por cuanto fundamenta diversos derechos constitucionales a la vez que justifica la propia organización constitucional.

2. En cuanto derecho subjetivo, garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Los alcances de la garantía dispensada a esta libertad comprende frente a cualquier supuesto de privación de la libertad locomotora, independientemente de su origen, la autoridad o persona que la haya efectuado. Garantiza, pues, ante cualquier restricción arbitraria de la libertad personal, según señala el artículo 9.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

3. En sede judicial, el derecho a la libertad física y a que ésta no sea restringida en forma arbitraria, alcanza no sólo a las denominadas “detenciones judiciales preventivas”, sino, incluso, a una condena emanada de una sentencia expedida con violación del debido proceso.

A juicio del Tribunal Constitucional, las exigencias de legalidad y no arbitrariedad de la detención judicial no

se satisfacen únicamente porque ésta haya sido expedida por un juez competente, pues si bien el elemento de la competencia judicial constituye uno de los elementos que ha de analizarse a efectos de evaluar la arbitrariedad o no de la privación de la libertad, también existen otros elementos que se tienen que tomar en consideración, los que varían según se trate de una sentencia condenatoria o, por el contrario, de una detención judicial preventiva.

4. Sin embargo, antes de evaluar si, en el caso, la detención judicial preventiva dictada contra el actor vulnera su derecho a la libertad individual, el Tribunal Constitucional estima preciso declarar que la comprensión del contenido garantizado de los derechos, esto es, su interpretación, debe realizarse conforme a los alcances del principio de unidad de la Constitución, pues, de suyo, ningún precepto constitucional, ni siquiera los que reconocen derechos fundamentales, pueden ser interpretados por sí mismos, como si se encontraran aislados del resto de preceptos constitucionales. Y es que no se puede perder de vista que el ejercicio de un derecho no puede hacerse en oposición o contravención de los derechos de los demás, sino de manera que compatibilicen, a fin de permitir una convivencia armónica y en paz social.

En ese sentido, una visión de conjunto, que ligue la realidad concreta con las disposiciones y principios constitucionales, no debe perder de vista que los derechos fundamentales no sólo constituyen derechos subjetivos que se reconocen a las personas, sino que también cumplen una función objetiva, por cuanto representan el sistema material de valores de nuestro ordenamiento constitucional.

Detención judicial preventiva y libertad personal

5. Como todo derecho fundamental, el de la libertad personal tampoco es un derecho absoluto, pues como establecen los ordinales a) y b) del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución, aparte de ser regulados, pueden ser restringidos o limitados mediante ley. Ningún derecho fundamental, en efecto, puede considerarse ilimitado en su ejercicio. Los límites que a éstos se puedan establecer pueden ser intrínsecos o extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, los límites extrínsecos, son aquellos que se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales.

6. La validez de tales límites y, en particular, de la libertad personal, depende de que se encuentren conforme con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad" (Caso Gangaram Panday, párrafo 47, en Sergio García Ramírez, *Jurisprudencia de la Corte*

Interamericana de Derechos Humanos, UNAM, México 2001, pág. 117).

7. En ese sentido, considera el Tribunal Constitucional que si bien la detención judicial preventiva constituye una medida que limita la libertad física, por sí misma, ésta no es inconstitucional. Sin embargo, por el hecho de tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última *ratio* a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse sólo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general. Ese, pues, es el propósito del artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual "la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general", y también la interpretación que de ella ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Suárez Rosero. Ecuador, párrafo 77, en Sergio García Ramírez, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM, México 2001, pág. 417).

8. En la medida en que la detención judicial preventiva se dicta con anterioridad a la sentencia condenatoria, es en esencia una medida cautelar. No se trata de una sanción punitiva, por lo que la validez de su establecimiento a nivel judicial, depende de que existan motivos razonables y proporcionales que la justifiquen. Por ello, no puede sólo justificarse en la prognosis de la pena a la que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se le aplicará a la persona que hasta ese momento tiene la condición de procesado, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad.

9. Sobre el particular, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que "tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. La Comisión considera, sin embargo, que debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad. La proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio" (Informe N.º 12/96, Argentina, Caso N.º 11.245, párrafo 86).

10. En el presente caso, conforme se desprende de la resolución cuestionada, de fecha cinco de setiembre de dos mil uno, especialmente de sus fundamentos N.ºs 3 al 5, al mantenerse el mandato de detención contra el actor, la emplazada no sólo ha considerado relevante que en el proceso penal existen suficientes elementos de prueba que lo incriminan por los delitos por los cuales viene siendo juzgado y que la pena será superior a los

cuatro años, sino también al hecho de haber querido perturbar la actividad probatoria, al ocultar hechos considerados relevantes para la dilucidación del proceso penal, como son no informar que, por asesoramiento en materia de comunicaciones, recibía la suma de ocho mil dólares americanos; que sumados al importe por gastos de mantenimiento, hacían un aproximado entre veinte a veinticinco mil dólares mensuales y que recibió cien mil dólares para mejorar la situación del Canal 10 de televisión.

Tales hechos constituyen causas objetivas y razonables para entender que en la compulsación sobre el peligro procesal del actor como causa para mantener el mandato de detención, no hay indicios de arbitrariedad del juzgador.

11. Por otro lado, en atención a la incidencia que tiene en la libertad física de una persona a la que se presume inocente, sólo cabe apelar a ella, ya para adoptarla, ya para mantenerla. Ello significa que su aplicación no debe ser la medida normal u ordinaria, sino que sólo puede dictarse en casos particularmente graves y siempre que sea estrictamente necesaria para los fines que se persigue con el proceso penal. En ese sentido, la regla general debe ser que los procesados, de quienes se presume su inocencia, deben disfrutar del ejercicio de la libertad física, mientras que su privación sólo debe decretarse en aquellos casos en los que se ponga en riesgo el éxito del proceso penal, ya sea porque se pretende obstaculizar la actividad probatoria, ya porque se pretende evadir la aplicación de la pena.

En el caso, el Tribunal Constitucional considera que no se afecta la libertad física del recurrente, pues conforme se ha sostenido en el fundamento N.º 13 de esta sentencia, el actor obstaculizó la investigación judicial al ocultar hechos relevantes para culminar con éxito el proceso penal que se le sigue. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que existe base objetiva y razonable que justifica la decisión de la emplazada para no variar el mandato de detención en su contra.

12. Del mismo modo, aparte de tratarse de una medida excepcional, el principio *favor libertatis* impone que la detención judicial preventiva tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional, esto es, cuyo dictado obedezca a la necesidad de proteger fines constitucionalmente legítimos que la puedan justificar. El carácter de medida subsidiaria impone que, antes de que se dicte, el juez deba considerar si idéntico propósito al que se persigue con el dictado de la detención judicial preventiva, se puede conseguir aplicando otras medidas cautelares no tan restrictivas de la libertad locomotora del procesado. Por tanto, el Tribunal Constitucional declara que la existencia e idoneidad de otras medidas cautelares para conseguir un fin constitucionalmente valioso, deslegítima e invalida que se dicte o mantenga la medida cautelar de la detención judicial preventiva.

En el presente caso, el sólo propósito de obstaculizar y ocultar evidencias probatorias que ayuden a culminar

con éxito la investigación judicial que se sigue contra el actor, exceptúa la necesidad de que el juzgador busque una alternativa menos gravosa sobre el derecho a la libertad física del recurrente. En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la exigencia de que el juez busque una alternativa distinta a la restricción de la libertad física del procesado, dado que mientras no exista sentencia condenatoria, se presume que éste es inocente, sólo es lícita cuando no se ha pretendido perturbar la actividad probatoria del proceso, eludir la acción de la justicia o evadirse del cumplimiento de una posible sentencia condenatoria. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que la detención practicada contra el actor del hábeas corpus no es indebida.

13. Como se ha sostenido, la detención judicial preventiva debe ser también una medida provisional, cuyo mantenimiento sólo debe persistir entre tanto no desaparezcan las razones objetivas y razonables que sirvieron para su dictado. Una vez removidos, el contenido garantizado del derecho a la libertad personal y al principio de la presunción de inocencia exige que se ponga fin a la medida cautelar, pues, de lo contrario, su mantenimiento tendría que considerarse como una sanción punitiva, incompatible con su naturaleza cautelar y con los derechos antes enunciados.

En el presente caso, el Tribunal Constitucional considera que no se ha afectado el carácter provisional de la detención judicial preventiva, habida cuenta de que, entre la confirmación de la resolución que declaró improcedente la solicitud de libertad provisional del actor, de fecha diez de diciembre de dos mil uno, y la fecha de interposición del hábeas corpus, el seis de marzo de dos mil dos, no ha transcurrido un plazo razonable que permita considerar que hayan variado las circunstancias que sirvieron para mantener la vigencia del mandato de detención.

14. Finalmente, el mantenimiento de la detención judicial preventiva debe encontrarse acorde con el principio de proporcionalidad. Ello significa que la detención judicial preventiva se debe dictar y mantener en la medida estrictamente necesaria y proporcional con los fines que constitucionalmente se persigue con su dictado. De acuerdo con el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la restricción de la libertad física de una persona sometida a un proceso, sólo puede deberse a la necesidad de asegurar "la comparecencia del procesado al acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo".

15. Desde este punto de vista, el principal elemento a considerarse con el dictado de esta medida cautelar debe ser el peligro procesal que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente. En particular, de que el procesado no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia. Tales fines deben ser evaluados en

conexión con distintos elementos que antes y durante el desarrollo del proceso puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse a una posible sentencia prolongada. La inexistencia de un indicio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, terminan convirtiendo el dictado o el mantenimiento de la detención judicial preventiva en arbitraria, por no encontrarse razonablemente justificada.

16. En el presente caso, el Tribunal Constitucional considera que tampoco se ha afectado el principio de proporcionalidad al mantenerse vigente el mandato de detención contra el actor, denegándose su libertad provisional, pues, como antes se ha expresado, aparte de la suficiencia de elementos probatorios existentes sobre la responsabilidad penal del actor, se denegó la solicitud de libertad provisional tras entenderse que el actor viene perturbando la actividad probatoria en el proceso.

Exigencia de una especial motivación de la resolución judicial que decreta el mandato de detención judicial preventiva

17. La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (art. 138.º de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. En la sentencia recaída en el Exp. N.º 1230-2002-HC/TC, el Tribunal Constitucional ha sostenido que dicho derecho no garantiza una determinada extensión de la motivación; que se tenga que pronunciarse expresamente sobre cada uno de los aspectos controvertidos o alegados por la defensa, ni excluye que se pueda presentar la figura de la motivación por remisión.

18. Sin embargo, tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva.

19. Dos son, en ese sentido, las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva. En primer lugar, tiene que ser "suficiente", esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo término, debe ser "razonada", en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada.

20. Por ello, de conformidad con el artículo 182.º del Código Procesal Penal, es preciso que se haga referencia y tome en consideración, además de las características y gravedad del delito imputado y de la pena que se le podrá imponer, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. El Tribunal Constitucional no es competente para determinar la concurrencia en cada caso de las circunstancias que legitiman la adopción o mantenimiento de la detención judicial preventiva, que es una tarea que incumbe en esencia al juez penal, sino para verificar que la medida cautelar haya sido adoptada de forma fundada, completa y acorde con los fines y carácter excepcional de la institución en referencia.

21. En el caso de autos, la resolución en virtud de la cual se confirma la resolución que denegó la libertad provisional del actor es suficiente y razonada, pues el resultado de la decisión es coherente y compatible con la naturaleza y fines de la detención judicial preventiva.

Presencia de peligro procesal y detención judicial preventiva en el proceso penal seguido contra Vicente Silva Checa

22. Sin perjuicio de todo lo expuesto, al analizar la detención judicial preventiva decretada contra el actor, el Tribunal Constitucional ha considerado, además, que conforme se corrobora del último párrafo del fundamento tercero de la resolución expedida por el Juez del Cuarto Juzgado Penal Especial, de fecha cinco de setiembre de dos mil uno, se consideró pertinente mantener en vigencia la detención judicial preventiva contra el actor, pues a lo largo del proceso éste no colaboró con el proceso de investigación judicial, considerándose ello "un peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria" que "atentaría contra el objetivo del proceso penal [...]".

Tal criterio se deriva del hecho de que el actor no expresó, pese a tener "conocimiento pleno", que el dinero utilizado para la compra de acciones del Canal 10 provenía del Tesoro Público; que el actor concurría todos los días a las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional a fin de prestar asesoramiento en materia de comunicaciones y que, por ello, se le abonaba la suma de ocho mil dólares americanos; que, asimismo, por concepto de mantenimiento de su oficina, tal suma se incrementaba aproximadamente entre veinte a veinticinco mil dólares americanos; que habría recibido adicionalmente cien mil dólares para mejorar la situación del Canal 10, hechos que han sido corroborados por la declaración de su coinculpaado Vladimiro Montesinos Torres y de la testigo María Angélica Arce Guerrero.

23. Finalmente, según el artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, "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 en una sociedad democrática".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que "El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática, los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una triada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros" (Opinión Consultiva 08/87, párrafo 26, en Sergio García Ramírez, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM, México 2001, pág. 1014).

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que detrás de la medida judicial que restringe la libertad física del recurrente existe una valoración judicial de los hechos que son materia del proceso penal, el número de personas comprometidas, la participación del recurrente como parte de una organización criminal y, especialmente, las repercusiones de los delitos por los cuales se le juzga, no sólo en lo que atañe a la infracción de determinados bienes jurídico-penales, sino incluso, y lo que es más grave, realizadas con el evidente propósito de comprometer la propia viabilidad del sistema democrático.

Por ello, el Tribunal Constitucional considera que la libertad física puede ser objeto de restricciones, y éstas no ser arbitrarias, si es que tal medida se presenta como estrictamente necesaria para garantizar y asegurar el normal desenvolvimiento de una sociedad democrática.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica,

FALLA

REVOCANDO la recurrida, que, confirmando la apelada, declaró improcedente la acción de hábeas corpus; reformándola, la declara **INFUNDADA**. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS

REY TERRY

REVOREDO MARSANO

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

EXP. N.º 1091-02-HC/TC

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO AGUIRRE
ROCA**

Con el debido respeto por la opinión de mis honorables colegas, no compartiendo el pronunciamiento del auto superior recurrido (AR), ni tampoco, por semejantes y adicionales razones, la sentencia (S), emitida, por mayoría, por este Tribunal Constitucional (TC), formulo este voto singular discrepante, cuyos fundamentos principales se exponen en seguida:

1. Conuerdo con parte de la tesis sustentada en el FUNDAMENTO 3. de la S, especialmente en el corriente en el último párrafo del acápite 3.b) y en el primero del 3.d), pues, en efecto, opino, de un lado, que la demanda de autos no debió rechazarse in limine; y, de otro, que el indebido rechazo in limine de una demanda de habeas corpus, no es impedimento invencible para que el TC entre a conocer del fondo de la controversia, a condición de que existan suficientes elementos de juicio para emitir el respectivo fallo. Ya existe, al respecto, jurisprudencia concordante del TC. Pero estimo que, en el caso, no existen dichos elementos de juicio, y ello como consecuencia, precisamente, del rechazo in limine, esto es, de la festinación del trámite legal omitido. Por tal razón, considero que corresponde declarar nulo todo lo actuado en este proceso y reponer la causa al estado de su admisión, a fin de que se le dispense el trámite legal que señala el artículo 18º de la Ley 23506, esto es, a fin de que sean citados e interrogados los vocales demandados. Ellos, según el mencionado artículo 18º, deberán ser "requeridos" para que "expliquen la razón" en que sustentan las resoluciones impugnadas que motivan estos autos.

2. Conviene recordar, a este respecto, que por razones análogas a las reseñadas líneas arriba, este TC emitió, recientemente, dos resoluciones semejantes a la que considero que debe expedir en estos autos. En efecto, en esos dos casos (Exp. N.º 307-2002-HC/TC –Manuel Jesús Aivar Marca; y Exp. N.º 290-2002-HC– Calmell del Solar), habiéndose rechazado las respectivas demandas in limine, el TC, considerando que la omisión del correspondiente trámite lo privaba de la información indispensable para formar criterio, declaró nulo todo lo actuado y repuso las causas al estado de su admisión y correcta tramitación, con arreglo al artículo 18º de la Ley 23506. No veo motivo para variar tal criterio, a mayor abundamiento cuando uno de esos dos casos (Exp. N.º 290-2002-HC/TC) es prácticamente idéntico al presente, pues el respectivo habeas corpus había sido interpuesto en beneficio no sólo de quien estuvo presente en el mismo video en que aparece el beneficiario (demandante) del actual habeas corpus, sino que, además, ese video y la información complementaria respectiva, ponen de manifiesto que su rol fue semejante al que cumplió aquél, esto es, uno de intermediario o transmisor de una suma que tenía otro destinatario final. La semejanza de los casos es tanto mayor cuanto que, de un lado, la información corriente en ambos autos de habeas corpus es diminuta, y, de otro, el delito imputado es el mismo ("peculado"), y por iguales motivos, y sin que en ninguno de ellos se haya demostrado que tal especie puede predicarse de quienes no son funcionarios públicos ni tenían el dinero entregado en su administración.

3. También importa recordar que en las resoluciones recaídas en esos dos casos, el TC precisó que, respecto de los habeas corpus no opera la limitación constituida por la "regularidad del procedimiento", pues ella está referida sólo al amparo. Tal criterio, basado en los textos inequívocos de los incisos 1) y 2) del artículo 200º de la

Constitución vigente, no parece, sin embargo, haberse tenido en cuenta en el caso de autos, en el cual, antes bien, el fallo del TC da la clara impresión de buscar apoyo – y apoyo decisivo– en un criterio incompatible con aquél. Y ésta es, obviamente, otra de las principales razones de mis discrepancias.

4. Debo agregar que no he encontrado en los pronunciamientos judiciales emitidos en el proceso penal que origina estos autos, ni en los judiciales que corren en los mismos, ni tampoco en la S del TC, que no suscribo y que origina este voto singular, explicación jurídica convincente de que la impugnada imputación de “peculado” sea técnicamente sostenible. En mi opinión (y no son pocos los especialistas que, en la materia, concuerdan conmigo) no parece factible que el beneficiario de esta demanda, no siendo funcionario público, ni habiendo tenido en su administración el dinero entregado por el ciudadano Montesinos Torres, pueda estar comprendido en tal tipo penal, ya sea como instigador, autor, coautor o cómplice. La regla de la incomunicabilidad, recogida en el artículo 26° del Código Penal, en concordancia con el artículo 387° del mismo, y con las circunstancias del caso, parece excluirlo de tal calificación, y, como consecuencia de ello, autorizar la libertad provisional pedida, de conformidad con el artículo 182° del Código Procesal Penal. Sin embargo, por respeto a los jueces penales y, especialmente, a los honorables vocales superiores demandados en estos autos, no voto en el sentido de declarar fundada la demanda, sino que me pronuncio en el sentido de brindar la oportunidad procesal necesaria para que dichos vocales expliquen la razón –según lo dispone el artículo 18° de la Ley 23506– en que sustentan sus impugnadas resoluciones. Hasta entonces, por el respeto que ellos merecen, considero necesario reservarme el pronunciamiento final respectivo.

4.a) Importa dejar constancia, por otro lado, de que tampoco encuentro convincentes las razones que se invocan, tanto en el proceso penal como en estos autos, para considerar que existe peligro de fuga o riesgo procesal, esto es, que está presente en el caso el respectivo impedimento del citado artículo 182° inciso 2. del Código Procesal Penal. Por este motivo adicional resulta necesario citar a los vocales demandados, de conformidad con el artículo 18° de la Ley 23506, para darles la oportunidad de fundamentar satisfactoriamente su correspondiente apreciación, pues de no hacerlo procedería, al igual que en la hipótesis reseñada en el párrafo precedente (4), y en concordancia con ella, otorgar, de conformidad con el mencionado artículo 182° del Código Procesal Penal, la libertad provisional pedida. Los mismos argumentos serían aplicables, mutatis mutandis, en el caso del artículo 135° del Código Procesal Penal.

5. También conviene precisar que no comparto la tesis que aparece en distintos puntos de la S, y según la cual el TC está impedido de penetrar en ciertos ámbitos relacionados con las resoluciones penales impugnadas. Creo, antes por el contrario, que el artículo 3° de su Ley Orgánica N.° 26435, no sólo le otorga las atribuciones

necesarias para hacerlo, sino que, en concordancia, especialmente, con los artículos 41° a 45° de dicha Ley, y 200, inciso 1) de la Constitución, y demás reglas afines y complementarias, está en la insoslayable obligación de hacerlo, y no debe dejar de hacerlo, siempre que considere, soberanamente, que, en aras de su augusto e indeclinable cometido, sea menester ingresar en dichos ámbitos. En suma, a mi juicio, en el proceso de revisión de las resoluciones del Juez penal –ni más ni menos que en las del civil, castrense, arbitral o laboral– el TC fija –él mismo y nadie más– los alcances de su competencia. No veo razón alguna para que, al contrario, abdique de la misma, y menos para que lo haga en atención a supuestos cotos cerrados, zonas vedadas, o tabúes jurisdiccionales que, muy lejos de precisar razonablemente su misión, parecen destinados a entorpecerla o frustrarla.

6. Por lo expuesto, en concordancia con los fallos emitidos por este TC en los reseñados Exp.N.° 307-2002-HC/TC y Exp.N.° 290-2002-HC/TC, arriba citados y glosados, mi voto singular se inclina –y pronuncia– por la emisión de un simple auto que, revocando el recurrido, y anulando todo lo actuado en este proceso de habeas corpus, ordene admitir la demanda correspondiente y dispensarle el trámite legal que contemplan los artículos 18° y concordantes de la Ley 23506.

SR.

AGUIRRE ROCA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. GUILLERMO REY TERRY

Coincido con el fallo de la sentencia, y con alguno de sus fundamentos, a los cuales creo necesario, sin embargo, efectuar precisiones y matices.

1. En primer lugar, estimo necesario resaltar que, en mi concepto, no existen zonas ni actos, cualquiera sea el poder público del que emanen, exentos de control judicial-constitucional, cuando se detecta objetivamente la vulneración de uno o más derechos fundamentales, más aún, si mediante una resolución emanada de una autoridad pública competente, se ha comprometido la libertad personal.

2. En segundo lugar, y como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en nuestra legislación se permite, que “(...) el recurso de hábeas corpus sea interpuesto contra los actos de autoridades judiciales, siempre que éstos no sean emanados de un proceso regular. La excepción legal referida a “proceso[s] regular[es]” no debe interpretarse en el sentido de impedir la interposición de acciones de garantía contra cualquier tipo de decisiones judiciales [subrayado nuestro], puesto que tal interpretación iría contra lo establecido en la propia Constitución peruana, en el numeral 1 del artículo 200, el cual establece que la acción de hábeas corpus procede contra cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace la libertad individual o los derechos constitucionales conexos” (Caso Cesti Hurtado, párrafo N.° 124)

3. En conclusión, a mi juicio, el Tribunal Constitucional puede conocer de los procesos en que se haya producido la evidente y objetiva afectación de un derecho constitucional. Por ello, habiéndose demandado en el caso de autos la protección del derecho a la libertad individual del accionante, es que debe procederse –como ha ocurrido en la sentencia–, a emitir un pronunciamiento sobre el particular. En tal sentido, lo importante y trascendente es analizar, tratándose del mantenimiento de la detención judicial preventiva, si las condiciones que sirvieron al juez para dictar el inicial mandato de detención aún persistían al momento de solicitarse el beneficio de libertad provisional, análisis que no fue ignorado por los órganos de la jurisdicción penal al resolver la solicitud presentada y que, por lo demás, ha sido objeto de pronunciamiento en la sentencia expedida por mayoría.

S

REY TERRY

EXP. N.º 1091-02-HC

VICENTE IGNACIO SILVA CHECA

**FUNDAMENTO SINGULAR DE LA DRA. DELIA
REVOREDO MARSANO**

A pesar de que coincido con algunos de los argumentos esgrimidos en los "Fundamentos" de la mayoría, la discrepancia que tengo respecto a otros me obliga a explicarla de modo singular. Asimismo, me permito complementar algunos de los fundamentos con los que coincido.

1. Mis colegas consideran, en el fundamento N° 2 de la sentencia, que el objeto de esta acción de hábeas corpus no es tanto cuestionar las razones que sirvieron inicialmente para decretar la detención del actor, sino las razones que sirvieron para "mantener vigente" esa detención.

Arriban a tal conclusión, porque el actor solicitó su libertad provisional más de 4 meses después de ordenada su detención. A partir de esta presunción, omiten analizar la constitucionalidad de la detención misma, así como evitan expresamente pronunciarse sobre el cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 135° del CPP; es decir, las condiciones para que proceda una detención arreglada a derecho y para mantener una detención ya ejecutada.

Mi discrepancia consiste en opinar que el lapso de aproximadamente 4 meses entre la detención y la solicitud para que sea variada, no justifica razonablemente la interpretación de que el recurrente no cuestiona, en su peticitorio, la detención misma.

2. Tampoco coincido con la afirmación de la mayoría (fundamento 3b de la sentencia) de que el Tribunal no debe analizar la alegada violación del derecho de defensa, pues, en todo caso, ésta habría devenido en irreparable. Opino que el TC sí debe analizar si se vulneró o no el importante derecho de defensa amparado por la Constitución, aun cuando sea ya irreparable, pues

debe sancionarse a los eventualmente responsables de la manera prescrita en el artículo 11° de la Ley N° 23506. Que la violación haya cesado o haya devenido en irreparable no exime de responsabilidad a los infractores, de ahí la necesidad de analizar ese extremo del peticitorio.

3. Se afirma en la sentencia que el TC y los jueces constitucionales carecen de competencia "para resolver cuestiones de orden penal", pero que sí la tienen para evaluar si se ha lesionado o no el derecho a la libertad.

Ocurre que para evaluar si se ha lesionado el derecho a la libertad personal, muchas veces resulta indispensable apreciar cuestiones de orden penal. Así sucede, por ejemplo, cuando el TC debe decidir si procede o no un beneficio procesal ante una acumulación o fusión de penas; cuando el TC analiza si los jueces penales motivaron suficientemente sus resoluciones; si hay o no congruencia lógica entre los fundamentos y el fallo penal; si procede la libertad por exceso de detención preventiva cuando ha habido maniobras procesales, probablemente dilatorias, por parte del detenido, etc., etc.

4. La aseveración de la mayoría de los magistrados del TC para justificar el conocimiento y la solución del fondo del asunto, y para no declarar la nulidad de todo lo actuado como correspondería hacerlo, según lo afirman ellos mismos en los numerales 4b y 4c, se sustenta en dos argumentos:

a. que en autos se encuentran suficientes elementos probatorios para expedir una sentencia de mérito, y

b. que el artículo 9.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "toda persona que sea privada de su libertad en virtud de una detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal".

En virtud de este artículo, y específicamente de la frase "a la brevedad posible" y en acatamiento del principio de celeridad y economía procesales, mis colegas no optan por declarar nulo el proceso para que el Poder Judicial investigue mejor la situación del actor, como ordena la ley, sino más bien, optan por sentenciar ellos mismos "de inmediato" ... y lo hacen a favor de mantener preso al recurrente.

Creo que la correcta interpretación del artículo 9.4 del Pacto Internacional citado es distinta: la finalidad del dispositivo es proteger la libertad del individuo, no su detención, y la urgencia de investigar y resolver, surge ante la posibilidad de que esté preso un inocente que no merece la prisión preventiva. Pero no cabe esa urgencia de decidir el fondo del hábeas corpus "de inmediato", con prescindencia de la investigación judicial que impone la ley, cuando el TC estima que el recurrente debe permanecer detenido ... La necesaria celeridad funciona a favor –y no en contra– de la libertad personal. Sin embargo, parecería, al plantear de ese modo la interpretación del artículo 9.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles

y Políticos, que mis colegas opinan que hay tal urgencia de mantener al recurrente en prisión, y que no debe investigarse el caso en las instancias judiciales.

1. En el segundo párrafo del fundamento 14, la mayoría de magistrados del TC consideran que con la detención “no se afecta la libertad física del recurrente”, pues éste obstaculizó la investigación judicial.

A mi parecer, no cabe mayor afectación a la libertad física de una persona que mantenerla en prisión. Lo que ocurre es que el convencimiento judicial de que existe peligro de fuga o procesal, opera como una “justificación constitucional” de la afectación del derecho fundamental a la libertad física.

En principio, la carga de la prueba de la violación del derecho constitucional (la detención) recae sobre quien la alega, en este caso, el demandante. Si, *prima facie*, tal violación queda probada, la carga de demostrar que ella tiene justificación constitucional recae sobre el eventual “infractor”, en este caso, sobre los miembros de la Sala Penal Especial que ordenaron la detención.

En estos casos, el juez constitucional debe ponderar el peso de los valores o derechos contrapuestos en juego, según las circunstancias probadas de cada caso concreto. En éste, se debe sopesar, por un lado, la importancia que tiene para el Estado de Derecho y para la Justicia la libertad de un individuo presuntamente inocente, y por el otro, la importancia que tiene para ese mismo Estado de Derecho y esa misma Justicia, que los procesos penales iniciados cumplan su finalidad en la forma prevista por la ley y del modo más rápido posible, sin que lleguen a frustrarse por la evasión o fuga del procesado o por su indebida actuación en el proceso.

No cabe duda de que ha quedado demostrada la privación de la libertad del demandante. Su justificación, en cambio, requiere mayor análisis. Se debe sopesar si el interés social o colectivo es superior y preferible al interés particular del demandante. Mientras que el de éste es recuperar su libertad, el de la colectividad consiste en asegurar su presencia en el proceso y llegar a la verdad de los hechos en la sentencia.

2. En el numeral 15 de la sentencia se lee que “el solo propósito de obstaculizar y ocultar evidencias probatorias que ayuden a culminar con éxito la investigación judicial que se sigue contra el actor, exceptúa la necesidad de que el juzgador busque una alternativa menos gravosa sobre el derecho a la libertad física del recurrente.”

Me parece que tal afirmación no es conforme a nuestro ordenamiento jurídico:

No basta, para detener a un individuo y encarcelarlo, el solo peligro procesal. El art. 135° del CPP establece 3 condiciones que deben darse CONCURRENTEMENTE.

Una de ellas es el peligro procesal o el de fuga. Pero es necesario que también concurren las otras dos; a saber: que existan suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso que vincula al imputado

como autor o como partícipe, y que la sanción a imponerse sea superior a los 4 años de pena privativa de la libertad.

El juez penal ha de investigar si concurren necesariamente los 3 requisitos a fin de proceder a la detención del imputado y no debe limitarse a constatar –como parecen sostener mis colegas- sólo el peligro procesal.

De autos fluye que en la primera resolución impugnada, de fecha 11 de abril de 2001, que impuso la medida de detención, y en la del 10 de diciembre de 2001, que confirmó la improcedencia de la libertad provisional, las autoridades judiciales motivaron suficiente y razonablemente sus fallos. En efecto, en la primera de las resoluciones citadas se analizaron los requisitos del artículo 135° del CPP, explicando, respecto al primero, que de los recaudos que se adjuntan a la denuncia fiscal “se pone de manifiesto la participación activa del imputado en la adquisición del 75% de las acciones de la Empresa Peruana de Cable – Televisión S.A. – CNN- Cable Canal de Noticias, Frecuencia Diez de Cable Mágico”, lo que “se corrobora con la declaración del procesado” y “con el acta que contiene la transcripción de la Diligencia de Exhibición de la Documentación y Visualización de fecha 6 de noviembre de 1999, titulada doctor Calmell-Vicente-Gral. Delgado”. Ello, para los magistrados judiciales, es suficiente elemento de prueba de la comisión del delito y de la vinculación del inculcado con el hecho punible, en virtud del principio de accesoria limitada.

No cabe, en mi concepto, aceptar como precedente a este caso, el del expediente 139-02-HC (argumento que exhibe el recurrente), ya que en éste la autoridad judicial dudaba de la procedencia pública o privada de los fondos, lo que no ha ocurrido en la resolución judicial ahora impugnada.

Respecto al segundo elemento del artículo 135°, los magistrados denunciados también explican por qué consideran que la sanción que corresponderá al inculcado será mayor de 4 años, y en cuanto al tercer factor, explican que han ponderado la vinculación del recurrente con los hechos dolosos, la probable pena que se le impondría y la posibilidad de que influya negativamente sobre la prueba, así como el riesgo de que eluda la acción de la justicia, todo lo cual, señalan, forma en ellos la convicción que corresponde ordenar la medida cautelar de detención.

3. Conforme al mismo artículo 135° del CPP procede, además, la variación de la medida de detención por otra menos restrictiva (a favor del imputado), cuando se comprueba que han variado las circunstancias que sirvieron para mantener la detención. Mis colegas sostienen que la detención sólo debe persistir “entre tanto no desaparezcan las razones objetivas y razonables que sirvieron para su dictado, pues una vez removidas esas razones, el contenido garantizado de los derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia exige que se ponga fin a la medida cautelar, pues de lo contrario, su mantenimiento tendría que considerarse como una sanción punitiva, incompatible con su naturaleza cautelar y con los derechos antes enunciados”.

Pero, a renglón seguido, consideran que no han variado esas razones objetivas y razonables que justificaron la detención, "habida cuenta" de que sólo transcurrieron 86 días entre la fecha de la detención y la fecha de interposición del hábeas corpus.

No considero válida la interpretación de que como sólo han transcurrido 86 días, no han podido variar las circunstancias que justificaron la detención.

El Poder Judicial está en la obligación de investigar y pronunciarse respecto a si variaron o no tales circunstancias. De ningún modo es dable presumir que no variaron las circunstancias, exclusivamente, porque han transcurrido sólo 86 días desde la detención. Más aún, si en la Resolución del 10 de diciembre de 2001, también impugnada, los magistrados judiciales analizaron cada uno de los requisitos para la procedencia de la libertad provisional, relacionándolos con el caso concreto y citando las pruebas que los convencieron para no concederla. Por lo anteriormente expuesto, no parece vulnerado el derecho constitucional a la motivación de las resoluciones judiciales.

4. En el fundamento 20, así como en el 21, 22 y 23 de la sentencia, se desarrolla extensamente el contenido y la importancia que tiene la garantía constitucional de motivar las resoluciones jurisdiccionales. Se expresa que, tratándose de la detención, la exigencia de una motivación en el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, "pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial". Sin embargo, en las únicas 4 líneas del fundamento 24 se concluye someramente que la resolución denegatoria del hábeas corpus por parte de la Sala "es suficiente y razonada". Opino que debió explicarse de modo más detallado por qué se considera "suficiente y razonada" la resolución impugnada, en cumplimiento precisamente de la exigencia que ellos reclaman al Poder Judicial.

Es decir, en vista de la interpretación de la mayoría que lo que se impugna es el "mantenimiento" de la detención, habría en esta oportunidad que citar las consideraciones que tuvo el juez del hábeas corpus, basadas en hechos posteriores a la detención, que lo llevaron a declarar

improcedente la acción, y que constan a fojas 14 y 15 del expediente constitucional; a saber: que el imputado conocía que el dinero recibido por él provenía del Tesoro Público, extremo que no había admitido ni confesado; que guardó silencio respecto a sus numerosas visitas al SIN en compañía de Daniel Borobio, y al hecho de que asesoraba al régimen en materia de comunicaciones por una contraprestación de US\$ 8,000 dólares americanos; que tampoco colaboró con la investigación judicial al omitir declarar que recibía entre 20,000 y 25,000 dólares americanos mensuales de Vladimiro Montesinos; que también guardó silencio respecto a los US\$ 100,000 que recibió para mejorar la situación del canal y que fueron "aportados" por él mismo en calidad de "préstamo"; además de las circunstancias ponderadas en las resoluciones impugnadas a las que hemos hecho referencia en los numerales precedentes, todo lo cual hizo pensar a la autoridad judicial que existe un propósito de obstaculizar la investigación.

En conclusión: a diferencia del otro expediente anterior –el N° 139-02-HC, citado por el recurrente–, en este caso, las autoridades judiciales sí han motivado su convicción de la existencia de peligro procesal. Han explicado también por qué piensan que se configura el delito de peculado, y por qué merecería una pena mayor de 4 años. Hay, pues, motivación suficiente y congruente en la autoridad judicial, y, en consecuencia, no se ha producido la vulneración del derecho constitucional invocado por el recurrente, que haría indebido al proceso.

Por lo anteriormente expuesto, mi fallo coincide con el de la mayoría.

DRA. DELIA REVOREDO MARSANO

UNDAMENTACIÓN DE VOTO

Además de las sólidas razones que contiene la sentencia, no puede dejarse de considerar que el artículo 25.º del Código Penal establece que son punibles todos los que participan en la comisión del delito; y el artículo 317.º del mismo Código sanciona la asociación ilícita para delinquir.

AIVA ORLANDINI

Exp. N° 0895-2001-AA/TC [Proceso de Amparo promovido por Lucio Valentín Rosado Adanaque. Se incorpora al ordenamiento constitucional el derecho de objeción de conciencia].

Fecha de Resolución: 19 de agosto de 2002

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 16 de marzo de 2003

Resumen: En el caso de autos el recurrente, integrante de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, exigió que se le exima del cumplimiento de una orden dictada por su empleadora (asistir a laborar los días sábados), en razón de que su confesión religiosa no le permitía obedecerla por cuanto uno de los preceptos de la doctrina que profesa le ordena el reposo durante los días sábados. Se está, pues, ante un caso de lo que en doctrina y en algunas constituciones comparadas, como la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución española (ésta, en referencia al servicio militar obligatorio), ha venido en denominar "objeción de conciencia".

El Tribunal Constitucional, advirtió al respecto que nuestra Norma Fundamental carece de un reconocimiento explícito del derecho de objeción de conciencia, razón por la cual planteó la conveniencia de recurrir a la doctrina de los derechos "no enumerados" o derechos "no escritos", a efectos de determinar si el mencionado derecho es un derecho "constitucional" y, por ende, susceptible de ser protegido por la vía del amparo.

Así, señaló que nuestra Constitución Política recoge en su artículo 3° una "enumeración abierta" de derechos a la que debe recurrirse solo en especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita.

Sin embargo, opinó que considerando que por la libertad de conciencia, toda persona tiene derecho a formar su propia conciencia, no resulta descabellado afirmar que uno de los contenidos nuevos del derecho a la libertad de conciencia esté constituido, a su vez, por el derecho a la objeción de conciencia, pues de qué serviría poder autodeterminarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia. En este sentido, consideró, sin necesidad de acudir a la cláusula 3° de la Constitución, que el derecho a la libertad de conciencia alberga, a su vez, el derecho a la objeción de conciencia.

Explicó que el derecho constitucional a la objeción de conciencia permite al individuo objetar el cumplimiento de un determinado deber jurídico, por considerar que tal cumplimiento vulneraría aquellas convicciones personales generadas a partir del criterio de conciencia y que pueden provenir, desde luego, de profesar determinada confesión religiosa. Asimismo, que la objeción de conciencia tiene una naturaleza estrictamente excepcional, ya que en un Estado Social y Democrático de Derecho, que se constituye sobre el consenso expresado libremente, la permisión de una conducta que se separa del mandato general e igual para todos, no puede ser considerada como la regla, sino, antes bien, la excepción, pues, de lo contrario, se estaría ante el inminente e inaceptable riesgo de relativizar los mandatos jurídicos.

No obstante, el Colegiado aclaró que la procedencia de la eximencia solicitada por el objetor debe ser declarada expresamente en cada caso y no podrá considerarse que la objeción de conciencia garantiza *ipso facto* al objetor el derecho de abstenerse del cumplimiento del deber.

Así, en el presente proceso, el Tribunal consideró que dadas las particulares circunstancias del caso, la objeción de conciencia al deber de asistir a laborar los días sábados planteada

por el recurrente encuentra fundamento en la medida en que la empresa no ha aportado razones objetivas que permitan concluir que el cambio en la programación laboral que obliga al recurrente a laborar los días sábados, obedezca a intereses superiores de la institución hospitalaria compatibles con el sacrificio del derecho del recurrente, que, aunque excepcional, resulta plenamente aplicable a esta causa.

Por tal motivo declaró fundada la acción de amparo y ordenó a la demandada no incluir al recurrente en las jornadas laborales de los días sábados debiendo permitírsele tomar todas las medidas razonables que la ley autorice para compensar dichas inasistencias de forma tal que no se vea afectada la productividad laboral del recurrente.

Temas Claves: Agotamiento de la vía administrativa - cláusula constitucional de los derechos no enumerados - contenidos implícitos de los derechos viejos - contenidos nuevos de un derecho escrito - derecho de objeción de conciencia - derechos no enumerados o derechos no escritos - enumeración abierta de derechos - libertad de conciencia - libertad de creencias - libertad de ideas - libertad de religión - principio de dignidad humana - principio de razonabilidad y proporcionalidad.

EXP. N.º 0895-2001-AA/TC
LAMBAYEQUE

LUCIO VALENTÍN ROSADO ADANAQUE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de agosto de 2002, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Vicepresidente, Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, con los votos singulares de los Magistrados Rey Terry y Revoredo Marsano, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Lucio Valentín Rosado Adanaque contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fojas 128, su fecha 5 de julio de 2001, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente, con fecha 31 de enero de 2001, interpone acción de amparo contra el Seguro Social de Salud-ESSALUD, Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Aseño, a fin de que no se le obligue a prestar servicios los días sábados, por vulnerar sus derechos constitucionales a la libertad de conciencia y a la libertad de religión, y a no ser discriminado por motivo de religión.

Afirma que presta servicios a la emplazada como médico desde el 4 de febrero de 1988, y que, durante los últimos cinco años, la demandada ha establecido los horarios de trabajo mediante la estructuración de un rol mensual que incluye los días y las horas de labor que corresponden a cada profesional de la salud. Sostiene que desde el comienzo no se le incluyó en los días sábados,

puesto que sus jefes inmediatos y la alta dirección del hospital conocen que pertenece a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, uno de cuyos preceptos conlleva la observancia del día sábado como día dedicado al culto, pues es el "Día del Señor o Día de Reposo Cristiano". No obstante esto a partir de la expedición del rol de trabajo correspondiente a febrero de 2001, se le ha programado para laborar los días sábados, con lo cual se le estaría obligando a incumplir sus preceptos doctrinarios o a generar una serie de inasistencias injustificadas que podrían generar su despido.

EsSalud propone la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, indicando que el demandante no ha formulado ningún reclamo previo ante la propia institución demandada antes de interponer la demanda, y contesta la demanda señalando que la orden laboral de distribución equitativa de los días sábados entre los médicos se justifica por necesidad institucional y no constituye discriminación alguna, pues responde a un trato de igualdad del horario laboral. Aduce que las prácticas religiosas no pueden obligar a las instituciones públicas a modificar, a favor de algún trabajador, la distribución de los turnos laborales.

El Séptimo Juzgado Civil de Chiclayo, con fecha 20 de marzo de 2001, declaró fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa e improcedente la demanda, por considerar que el recurrente no se encontraba comprendido en alguna de las excepciones previstas en el artículo 28º de la Ley N.º 23506.

La recurrida confirmó la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. Dado que tanto la resolución de primera instancia como la recurrida se amparan en la falta de agotamiento de la vía administrativa para desestimar la acción de autos,

antes de ingresar a evaluar el fondo de la controversia, es preciso analizar si ésta debió agotarse.

La exigencia de agotarse la vía administrativa antes de acudir al amparo constitucional se fundamenta en la necesidad de brindar a la Administración la posibilidad de revisar sus propios actos, a efectos de posibilitar que el administrado, antes de acudir a la sede jurisdiccional, pueda en esa vía solucionar, de ser el caso, la lesión de sus derechos e intereses legítimos. No obstante su obligatoriedad, existen determinadas circunstancias que pueden convertir el agotamiento de la vía administrativa en un requisito perverso, particularmente, cuando de la afectación de derechos fundamentales se trata. En tales casos, se exime al administrado de cumplir esta obligación. Las variables, en sentido enunciativo, de esas excepciones se encuentran recogidas en el artículo 28° de la misma Ley N.º 23506.

2. En el caso de autos, si bien en la fecha en que se interpuso la demanda (31 de enero de 2001) aún no se habían incluido los días sábados en el rol laboral del demandante, lo cierto del caso es que dicha programación se llevó a cabo en el mes de febrero del mismo año, circunstancia que es debidamente advertida por el recurrente en su escrito de fecha 2 de febrero de 2001, obrante a fojas 46. Por tanto, cuando se interpuso la demanda, no solo se estaba frente al supuesto de una amenaza de lesión de derechos constitucionales ante la cual no cabía exigirse el agotamiento de la vía previa, sino, incluso, cuando esta se materializó con la orden contenida en la Carta N.º 139-GMQ.HNAAA.GRALA.ESSALUD.2000 (por medio de la cual se exigía la programación de las actividades laborales de los médicos del servicio "distribuyéndoles equitativamente en todos los días laborales de la semana"), la amenaza que se cuestionaba se había convertido en un acto concreto que, al haberse ejecutado inmediatamente, tampoco era exigible impugnarse en sede administrativa.

En mérito de ello, el Tribunal Constitucional considera que, en el presente caso, no era exigible el agotamiento de la vía administrativa, por lo que cabe ingresar a pronunciarse sobre el fondo de la controversia.

3. La libertad de conciencia y la libertad de religión, si bien pueden confluir en algunos de sus postulados, son dos derechos de distinto contenido.

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

intrínseca al ideal democrático lo constituye el garantizar el respeto de los valores e ideas de la minoría.

Por otra parte, la libertad de religión comporta el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto. Como todo derecho de libertad, el derecho a la libertad religiosa tiene una vertiente negativa, que garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia que no desea tomar parte en actos de la naturaleza antes descrita.

En puridad, la libertad de conciencia está vinculada a la libertad de ideas; mientras que la libertad de religión, a la libertad de creencias.

Ambos derechos que, por lo demás, gozan de pleno reconocimiento internacional (artículo 18° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 18° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 12° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros) bien pueden ser objeto de restricciones a favor de intereses superiores, como podrían ser la salvaguardia de la seguridad, la salud, la moralidad y el orden público. Observada debidamente la diferencia entre ambos derechos fundamentales, se hace patente, al mismo tiempo, la incuestionable vinculación entre ambos, dado que es difícil, si no imposible, concebir un adecuado desarrollo de la libertad religiosa, sin prestar las debidas garantías para el ejercicio de la libertad de conciencia.

4. En el caso de autos, el recurrente exige que se le exima del cumplimiento de una orden dictada por su empleadora (asistir a laborar los días sábados), en razón de que su confesión religiosa no le permite obedecerla. Estamos pues ante un caso de lo que en doctrina y en algunas constituciones comparadas, como la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución española (ésta, en referencia al servicio militar obligatorio), ha venido en denominar "objección de conciencia". Siendo que el Estado Constitucional promueve la formación en los individuos de sus propias convicciones y la formación de una jerarquía de valores y principios, no puede dejar de reconocerse que existen determinadas circunstancias que pueden importar el dictado de una obligación cuya exigencia de cumplimiento riñe con los dictados de la conciencia o de la religión que se profesa. Dichas obligaciones pueden provenir, incluso, de un mandato legal o constitucional. Así, mediante el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, y luego de una razonable ponderación de los intereses que están en juego, puede eximirse al objeto del cumplimiento de tales obligaciones.

5. Es de advertirse que nuestra Norma Fundamental carece de un reconocimiento explícito del derecho de objeción de conciencia, razón por la que resulta imperioso preguntarse si la objeción de conciencia se trataría de un derecho "constitucional" y, por ende, si es susceptible de ser protegido por la vía del amparo. Para arribar a una respuesta frente a la disyuntiva planteada, resulta

conveniente recurrir a la doctrina de los derechos "no enumerados" o derechos "no escritos".

Es bien conocido que en un sinnúmero de oportunidades, la realidad supera la imaginación. Por ello, y para que los textos constitucionales y, en particular, aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales como consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, las constituciones suelen habilitar una cláusula de "desarrollo de los derechos fundamentales", cuyo propósito no solo es prestarle el reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino incluso, dotarlos de las mismas garantías de aquellos que sí lo tienen expresamente. Ese es el propósito que cumple, por cierto, el artículo 3° de nuestra Constitución.

Desde luego que la consideración de derechos no enumerados debe distinguirse de los "contenidos implícitos" de los "derechos viejos". En ocasiones, en efecto, es posible identificar dentro del contenido de un derecho expresamente reconocido otro derecho que, aunque susceptible de entenderse como parte de aquel, sin embargo, es susceptible de ser configurado autónomamente. Es lo que sucede con el derecho a un plazo razonable y su consideración de contenido implícito del derecho al debido proceso.

Ese es también el caso de aquellos "contenidos nuevos" de un "derecho escrito". Y es que existen determinados contenidos de derechos fundamentales cuya necesidad de tutela se va aceptando como consecuencia del desarrollo normativo, de las valoraciones sociales dominantes, de la doctrina y, desde luego, de la propia jurisprudencia constitucional.

Nuestra Constitución Política recoge en su artículo 3° una "enumeración abierta" de derechos, lo cual no obsta para pensar que en ciertos derechos constitucionales explícitamente reconocidos, subyacen manifestaciones del derecho que antaño no habían sido consideradas. El Tribunal Constitucional considera que, en la medida en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre, puesto que ello impediría la tendencia a recurrir constantemente a la cláusula constitucional de los derechos "no enumerados" y, con ello, desvirtuar el propósito para el cual fue creada. La apelación al artículo 3° de la Constitución, en ese sentido, debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita.

6. Así las cosas, y habiéndose considerado que en virtud de la libertad de conciencia, toda persona tiene derecho a formar su propia conciencia, no resulta descabellado

afirmar que uno de los contenidos nuevos del derecho a la libertad de conciencia esté constituido, a su vez, por el derecho a la objeción de conciencia, porque de qué serviría poder autodeterminarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia. No permitirle al individuo actuar conforme a los imperativos de su conciencia, implicaría que el derecho a la formación de esta careciera de toda vocación de trascendencia, pues sucumbiría en la paradoja perversa de permitir el desarrollo de convicciones para luego tener que traicionarlas o reprimirlas con la consecuente afectación en la psiquis del individuo y, por ende, en su dignidad de ser humano. De allí que el Tribunal Constitucional considere, sin necesidad de acudir a la cláusula 3° de la Constitución, que el derecho a la libertad de conciencia alberga, a su vez, el derecho a la objeción de conciencia.

7. El derecho constitucional a la objeción de conciencia, como adelantábamos en el fundamento tercero, permite al individuo objetar el cumplimiento de un determinado deber jurídico, por considerar que tal cumplimiento vulneraría aquellas convicciones personales generadas a partir del criterio de conciencia y que pueden provenir, desde luego, de profesar determinada confesión religiosa. Así, la objeción de conciencia tiene una naturaleza estrictamente excepcional, ya que en un Estado Social y Democrático de Derecho, que se constituye sobre el consenso expresado libremente, la permisión de una conducta que se separa del mandato general e igual para todos, no puede considerarse la regla, sino, antes bien, la excepción, pues, de lo contrario, se estaría ante el inminente e inaceptable riesgo de relativizar los mandatos jurídicos. En atención a lo dicho, la procedencia de la eximencia solicitada por el objetor debe ser declarada expresamente en cada caso y no podrá considerarse que la objeción de conciencia garantiza *ipso facto* al objetor el derecho de abstenerse del cumplimiento del deber. Y por ello, también, la comprobación de la alegada causa de exención debe ser fehaciente.

8. En el presente caso, conforme se desprende del documento obrante a fojas 21, el recurrente pertenece a la Iglesia Adventista del Séptimo Día desde el 6 de noviembre de 1993; lo que significa que, con el transcurrir del tiempo, el recurrente incorporó a su patrimonio ideológico determinadas convicciones que se desprenden de la doctrina profesada por la Iglesia antes referida, uno de cuyos preceptos ordena el reposo durante los días sábados. Asimismo, según se observa de un documento que contiene lo señalado en la Sesión de Directorio N°. 23.-D-DPTAL-LAMB-ESSALUD-2000, de fecha 1 de diciembre de 2000, obrante a fojas 45, que si bien en dicha reunión se planteó la interrogante respecto de las razones por las cuales el demandante no registra producción laboral los días sábados, en la misma sesión se da respuesta a la disyuntiva cuando el propio director indica que "se tiene conocimiento de que dicho profesional practica la religión adventista, cuyos integrantes toman descanso los días sábados". Es claro entonces que la empleada tenía pleno conocimiento de

la confesión religiosa del recurrente, razón por la que se puede presumir con razonable objetividad que éste fue el motivo por el que no se le programó en las jornadas laborales de los días sábados durante los años 1999 y 2000.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que si en un principio la emplazada optó por respetar los designios derivados de los dogmas religiosos profesados por el recurrente, no existen razones legítimas para que, con posterioridad, se decidiera cambiar de decisión. Este criterio, desde luego, no significa que el Tribunal desconozca el *ius variandi* del empleador; pero, en atención a su carácter de derecho fundamental, derivado del principio de dignidad humana, para que se realizara tal cambio era preciso que se observara un mínimo de razonabilidad en los fundamentos del cambio. Y es que de conformidad con el artículo 7º, numeral 7.1, de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, de aplicación al caso de autos, en virtud de la Primera Disposición Transitoria, numeral 2), de la misma ley, los actos de administración interna en el sector público se orientan a la eficiencia y eficacia; no habiéndose acreditado en autos si el acto ejecutado en contra del recurrente se ha orientado hacia tales principios, el Tribunal Constitucional estima que este es irrazonable y desproporcionado.

La vaga referencia a las "razones de necesidad institucional" que la emplazada formula en su contestación de la demanda parecen ser, desde todo punto de vista, ambiguas e insuficientes. Tampoco puede considerarse que el otorgar, en este caso, al recurrente el beneficio de la eximición de acudir los días sábados, pudiera significar una afectación al derecho de igualdad de los demás médicos que prestan servicios a la emplazada, toda vez que el demandado ha demostrado, a través de la documentación que obra de fojas 6 a 13, que cumple durante los días lunes a viernes con las 150 horas mensuales promedio que los médicos asistentes están obligados a laborar. Ello, sin perjuicio de que, a diferencia probablemente de otros médicos, pueda señalarse como día laborable, si es el caso, los domingos.

9. De este modo, dadas las particulares circunstancias del caso, la objeción de conciencia al deber de asistir a laborar los días sábados planteada por el recurrente, encuentra fundamento en la medida en que la empresa no ha aportado razones objetivas que permitan concluir que el cambio en la programación laboral obedezca a intereses superiores de la institución hospitalaria compatibles con el sacrificio del derecho del recurrente, que, aunque excepcional, resulta plenamente aplicable a esta causa.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica,

FALLA

REVOCANDO la recurrida, que, confirmando la apelada, declaró fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa e improcedente la demanda; y, reformándola, declara infundada la citada excepción y

FUNDADA la acción de amparo; ordena a la demandada no incluir al recurrente en las jornadas laborales de los días sábados y permitirle tomar todas las medidas razonables que la ley autorice para compensar dichas inasistencias, de forma tal que no se vea afectada la productividad laboral del recurrente. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

REY TERRY
REVOREDO MARSANO
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO GUILLERMO REY TERRY

1. La Constitución Política del Estado reconoce y respeta la libertad de credos religiosos existentes en la República dentro de la irrestricta libertad de conciencia y creencia consagradas en la Carta Magna.
2. La legislación positiva sobre relaciones laborales que, a su vez, se inspira en el concepto de libertad de trabajo como un deber y un derecho, no ampara diferencias basadas en las modalidades laborales vinculadas a creencias religiosas.
3. No es constitucionalmente aceptable, a juicio del suscrito, que un trabajador, cualquiera que sea su credo religioso, se ampare en este para pedir ser exceptuado de su obligación de laborar un determinado día de la semana por considerar que en ese día, de acuerdo con su fe, se encuentra proscrito el trabajo en cualquiera de sus formas.
4. Debe tenerse en cuenta, además, que la modalidad de trabajo solicitada por el profesional médico, en el caso específico, no se compadece, a criterio del suscrito, con la tarea encomendada, cual es el cuidado de la salud afectada de los pacientes, quienes podrían requerir sus servicios precisamente en el día en que no labora.
5. En consecuencia, no resulta constitucionalmente compatible con la libertad de conciencia y de creencia el hecho de solicitar, basándose en estos atributos fundamentales, un trato privilegiado que comporta el hecho de no laborar un determinado día de la semana amparándose en una opción de carácter religioso, aunque pudiera completar en los otros días el total de la jornada ordinaria establecida en la legislación pertinente.
6. Como se afirma que el solicitante ha venido tomando descanso en un día de la semana en razón de su credo, ello no puede perennizarse alegando que ha devenido en una suerte de costumbre, porque esta –concebida por la doctrina *costumbre integrativa*– se lleva a cabo en el desarrollo eventual o al margen de la ley, pero no en forma contraria a ella, y que, sin embargo, los demás trabajadores observan cumplidamente bajo un

ineludible sentido de igualdad laboral, por cuanto la costumbre, en tal caso, no es sino fuente supletoria de derecho, no pudiendo por ello anteponerse a la ley, que es fuente inmediata y primordial de derecho, y menos aún derogarla, porque según nuestra Constitución, una ley se deroga solo por otra ley.

7. Finalmente, según la función directriz que orienta la gestión responsable del empleador y el principio *jus variandi* que le es inherente, este puede efectuar cambios y regularizar actividades laborales sin incurrir en discriminación alguna, en procura de alcanzar cumplidamente los objetivos establecidos en la entidad a su cargo y dentro de la observancia estricta de las regulaciones legales.

Por estas consideraciones, el suscrito estima que la petición del recurrente debe declararse INFUNDADA.

S.
REY TERRY

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA DELIA REVOREDO MARSANO

1. Como expresan mis colegas en el fundamento 3, los derechos de conciencia y de libertad de religión invocados por el demandante están vinculados a la libertad de ideas y a la libertad de creencias, respectivamente.

2. Opino que, en este caso, el hospital no ha prohibido al accionante ejercer su derecho de conciencia ni le ha impedido optar por la religión de su elección. Prueba de ello es que ha optado, desde hace años, por la doctrina de la Iglesia Adventista del Séptimo Día.

La exigencia laboral del hospital se refiere, exclusivamente, a que el demandante trabaje algunos días sábados por requerirlo así la salud de los pacientes y la organización interna del nosocomio.

3. La exigencia de trabajar algunos días sábados conforme al rol establecido, trae como consecuencia, para el demandante, que no pueda dedicar esos días al culto de su elección, que le exige reposo en esos mismos días.

4. Nótese que ha sido el propio demandante quien libremente decidió ser profesional médico –con todas las limitaciones que a la libertad personal y al reposo exige dicha profesión–, así como que fue él quien decidió, libremente y sin condiciones, trabajar en la entidad demandada. También, que fue el propio demandante el que optó por elegir como religión a la Adventista del Séptimo Día, con las restricciones laborales –en los días sábados– que esa religión impone.

5. Estamos, entonces, frente a dos necesidades de satisfacción excluyente. El Tribunal Constitucional debe decidir cuál de ellas pesa más desde el punto de vista constitucional, a fin de preferir su satisfacción.

6. Es razonable pensar que el demandante, al escoger la medicina como profesión, conocía de antemano los sacrificios que esa carrera implica respecto a la libertad personal y, especialmente, al reposo. También es razonable

deducir que, al aceptar trabajar en un hospital, conocía que debía ceñirse a la organización laboral que imponían sus autoridades. El demandante, además, no condicionó su contratación laboral en dicho centro médico a no trabajar los días sábados. Él sí –y no la institución– sabía del impedimento religioso antes de celebrar el contrato laboral.

Por otra parte, es obvio que los pacientes no pueden elegir los días en que se enferman y es igualmente evidente que también hay necesidad de servicio médico –y generalmente más que en otros– los días sábados.

El hecho de que las autoridades anteriores permitieron al demandante no trabajar esos días, no es fundamento válido para obligar a todas las autoridades futuras del hospital a hacer lo mismo, salvo que ello constara en su contrato de trabajo, que no es el caso. El buen funcionamiento del hospital y la atención a la salud de los pacientes son valores que la ley pone por encima de autorizaciones benevolentes por razones de culto, aunque tales concesiones hayan sido reiterativas.

7. Debe considerarse, también, que todos los médicos que trabajan en la entidad demandada tienen iguales derechos constitucionales.

En teoría, entonces, –si se establece que un profesional tiene el derecho de no laborar ciertos días por necesidades de culto– todos los médicos de un mismo centro de salud podrían exigir no trabajar el mismo día de la semana basándose en que optaron por la misma religión. El principio de igualdad exige que estas inevitables restricciones al reposo semanal se repartan equitativamente entre todos los profesionales del hospital. Acceder a la solicitud de uno de ellos, porque busca ejercer un derecho que los demás también tendrían, implicaría la posibilidad negativa de tener que conceder igual ventaja a todos los que protegen el orden público. Mas bien, se creará un desorden público, pues esta sentencia permitirá –porque a igual razón, igual derecho– que todos los que profesan la religión de la Iglesia Adventista –que son muchísimos– dejen de trabajar tanto en el sector público como en el privado, los días sábados, y, congruentemente, permitirá también que todos los trabajadores católicos de ambos sectores, público y privado –que son la mayoría–, dejen de trabajar los días domingos. Esto es inaceptable tratándose de la salud de la población, que exige ser atendida de forma inmediata e ininterrumpida. El Tribunal Constitucional debe dar mayor peso al valor de la salud colectiva como bien social, que al derecho individual del demandante a descansar los días sábados por razones de culto. Así lo reconocen la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 18.º, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 18.º y el artículo 12.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que permiten expresamente restricciones al derecho de conciencia y de religión cuando se trata de la salud.

Mi voto, entonces, es por declarar **INFUNDADA** la demanda.

S.
REVOREDO MARSANO

Exp. N° 0976-2001-AA/TC [Proceso de Amparo promovido por Eusebio Llanos Huasco. Sobre el despido arbitrario, el derecho al trabajo y los derechos fundamentales].

Fecha de Resolución: 13 de marzo de 2003

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 13 de mayo de 2003

Resumen: A través de la presente causa el Tribunal Constitucional determinó los alcances del derecho constitucional reconocido en el artículo 27° de la Constitución Política del Perú, el cual prescribe: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".

Precisó que en dicho precepto constitucional no se consagra el derecho a la estabilidad laboral absoluta, es decir, el derecho "a no ser despedido arbitrariamente", pues sólo se reconoce el derecho del trabajador a la "protección adecuada" contra el despido arbitrario. Ahora, tampoco se indica los términos en que debe entenderse la "protección adecuada", contemplando, en su lugar, una reserva de ley para su desarrollo.

Así, el Tribunal opinó que si bien el texto constitucional no ha establecido cómo puede entenderse dicha protección contra el despido arbitrario, ella exige que cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, éstas deban satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad o, como dice expresamente el texto constitucional, se trate de medidas "adecuadas". Consideró en tal sentido que dicho tema puede ser abordado desde dos perspectivas o dimensiones:

a) **Dimensión sustantiva:** El legislador puede adoptar, entre otras fórmulas intermediarias, por las siguientes:

a.1) **Protección "preventiva" del despido arbitrario:** Según la cual la protección adecuada que enuncia el artículo 27° de la Constitución se traduce en evitar el despido arbitrario, es decir, que mediante ley se prevea que no se puede despedir arbitrariamente al trabajador si es que no es por alguna causal y en la medida que ésta se pruebe, previo procedimiento disciplinario, si fuera el caso.

En nuestro ordenamiento jurídico un régimen de protección adecuada contra el despido arbitrario en esos términos es el que se ha previsto para los trabajadores sujetos al régimen de la actividad pública a través del Decreto Legislativo N° 276. Asimismo, en el régimen laboral de la actividad privada, regulado por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, esta protección "preventiva" se materializa en el procedimiento previo al despido establecido en el artículo 31° de dicha ley. Al respecto el Tribunal, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 976-96-AA/TC, estableció que la omisión del procedimiento previo de defensa del trabajador vulnera el derecho constitucional al debido proceso y ordenó la reposición del recurrente.

a.2) **Protección "reparadora" contra el despido arbitrario:** Según este segundo criterio, el legislador puede optar por desarrollar el contenido del derecho regulado por el artículo 27 de la Constitución de modo tal que ante el supuesto de despido arbitrario contra un trabajador, la ley prevé una compensación económica o una indemnización por el accionar arbitrario del empleador. En tal supuesto, la ley no evita que se produzca el despido arbitrario, sino que se limita a reparar patrimonialmente sus consecuencias.

El Tribunal Constitucional considera que el régimen resarcitorio es compatible con los principios y valores constitucionales en aquellos casos en los que, o bien el trabajador, una vez que fue despedido arbitrariamente, cobra la indemnización correspondiente o, en su defecto,

inicia una acción judicial ordinaria con el objeto de que se califique el despido como injustificado, con el propósito de exigir del empleador el pago compulsivo de la referida indemnización. En cualquiera de esos casos, por tratarse de una decisión enteramente asumida conforme a su libre albedrío por el trabajador, la protección adecuada contra el despido arbitrario debe traducirse inexorablemente en el pago de la correspondiente indemnización.

b) **Dimensión procesal:** El establecimiento de un régimen "sustantivo" de protección adecuada contra el despido arbitrario, en los términos antes indicados, no es incompatible con la opción de que el mismo legislador establezca, simultáneamente, un sistema de protección adecuada contra el despido arbitrario, por decirlo así, de carácter "procesal".

b.1) Un modelo de protección procesal estrechamente ligado al régimen de protección sustantiva, que aquí se ha denominado de carácter reparador, es lo que sucede con la acción indemnizatoria o, excluyentemente, la acción impugnatoria de despido (con excepción del supuesto de despido "nulo") en el ámbito de la jurisdicción ordinaria. En tal supuesto, el régimen de protección procesal se encuentra inexorablemente vinculado con lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 728, pues, de advertirse que el despido del que fue objeto un trabajador fue arbitrario, el juez laboral no podrá tutelar el derecho más allá de lo que en dicha legislación se prevé a propósito de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada; es decir, ordenar el pago de la indemnización correspondiente.

b.2). Al lado de ella, puede establecerse un sistema o régimen de protección jurisdiccional con alcances diferentes. Es decir, que en vez de prever una eficacia resarcitoria, pueda establecerse una vía procesal de eficacia restitutoria. Es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional. Por la propia finalidad del amparo, el tipo de protección procesal contra el despido arbitrario no puede concluir, como en las acciones deducibles en la jurisdicción ordinaria, en ordenar el pago de una indemnización frente a la constatación de un despido arbitrario; sino en reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, es decir en restituir al trabajador a su centro de trabajo, del cual fue despedido arbitrariamente.

Por lo expuesto, el Tribunal Constitucional refirió no compartir la tesis de la demandada, según la cual en el amparo no cabe ordenarse la restitución del trabajador despedido arbitrariamente, sino únicamente ordenarse el pago de una indemnización. Consideró que tal postura, en torno a las implicancias del artículo 27 de la Constitución, soslaya el régimen procesal que también cabe comprender dentro de dicha cláusula constitucional y que constituye un derecho del trabajador despedido arbitrariamente.

Asimismo, mencionó que tales efectos restitutorios (readmisión en el empleo) derivados de despidos arbitrarios o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a derechos humanos, se generan en los tres casos siguientes:

a) **Despido nulo:** Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en el artículo 29° del Decreto Legislativo N° 728 y como consecuencia de la necesidad de proteger, entre otros, derechos tales como los previstos en el inciso 2) del artículo 2°; inciso 1) del artículo 26° e inciso 1) del artículo 28° de la Constitución.

b) **Despido incausado:** Cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique. Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en la STC N° 1124-2002-AA/TC. Ello a efectos de cautelar la vigencia plena del artículo 22° de la Constitución (Derecho al trabajo) y demás conexos.

c) **Despido fraudulento:** Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido implícitamente en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 0628-2001-AA/TC, en la cual se pretendió presentar un supuesto de renuncia voluntaria cuando en realidad no lo era.

En mérito a todo lo expuesto, el Colegiado precisó que cuando el artículo 27° de la Constitución establece que contra el despido arbitrario la ley dispensará una "protección adecuada", tal disposición no puede entenderse en el sentido de que con ella se está constitucionalizando el derecho del empleador de despedir arbitrariamente. Asimismo, estimó que la protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27° de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso.

El Colegiado declaró la improcedencia del presente caso al considerar que el despido efectuado requería de medios probatorios adicionales que no podían ser actuados en un proceso de amparo, dejando a salvo el derecho del actor para que lo haga valer conforme a ley.

Temas Claves: Adecuada protección contra el despido arbitrario - derecho al trabajo - despido arbitrario - despido fraudulento - despido incausado - despido nulo - eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

EXP. N.º 976-2001-AA/TC

**EUSEBIO LLANOS HUASCO
HUANUCO**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 13 días del mes de marzo del 2003, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Rey Terry, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recuso extraordinario interpuesto por don Eusebio Llanos Huasco contra la resolución de la Sala Civil de la Corte Superior de Huanuco Pasco de fecha 14 de Agosto del 2001 que, confirmando la apelada, declara infundadas las defensas previas y excepción de incompetencia formuladas por la demandada así como infundada la demanda interpuesta.

ANTECEDENTES

Con fecha 18-04-2001, don Eusebio Llanos Huasco interpone acción de amparo contra Telefónica del Perú S.A. solicitando se deje sin efecto legal la Carta Notarial de fecha 16-02-2001, por considerar que vulnera su derecho constitucional al trabajo, por la que solicita su inmediata reposición en el puesto que venía desempeñando hasta antes del 21-02-2001.

Especifica el demandante que ha laborado en la empresa Telefónica del Perú desde Marzo de 1981 hasta el 21-02-2001, fecha en la que se le impidió ingresar a su centro de trabajo. Durante dicho periodo nunca ha tenido problemas con la empresa demandada, ni tampoco ha sido sancionado administrativamente por algún hecho; por el contrario, ha sido un trabajador eficiente y responsable, habiendo obtenido incluso el reconocimiento de la empresa como uno de los más sobresalientes trabajadores, como lo acredita mediante instrumentales que adjunta. No

obstante, señala que la demandada le ha cursado la antes citada Carta Notarial, mediante la que le comunica que ha decidido dar por concluido su contrato de trabajo, por haber incurrido en supuestas faltas graves contempladas en los literales a), c) y d) del Artículo 25° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por D.S. N° 003-97-TR, tales como: a) haber brindado información falsa presentando documentos sobre valuados; b) quebrantar la buena fe laboral al hacer mal uso de la confianza depositada generando un documento en complicidad con el propietario del Hostal Latino de Tingo María; c) presentar documentos sobre valuados para conseguir beneficios personales con la intención de causar daño a la empresa, y d) perjudicar económicamente a la empresa; imputaciones todas estas que se le han hecho en base a un supuesto informe u oficio remitido por el propietario del citado Hostal Latino donde se indica que a solicitud del demandante, se habría sobre valuado la Factura N.º 009641 por el importe de S/. 300.00 Nuevos Soles. Sostiene que dichos cargos enervados mediante las comunicaciones que cursó con fechas 21-12-2000 y 05-02-2001, en las que desvirtúa las afirmaciones hechas por la demandada; incluso el mismo accionante, con fecha 15-02-2001, ha cursado carta notarial al propietario del Hostal Latino, a fin de que dicha persona rectificara el informe falso y malicioso que se curso al Jefe Zonal de Huancayo con fecha 17-01-2001 (sic), no obstante lo cual hasta la fecha no se ha dado respuesta a su comunicación. Agrega que se le ha perjudicado como represalia por haber interpuesto a la misma demandada, una acción judicial sobre reconocimiento de años de servicios y pago de remuneraciones insolutas, la misma que actualmente se encuentra en trámite y donde a nivel de primera instancia ha obtenido resolución favorable a su pretensión.

Telefónica del Perú S.A. solicita se declare inadmisibles o infundada la pretensión. Especifica que la acción debe rechazarse de plano porque la violación alegada se ha convertido en irreparable al haberse despedido al demandante de acuerdo a ley; en todo caso, la reposición no procede sino en los supuestos de despidos nulos, lo que no sucede en el presente caso. Agrega, además, que

la presente vía, por su carencia de etapa probatoria, no resulta la idónea, sino la vía laboral, motivo por lo que deduce la excepción de incompetencia. Por último, y en cuanto al fondo, precisa que no se ha vulnerado los derechos constitucionales reclamados, habida cuenta que su despido se ha producido tras haberse comprobado la existencia de una falta grave, frente a la cual el demandante ha hecho uso de su derecho de defensa.

El Segundo Juzgado Mixto de Huanuco, con fecha 13-06-2001, a fojas 151 a 159, declara infundadas las defensas previas y la excepción de incompetencia, e infundada la demanda, por considerar que resulta imposible reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho invocado, por cuanto el demandante fue despedido en aplicación de la ley y conforme a la misma se le dio el derecho a efectuar sus descargos. Por otra parte, las faltas imputables al actor están previstas en la ley, por lo que el empleador ha procedido a aplicar la misma; en todo caso, para discutir dicha controversia se requiere de estación probatoria de la cual carece el amparo. Finalmente el Artículo 27° de la Constitución, no supone la posibilidad de que se reponga al trabajador.

La recurrida confirmó la apelada, fundamentalmente por considerar que el demandante ha sido debidamente informado de los cargos formulados en su contra, los que además se encuentran tipificados en la ley, por lo que no se ha vulnerado sus derechos constitucionales.

FUNDAMENTOS

I. Petitorio

1. Conforme aparece en el petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a que se deje sin efecto legal la Carta Notarial de fecha 16 de febrero de 2001, por considerar que se ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo. En consecuencia, solicita que se ordene su inmediata reposición en el puesto que venía desempeñando hasta antes del 21 de febrero de 2001.

2. La demandada ha sostenido, en su escrito de contestación de la demanda, que el amparo no sería la vía adecuada para resolver la controversia, pues la reposición sólo procede en el caso de los despidos nulos, lo que no es el caso, pues se despidió al actor por la comisión de falta grave. Señala, asimismo, que la vía del amparo no es la idónea, pues la controversia es de naturaleza laboral y el amparo no tiene estación probatoria.

II. El carácter alternativo del amparo

3. Independientemente que este Tribunal Constitucional vaya a pronunciarse más adelante sobre el primer aspecto que se ha cuestionado, es importante señalar que el Colegiado no comparte el criterio según el cual el proceso de amparo no sería la vía idónea para resolver la presente controversia, sino, únicamente, el proceso laboral.

Sobre el particular, el Tribunal debe recordar que, en nuestro ordenamiento jurídico, el afectado en sus derechos constitucionales laborales no está obligado a

acudir previamente a las instancias judiciales ordinarias, y sólo si en ellas no se hubiera obtenido una tutela judicial adecuada, acudir al amparo. En nuestro país, en efecto, el amparo constitucional no es una vía excepcional, residual o extraordinaria, a la cual el justiciable debe recurrir cuando ha agotado todas las vías judiciales idóneas para tutelar los derechos constitucionales.

Al contrario, nuestra legislación (inciso 3° del artículo 6° de la Ley N.° 23506) condena con la desestimación de la demanda si es que antes de acudir a la acción de amparo, el justiciable optó por la vía ordinaria. Lo que significa que, contrariamente a lo que sucede en otros ordenamientos, como el argentino o el español, en nuestro país el amparo es un proceso, por llamarlo así, "alternativo", es decir, al que se puede acudir no bien se culmina con agotar la vía previa, y siempre que con él se persiga la protección de derechos reconocidos en la Constitución.

Tal carácter alternativo del amparo nada tiene que ver con el hecho de que dicho instituto carezca de estación probatoria (lo que no implica impedimento alguno para actuar medios de prueba), ya que mediante este proceso no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto cuestionado.

De ahí que este remedio procesal, en buena cuenta, constituya un proceso al acto, en el que el juez no tiene tanto que actuar pruebas, sino juzgar en esencia sobre su legitimidad o ilegitimidad constitucional. Como dice Juventino Castro [*El sistema del derecho de amparo*, Editorial Porrúa, México 1992, Pág. 169] "en el (...) amparo hay dos hechos a probar esencialmente: la existencia del acto reclamado, que en ocasiones es una cuestión de hecho, y su constitucionalidad o inconstitucionalidad, que generalmente es una cuestión de derecho, valorable finalmente por el juzgador".

Por ello, si en el amparo no hay conflicto de derechos e intereses "subjetivos" contrapuestos entre partes, ello es porque los términos de la controversia giran fundamentalmente en torno a una cuestión de interpretación constitucional. Y, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal Alemán, dicha interpretación "tiene la naturaleza de un disenso en el que se mencionan los argumentos a favor y en contra y finalmente se llega a una resolución de acuerdo con las mejores" [BverfGE, 82, 30 (38-39)].

La inexistencia de la estación de pruebas, por tanto, no se deriva de la naturaleza sumaria y breve del amparo, sino de la finalidad y el objeto del proceso.

En ese sentido, teniendo en cuenta que en el presente caso se ha alegado la violación de un derecho constitucional, el Tribunal Constitucional es competente para entrar al fondo de la controversia.

III. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales y el Amparo contra particulares

4. Como se ha expuesto en los antecedentes de esta sentencia, un particular cuestiona que otro particular, Telefónica del Perú S.A., afecte sus derechos constitucionales. Tal controversia, si desde una perspectiva laboral podría caracterizarse como un conflicto que involucra a un trabajador con su empleador; desde una perspectiva constitucional, en su versión sustantiva, se encuadra en la problemática de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados y, en su versión procesal, en la procedencia o no del denominado "amparo entre particulares".

A) Eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre privados

5. Desde una perspectiva histórica, los derechos fundamentales surgieron como derechos de defensa oponibles al Estado. Es decir, como atributos subjetivos que protegían un ámbito de autonomía individual contra acciones u omisiones derivadas de cualquiera de los poderes públicos. De esta forma, los derechos y libertades fundamentales tenían al individuo por sujeto activo, y únicamente al Estado como sujeto pasivo, en la medida en que ellos tenían por objeto reconocer y proteger ámbitos de libertad o exigir prestaciones que los órganos públicos debían otorgar o facilitar.

Por su propia naturaleza de "derechos públicos subjetivos", tales facultades no se extendían al ámbito de las relaciones privadas, pues se concebía que era inadmisibles que entre privados se presentaran abusos o relaciones asimétricas, en razón a que dichas articulaciones, teóricamente, se realizaban en condiciones plenas de libertad e igualdad, que sólo el Estado podía poner en cuestión.

Tal concepción se tradujo en considerar a la Constitución sólo como un documento normativo a partir del cual se regulaban las relaciones entre los individuos y el Estado, en tanto que las relaciones entre privados -en principio, libres e iguales- debía realizarse a través del Código Civil, que de esta manera era presentado como el estatuto jurídico fundamental de los particulares. Como eufemísticamente lo ha señalado Konrad Hesse [*Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Editorial Civitas, Madrid 1995, Pág. 37], el Código Civil se convertía, así, en el "auténtico baluarte de la libertad".

Hoy, desde luego, los derechos fundamentales no son sólo derechos públicos subjetivos, esto es, libertades que garantizan sólo un *status negativus*, la preservación de un ámbito de autonomía personal oponible al Estado. A juicio del Tribunal Constitucional, al lado de la idea de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, también hay que reconocer en ellos el establecimiento de verdaderos valores supremos, es decir, el componente estructural básico del orden constitucional, "en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; (...) el fundamento del orden jurídico y de la paz social." [STC de España 53/1985, Fund. Jur. N°. 4].

Y es que, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, la Constitución, que no quiere ser un ordenamiento neutral, ha introducido con los derechos fundamentales un ordenamiento valorativo objetivo, en el cual se encuentra la más importante consolidación de la fuerza de validez de aquellos. Este sistema de valores, que encuentra su punto central en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad del ser humano, vale como una decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del derecho: legislación, administración y jurisdicción reciben de ella sus líneas orientativas y su impulso [BverfGE 7, 204 y ss].

Ello significa que los derechos fundamentales no sólo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos, al mismo tiempo que informan y se irradian las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada.

Este especial deber de protección que se deriva de esta concepción objetiva de los derechos fundamentales, impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que éstos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes pueda proceder la lesión. Con lo cual entre los sujetos pasivos de los derechos ya no sólo se encuentra el Estado, sino también a los propios particulares.

Como se ha dicho, esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados se deriva del concepto de Constitución como *Ley Fundamental de la Sociedad*, que en nuestro ordenamiento se encuentra plasmado a través del artículo 1° de la Constitución de 1993, que pone énfasis en señalar que "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

Se trata, además, de una consecuencia que se deriva, en todos sus alcances, del propio artículo 38° de la Constitución, según el cual "Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)". Con dicho precepto constitucional se establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares con el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. De manera que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza reguladora de las relaciones jurídicas, se proyecta también a las establecidas entre particulares, por lo que cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcarlos o desconocerlos, deviene inexorablemente en inconstitucional.

En suma, pues, los derechos constitucionales informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico, -incluidos los referidos a la materia laboral- pues ellos forman parte esencial del *orden público constitucional*.

B) La eficacia directa e indirecta de los derechos fundamentales

6. Los derechos fundamentales tienen eficacia directa en las relaciones *inter privatos* cuando esos derechos subjetivos vinculan y, por tanto, deben ser respetados, en cualesquiera de las relaciones que entre dos particulares se pueda presentar, por lo que ante la posibilidad de que éstos resulten vulnerados, el afectado puede promover su reclamación a través de cualquiera de los procesos constitucionales de la libertad.

Como expresó la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en 1957, en el *Leanding Case Angel Siri*: "Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos (...) esté circunscrita a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, *latu sensu*, carezca de la protección constitucional adecuada (...) por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos (...)"

Aún menos admisible es el distingo a que antes se ha hecho referencia, considerando las condiciones en que se desenvuelve la vida social de estos últimos cincuenta años. Además de los individuos humanos y del Estado, hay una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico. (...)

Lo que primordialmente tienen en vista el hábeas corpus y el recurso de amparo, no es el origen de la restricción, sino estos derechos en sí mismos, a fin de que sean salvaguardados".

7. En cambio, se dice que los derechos fundamentales sólo tienen eficacia indirecta cuando no tienen la capacidad de regular directamente las relaciones *inter privatos*, sino que tal eficacia se materializa mediatamente a través de su recepción por la ley y la protección de los jueces de la jurisdicción ordinaria, quienes están llamados a aplicar las leyes y reglamentos de conformidad con la Constitución y, en especial, con el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. Tal teoría de la eficacia de los derechos fundamentales matiza la incidencia de éstos en el ámbito del derecho privado, filtrándolos a través de las normas propias de cada sector del ordenamiento (civil, laboral, etc.).

Desde esta perspectiva, un problema entre privados en materia de derechos fundamentales no es resoluble, en principio, mediante los procesos de la justicia constitucional de la libertad, sino a través de los que existen en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

Lo anterior no quiere decir que tales problemas no puedan ser resueltos en algún momento a través del amparo, sino

que, para que ello suceda, es precisa la mediación del juez ordinario, a quien por ficción, en caso de no dispensar una tutela adecuada, se le termina imputando la lesión de los derechos constitucionales. Como puede observarse, tal construcción en torno a la eficacia indirecta de los derechos se realiza en un marco donde es difícil salirse del esquema de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, de modo que mientras no exista acto estatal que se interponga, no es posible que mediante el amparo se pueda resolver este tipo de problemas.

Así sucede en España y en Alemania, países donde sus tribunales constitucionales, por disposición de sus leyes que los regulan, han proclamado que los derechos sólo pueden tener una eficacia indirecta o mediata entre particulares, por lo que a través del recurso de queja constitucional o del amparo no es posible que sean tutelados directamente [Alexei Julio Estrada, "Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales", en Miguel Carbonell, Compilador, *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México D.F. 2002, Pág. 203 y ss.].

También es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, cuya Corte Suprema, pese a los serios reparos que se la ha hecho, se ha negado a efectuar un control de constitucionalidad directo de los actos imputables a los particulares, entre tanto no exista una *state action*. De esa forma, los derechos reconocidos en la sucesivas enmiendas al texto constitucional, se han comprendido como que sólo vinculan al Estado y no pueden invocarse si no es en presencia de una acción estatal presuntamente ilícita. [Juan María Bilbao Ubillos, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (La noción de state action en la jurisprudencia norteamericana)*, McGraw-Hill, Madrid 1997].

C) El Amparo contra particulares y la eficacia directa (e indirecta) de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares en nuestro ordenamiento

8. En el caso peruano, si los derechos tienen una eficacia directa o indirecta en las relaciones entre particulares, es un asunto que la misma Constitución se ha encargado implícitamente de resolver. En efecto, aunque la Norma Suprema no contenga una cláusula expresa que lo prescriba, tal eficacia directa puede deducirse de los preceptos constitucionales a los que se ha hecho referencia en el Fundamento Jurídico N.º 6º de esta sentencia, y, además, del inciso 2) del artículo 200º, donde se preceptúa que "la acción de amparo, (...) procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier (...) persona".

Que cualquiera pueda interponer un amparo contra acciones u omisiones provenientes de una persona (natural o jurídica de derecho privado), quiere decir que los derechos constitucionales vinculan directamente esas relaciones *inter privatos* y, precisamente porque vinculan, su lesión es susceptible de repararse mediante esta clase de procesos.

Evidentemente, tal cosa no quiere decir que el juez constitucional pueda realizar un control de la misma intensidad como la que normalmente se realiza en los actos que emanan de los poderes públicos. Con frecuencia existen justificaciones para la realización de conductas o acto de los privados que no podrían aducirse nunca respecto de los actos emanados de órganos estatales. Ello es consecuencia, naturalmente, de que en la figura del amparo contra particulares, las partes que en ella participan son titulares de derechos constitucionales.

De ahí que, a juicio del Tribunal Constitucional, el control constitucional de los actos de particulares debe realizarse caso por caso y a través de un delicado juicio de proporcionalidad y razonabilidad.

9. Sin embargo, que problemas constitucionales de esta naturaleza puedan resolverse en el ámbito de la justicia constitucional de la libertad, no excluye que también puedan plantearse y resolverse en el ámbito de la justicia ordinaria. Es decir, que los derechos fundamentales también puedan tener una eficacia indirecta.

Si, como antes se ha indicado, los derechos fundamentales no sólo constituyen derechos subjetivos, sino también el componente estructural básico del orden constitucional, quiere ello decir que éstos tienen la capacidad de irradiarse por todo el ordenamiento jurídico, empezando, desde luego, por la ley y las normas con rango de ley. Lo que significa que las leyes deben de interpretarse y aplicarse de conformidad con los derechos fundamentales y que, en caso de que así no suceda, los jueces ordinarios se encuentran especialmente comprometidos en resolver las controversias para los cuales son competentes, de conformidad con esos derechos. Como también antes se ha expresado, ello se deriva del especial deber de protección que todos los poderes públicos están llamados a desarrollar a partir del carácter objetivo de los derechos fundamentales.

Esta hipótesis, es decir, que problemas relativos a derechos fundamentales entre particulares pueda resolverse en sede de la justicia ordinaria, es también una lectura que se deriva implícitamente del inciso 3) del artículo 6° de la Ley N°. 23506, al señalar que el afectado en sus derechos constitucionales puede optar por recurrir o bien a la justicia constitucional o bien a la justicia ordinaria, con la condición de que si acude a esta última, con posterioridad ya no podrá utilizar la acción de amparo.

En definitiva, ello significa que en nuestro país los derechos fundamentales tienen eficacia en las relaciones entre particulares, ya sea de manera directa o indirecta. Lo que vale tanto como afirmar que dichas controversias pueden resolverse bien en sede constitucional o bien en la justicia ordinaria.

La diferencia entre uno y otro sistema de protección jurisdiccional de los derechos es que ambos no siempre tienen la misma finalidad y, por tanto, los alcances de su protección pueden ser distintos. Aparte, desde luego, de las necesarias limitaciones a los que está sujeto el amparo en relación con los demás procesos ordinarios (Vg. la

inexistencia de estación probatoria, etc.). De ahí que, como en innumerables oportunidades lo ha advertido este Tribunal, para que eventuales abusos en las relaciones entre privados sean susceptibles de ser dilucidados en el ámbito de los procesos constitucionales, no basta que se produzca un acto arbitrario o que se haya vulnerado un interés o derecho subjetivo de orden estrictamente legal, sino que es preciso que éste repercuta directamente sobre un derecho constitucional.

De esta situación, por cierto, no se excluyen los problemas en materia de derechos constitucionales que se pudieran derivar de las relaciones entre empleadores y trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada. Los derechos fundamentales, en cuanto elementos objetivos del ordenamiento constitucional, deben ser protegidos con independencia del sector o parte del ordenamiento en el que las lesiones o amenazas de violaciones de derechos se pudieran presentar.

Por ello, este Tribunal Constitucional no comparte el criterio sostenido por la demandada según el cual el amparo no es la vía idónea para resolver esta controversia, pese a haberse alegado la violación de un derecho constitucional, pues el ordenamiento ha previsto que tal tipo de problemas pueden (o deben) resolverse mediante los procesos laborales. Como se ha indicado, un problema de la naturaleza que ahora tiene que resolver el Tribunal bien puede resolverse o a través del amparo, con las limitaciones que le son propias, o mediante los procesos ordinarios, con las notas que son propias de la protección jurisdiccional ordinaria.

IV. Los alcances del derecho constitucional reconocido en el artículo 27° de la Constitución

10. La demandada ha alegado que la pretensión del recurrente, esto es, que se ordene su reposición, es inadmisibles, toda vez que éste fue despedido en aplicación de lo dispuesto por el artículo 24 y siguientes de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que guarda concordancia con el artículo 27 de la Constitución Política del Perú.

11. El artículo 27 de la Constitución prescribe: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario". Mediante dicho precepto constitucional no se consagra el derecho a la estabilidad laboral absoluta, es decir, el derecho "a no ser despedido arbitrariamente". Sólo reconoce el derecho del trabajador a la "protección adecuada" contra el despido arbitrario.

El referido artículo no indica en qué términos ha de entenderse esa "protección adecuada". En su lugar señala que la ley tiene la responsabilidad de establecerla; es decir, que su desarrollo está sujeto al principio de reserva de ley. En la medida que el artículo 27 constitucional no establece los términos en que debe entenderse la "protección adecuada" y prevé una reserva de ley para su desarrollo, el derecho allí reconocido constituye lo que en la doctrina constitucional se denomina un "derecho constitucional de configuración legal".

Evidentemente, el que la Constitución no indique los términos de esa protección adecuada, no quiere decir que exista *prima facie* una convalidación tácita de cualquier posible desarrollo legislativo que se haga en torno al derecho reconocido en su artículo 27 o, acaso, que se entienda que el legislador se encuentre absolutamente desvinculado de la Norma Suprema. Si bien el texto constitucional no ha establecido cómo puede entenderse dicha protección contra el despido arbitrario, ella exige que, cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, éstas deban satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad o, como dice expresamente el texto constitucional, se trate de medidas "adecuadas".

Ante la diversidad de las formas cómo el legislador nacional puede desarrollar el contenido del derecho en referencia, para lo que goza un amplio margen de discrecionalidad dentro de lo permitido constitucionalmente, este Tribunal considera que dicho tema puede ser abordado, por decirlo así, desde dos perspectivas: por un lado a través de un régimen de carácter "sustantivo" y, por otro, con un régimen de carácter "procesal":

12. a) Según la primera, en su dimensión sustantiva, esto es, aquella que atañe al modo cómo ha de entenderse la protección adecuada contra el despido arbitrario regulado por el artículo 27 de la Constitución, el legislador puede adoptar, entre otras fórmulas intermedias, por las siguientes:

a.1) Protección "preventiva" del despido arbitrario

Según este modo posible de desarrollo legislativo del artículo 27 de la Constitución, el contenido del derecho puede ser configurado por el legislador de modo tal que se "prevenga", "evite" o "impida" que un trabajador pueda ser despedido arbitrariamente. Es decir, que mediante ley se prevea que no se puede despedir arbitrariamente al trabajador si es que no es por alguna causal y en la medida que ésta se pruebe, previo procedimiento disciplinario, si fuera el caso. Recibe la calificación de *preventiva* debido a que la protección adecuada que enuncia el artículo 27 de la Constitución se traduce en evitar el despido arbitrario.

En nuestro ordenamiento jurídico, un régimen de protección adecuada contra el despido arbitrario en esos términos es el que se ha previsto para los trabajadores sujetos al régimen de la actividad pública, a través del Decreto Legislativo N°. 276.

A su vez, en el régimen laboral de la actividad privada, regulado por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°. 728, aprobado por Decreto Supremo N°. 003-97-TR, esta protección "preventiva" se materializa en el procedimiento previo al despido establecido en el artículo 31° de dicha ley -inspirado, a su vez, en el artículo 7° del Convenio N°. 158 de la Organización Internacional del Trabajo-, que prohíbe al empleador despedir al trabajador sin haberle imputado la causa justa de despido y otorgando un plazo no menor a 6 días naturales para que pueda defenderse de dichos cargos, salvo el caso de falta grave flagrante. Al respecto este Tribunal, en la sentencia recaída en el Expediente N°. 976-96-AA/TC, estableció

que la omisión del procedimiento previo de defensa del trabajador vulnera el derecho constitucional al debido proceso, por lo que procedió a amparar el derecho lesionado ordenando la reposición del recurrente. En el mismo sentido se ha pronunciado en las sentencias recaídas en los expedientes Nos. 1112-98-AA/TC; 970-96-AA/TC, 795-98-AA/TC, 482-99-AA/TC, 019-98-AA/TC, 712-99-AA/TC y 150-2000-AA/TC.

a.2) Protección "reparadora" contra el despido arbitrario

Según este segundo criterio, el legislador puede optar por desarrollar el contenido del derecho regulado por el artículo 27 de la Constitución de modo tal que, ante el supuesto de despido arbitrario contra un trabajador, la ley prevé una compensación económica o una indemnización por el accionar arbitrario del empleador. En tal supuesto, la ley no evita que se produzca el despido arbitrario, sino que se limita a reparar patrimonialmente sus consecuencias.

El Tribunal Constitucional considera que el régimen resarcitorio es compatible con los principios y valores constitucionales en aquellos casos en los que, o bien el trabajador, una vez que fue despedido arbitrariamente, cobra la indemnización correspondiente o, en su defecto, inicia una acción judicial ordinaria con el objeto de que se califique el despido como injustificado, con el propósito de exigir del empleador el pago compulsivo de la referida indemnización. En cualesquiera de esos casos, por tratarse de una decisión enteramente asumida conforme a su libre albedrío por el trabajador, la protección adecuada contra el despido arbitrario debe traducirse inexorablemente en el pago de la correspondiente indemnización. En tal caso, el trabajador decide que la protección adecuada es el pago de su indemnización.

Así lo ha sostenido este Tribunal Constitucional en el caso Ramírez Alzamora (STC recaída en el Expediente N.º 0532-2001-AA/TC), donde declaró infundada la demanda planteada como consecuencia de un despido arbitrario, pues previamente el demandante aceptó el pago de sus beneficios sociales y la indemnización por el despido. En aquella ocasión, este Tribunal señaló lo siguiente: "De fojas cincuenta y cuatro a cincuenta y cinco obra la liquidación por tiempo de servicios debidamente suscrita por el demandante, en la que se designa el pago de la indemnización por despido arbitrario y demás beneficios sociales que establece la normativa laboral; lo que acredita que quedó extinguida la relación laboral entre las partes, conforme lo ha establecido este Tribunal a través de uniforme y reiterada jurisprudencia".

Este es, por cierto, el régimen legal que ha sido adoptado por el legislador tratándose de trabajadores sujetos a la actividad privada. Por ello, a juicio del Tribunal Constitucional, el artículo 34 del Decreto Legislativo N.º 728, en concordancia con lo establecido en el inciso d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador -vigente en el Perú desde el 7 de mayo de 1995-, ha previsto la indemnización como uno de los modos mediante los cuales el trabajador despedido arbitrariamente

puede ser protegido adecuadamente y, por ello, no es inconstitucional.

13. b) Sin embargo, el establecimiento de un régimen "sustantivo" de protección adecuada contra el despido arbitrario, en los términos que antes se ha indicado, no es incompatible con la opción de que el mismo legislador establezca, simultáneamente, un sistema de protección adecuada contra el despido arbitrario, por decirlo así, de carácter "procesal".

Es decir, el establecimiento mediante ley de un régimen de protección jurisdiccional contra el despido arbitrario que, en algunas oportunidades, puede encontrarse estrechamente relacionado con el régimen sustantivo, pero que en otros, también puede tener un alcance totalmente independiente.

b.1). En efecto, un modelo de protección procesal, estrechamente ligado al régimen de protección sustantiva, que aquí se ha denominado de carácter reparador, es lo que sucede con la acción indemnizatoria o, excluyentemente, la acción impugnatoria de despido (con excepción del supuesto de despido "nulo") en el ámbito de la jurisdicción ordinaria. En tal supuesto, el régimen de protección procesal se encuentra inexorablemente vinculado con lo dispuesto por el Decreto Legislativo N.º 728, pues, de advertirse que el despido del que fue objeto un trabajador fue arbitrario, el juez laboral no podrá tutelar el derecho más allá de lo que en dicha legislación se prevé a propósito de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada; es decir, ordenar el pago de la indemnización correspondiente.

Se trata de un sistema de protección adecuada contra el despido arbitrario que tiene una eficacia resarcitoria y, como tal, se trata de un derecho que el ordenamiento reconoce al trabajador, tal como se desprende, por lo demás, de la propia ubicación estructural asignada al artículo 34 dentro del Decreto Legislativo N.º 728.

b.2). Sin embargo, como antes se ha anotado, al lado de ella, puede establecerse un sistema o régimen de protección jurisdiccional con alcances diferentes. Es decir, que en vez de prever una eficacia resarcitoria, pueda establecerse una vía procesal de eficacia restitutoria. Es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional.

Por la propia finalidad del amparo, el tipo de protección procesal contra el despido arbitrario no puede concluir, como en las acciones deducibles en la jurisdicción ordinaria, en ordenar el pago de una indemnización frente a la constatación de un despido arbitrario; sino en, como expresamente indica el artículo 1º de la Ley N.º 23506, "reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional".

En el ámbito del amparo, en efecto, ese estado anterior al cual debe reponerse las cosas no es el pago de una indemnización. Es la restitución del trabajador a su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente.

Y es que, en rigor, en la vía del amparo no se cuestiona, ni podría cuestionarse, la existencia de una causa justa de despido; sino la presencia, en el despido, como elemento determinante del mismo, de un motivo ilícito, que suponga la utilización del despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional; por lo que, en verdad, el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales. Así ocurre, por ejemplo, con el despido discriminatorio, en el cual el despido es tan sólo el medio utilizado para practicar un acto discriminatorio en perjuicio de un trabajador a causa de su raza, color, sexo, idioma, religión, actividad sindical, opinión política o cualquier otra condición.

14. Por todo lo expuesto, este Tribunal Constitucional considera que el régimen de protección adecuada enunciado en el artículo 27 de la Constitución y que se confió diseñarlo al legislador ordinario, no puede entenderse, para el caso de los trabajadores sometidos al régimen privado, únicamente circunscrito al Decreto Legislativo N.º 728, sino de cara a todo el ordenamiento jurídico, pues éste (el ordenamiento) no es una agregación caótica de disposiciones legales, sino uno basado en las características de coherencia y completud.

Además, como antes se ha dicho, en el caso de la acción de amparo, la protección que se dispensa al trabajador no está referida a la arbitrariedad del despido, que dependerá de la prueba de la existencia de la causa justa imputada, sino al carácter lesivo de los derechos constitucionales presente en dicho despido.

Por ello, el Tribunal Constitucional no puede compartir la tesis de la demandada, según la cual en el amparo no cabe ordenarse la restitución del trabajador despedido arbitrariamente, sino únicamente ordenarse el pago de una indemnización. Tal postura, en torno a las implicancias del artículo 27 de la Constitución, desde luego, soslaya el régimen procesal que también cabe comprender dentro de dicha cláusula constitucional y que constituye un derecho del trabajador despedido arbitrariamente.

15. De ahí que el Tribunal Constitucional, a lo largo de su abundante jurisprudencia, haya establecido que tales efectos restitutorios (readmisión en el empleo) derivados de despidos arbitrarios o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a derechos humanos, se generan en los tres casos siguientes:

a) Despido nulo

Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en el artículo 29º del Decreto Legislativo N.º 728 y como consecuencia de la necesidad de proteger, entre otros, derechos tales como los previstos en el inciso 2) del artículo 2º; inciso 1) del artículo 26º e inciso 1) del artículo 28º de la Constitución.

Se produce el denominado despido nulo, cuando:

- Se despide al trabajador por su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales.

- Se despide al trabajador por su mera condición de representante o candidato de los trabajadores (o por haber actuado en esa condición)

- Se despide al trabajador por razones de discriminación derivados de su sexo, raza,

religión, opción política, etc.

- Se despide a la trabajadora por su estado de embarazo (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto).

- Se despide al trabajador por razones de ser portador de Sida (Cfr. Ley N.º 26626).

- Se despide al trabajador por razones de discapacidad (Cfr. Ley 27050).

b) Despido incausado

Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de julio de 2002 (Caso Telefónica, expediente N.º 1124-2002-AA/TC). Ello a efectos de cautelar la vigencia plena del artículo 22º de la Constitución y demás conexos.

Se produce el denominado despido incausado, cuando:

- Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique.

c) Despido fraudulento

Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido implícitamente en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.º 0628-2001-AA/TC, de fecha 10 de julio de 2002. En aquel caso se pretendió presentar un supuesto de renuncia voluntaria cuando en realidad no lo era. En tal caso, este Tribunal consideró que "El derecho del trabajo no ha dejado de ser tuitivo conforme aparecen de las prescripciones contenidas en los artículos 22º y siguientes de la Carta Magna, debido a la falta de equilibrio de las partes, que caracteriza a los contratos que regula el derecho civil. Por lo que sus lineamientos constitucionales, que forman parte de la gama de los derechos constitucionales, no pueden ser meramente literales o estáticos, sino efectivos y oportunos ante circunstancias en que se vislumbra con claridad el abuso del derecho en la subordinación funcional y económica...". (Fun. Jur. N.º. 6).

Esos efectos restitutorios obedecen al propósito de cautelar la plena vigencia, entre otros, de los artículos 22º, 103º e inciso 3) del artículo 139º de la Constitución.

Se produce el denominado despido fraudulento, cuando:

- Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria

a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, como lo ha señalado, en este último caso, la jurisprudencia de este Tribunal (Exp. N.º 415-987-AA/TC, 555-99-AA/TC y 150-2000-AA/TC); o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (Exp. N.º 628-2001-AA/TC) o mediante la "fabricación de pruebas".

En estos supuestos, al no existir realmente causa justa de despido ni, al menos, hechos respecto de cuya trascendencia o gravedad corresponda dilucidar al juzgador o por tratarse de hechos no constitutivos de causa justa conforme a la ley, la situación es equiparable al despido sin invocación de causa, razón por la cual este acto deviene lesivo del derecho constitucional al trabajo.

16. En mérito a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional estima que la protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27º de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso.

Esta orientación jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia laboral no conlleva a la estabilidad laboral absoluta, sino plantea el reforzamiento de los niveles de protección a los derechos del trabajador frente a residuales prácticas empresariales abusivas respecto al poder para extinguir unilateralmente una relación laboral.

V. Despido y derechos fundamentales en el ámbito laboral

17. Evidentemente, cualquiera sea la opción que adopte un trabajador con el fin de obtener una "protección adecuada" contra el despido arbitrario, ésta parte de una consideración previa e ineludible. El despido arbitrario, por ser precisamente "arbitrario", es repulsivo al ordenamiento jurídico.

No es este el lugar donde el Tribunal Constitucional deba de indicar que el principio de razonabilidad, implícitamente derivado del principio de igualdad, y expresamente formulado en el artículo 200º de la Constitución, no tolera ni protege que se realicen o expidan actos o normas arbitrarias. Razonabilidad, en su sentido mínimo, es lo opuesto a la arbitrariedad y a un elemental sentido de justicia.

Por ello, cuando el artículo 27º de la Constitución establece que, contra el despido arbitrario, la ley dispensará una "protección adecuada", tal disposición no puede entenderse en el sentido de que con ella se está constitucionalizando el derecho del empleador de despedir arbitrariamente, como parece entenderlo la demandante. Al amparo de un acto arbitrario, como el despido inmotivado, no puede reclamarse

el reconocimiento de derecho constitucional alguno. Simplemente el ordenamiento sanciona la realización de actos arbitrarios, aunque, como se ha visto, esa sanción al despido arbitrario pueda tener, en determinadas circunstancias, tanto una protección de eficacia restitutoria como de eficacia resarcitoria.

18. Manuel Alonso García [*Curso de Derecho del Trabajo*, Editorial Ariel, Madrid 1981, Pág. 559.] define el despido como "el acto unilateral de la voluntad del empresario por virtud del cual, éste, decide poner fin a la relación de Trabajo".

Ante la proclividad del ejercicio abusivo de la facultad de despedir, el derecho ha impuesto a esta institución la exigencia de la causalidad. Así, cuando la extinción unilateral del vínculo laboral no se funda en una causa justa previamente establecida en la ley, los órganos jurisdiccionales tienen competencia para calificar el despido como justificado o injustificado.

19. En ese orden de ideas, el artículo 22° del Decreto Legislativo N.º 728 establece las situaciones en donde se considera la existencia de causa justa de despido. Entre las causas relativas a la capacidad del trabajador aparecen el detrimento de facultades o ineptitud sobrevenida; el rendimiento deficiente; la negativa injustificada del trabajador a someterse a exámenes médicos o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas. Entre las causas relativas a la conducta del trabajador aparecen el incumplimiento de obligaciones y desobediencia; la paralización intempestiva de los labores; la disminución deliberada y reiterada del rendimiento; la falta de honradez; la violación del deber de buena fe laboral; la violación del secreto; la información falsa; la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa; la competencia desleal; la violación de los deberes de conducta; la violencia grave, indisciplina, injuria o faltamiento de palabra grave; el sabotaje; el abandono de trabajo; las inasistencias injustificadas e impuntualidad reiterada; la condena penal por delito doloso, la inhabilitación para el ejercicio de una actividad; etc.

De esta forma, un despido será justificado o injustificado, legal o arbitrario, en tanto la voluntad extintiva de la relación laboral manifestada por el empleador se lleve a cabo con expresión o sin expresión de causa; con el cumplimiento o incumplimiento de las formalidades procedimentales; con probanza o no probanza de la causa –en caso de haber sido ésta invocada– en el marco de un proceso. Asimismo, la competencia y actuación de la vía jurisdiccional –ordinaria o constitucional– y los alcances de la protección jurisdiccional –reposición o indemnización– dependen de la opción que adopte el trabajador despedido, así como de la naturaleza de los derechos supuestamente vulnerados.

El Tribunal Constitucional estima que frente al despido arbitrario, en función a sus competencias y responsabilidades, le cabe determinar la existencia o inexistencia de respeto al orden constitucional. Y en esa perspectiva –ya sea por defecto de las normas

infraconstitucionales o por las conductas de los sujetos de una relación laboral–, si se ha producido el respeto o la afectación de los derechos fundamentales allí consagrados.

20. Por tal motivo, este Colegiado cumple con precisar las consecuencias que se deriven de la pluralidad de acciones anteriormente descritas.

El Tribunal Constitucional estima que la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, está afectada de nulidad –y por consiguiente el despido carecerá de efecto legal– cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona, reconocidos por la Constitución o los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos.

Como señala Carlos Blancas Bustamante [*El despido en el Derecho Laboral Peruano*, Ara Editores, Lima, 2002, Pág. 282] , en criterio que este Tribunal comparte, la afirmación de tales derechos en el ámbito laboral supone el "superar la noción tradicional según la cual el contrato de trabajo acotaba a favor del empleador una < zona franca y segregada de la sociedad civil > en la que los derechos civiles y libertades del trabajador quedaban en la < puerta de la fábrica > careciendo, por consiguiente, de relevancia en la vida de la relación de trabajo".

La pérdida de toda eficacia legal de cierto tipo de despidos, deriva de la conexión directa e inmediata entre el acto de extinción de la relación laboral y la contravención de la Constitución o los tratados en materia de derechos humanos. Así, se encontrará afectada de plena nulidad toda aquella voluntad de empleador que restrinja, limite, disminuya, impida o conculque el goce de los referidos derechos a uno o más de sus dependientes.

En este singular caso, la naturaleza misma del acto inconstitucional es la que determina la ineficacia legal del despido, en razón de que el principio de primacía constitucional, contenido en el artículo 51° de nuestra Norma Fundamental, no admite que puedan reputarse como legítimas y eficaces aquellas conductas y actuaciones que importan la vulneración de los derechos que dicho conjunto normativo consagra.

En efecto, la lesión de los derechos fundamentales de la persona constituye, *per se*, un acto inconstitucional, cuya validez no es en modo alguno permitida por nuestro supra ordenamiento. En ese contexto, y, al amparo de la Constitución, el Tribunal Constitucional tiene la obligación de disponer a favor del agraviado la tutela más amplia, efectiva y rápida posible, restituyéndole en el goce integral y en el ejercicio pleno de su derecho amenazado o vulnerado; lo que se conseguirá mediante la cesación del acto lesivo y la privación de efecto legal alguno que por arbitrariedad el empleador quisiese consumir.

Ese es el sentido de la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional desde la sentencia del 2 de octubre de 1995 (Caso Pucalá, Expediente N.º 2004-94-AA/TC, Lambayeque), en resguardo de los

derechos fundamentales de la persona frente a actos de despido constitucionalmente arbitrarios. Allí se ordenó la reposición de un trabajador separado de la Cooperativa Agraria Pucalá, en atención a la necesidad de defender los contenidos establecidos en el artículo 22° y conexos de la Constitución. De los mismos alcances es la sentencia del 21 de enero de 1999 (Caso Cossío, Expediente N.° 1112-98-AA/TC), en donde expresamente se señaló que "este Tribunal no realiza en el presente caso una calificación de despido arbitrario en los términos establecidos en el artículo 67° del Texto Único de la Ley de Fomento del Empleo, D.S. N.° 05-95-TR, para que pueda discutirse si procede su reposición o la indemnización, sino la evaluación de un acto, el despido, que, eventualmente, resulte lesivo de los derechos fundamentales: Por tanto, de verificarse este extremo, ineludiblemente deberá pronunciar su sentencia conforme al efecto restitutorio propio de las acciones de garantía, tal cual lo prescribe el artículo 1° de la Ley N.° 23506". [Debe advertirse que similar criterio fue expuesto en la sentencia de fecha 22 de julio de 1999 (Caso Ordoñez Huatuco, Expediente N.° 482-99-AA/TC)].

VI. Análisis del caso concreto

21. Así las cosas, este Tribunal Constitucional es competente, *ratione materiae*, para evaluar la controversia que se le ha sometido mediante el recurso extraordinario.

El recurrente ha sostenido que su despido se originó a raíz de la comunicación dirigida por el propietario del Hostal "Latino" a la demandada, mediante la cual le informo que la sobrevaloración del monto de la Factura N.° 009641, por concepto de alojamiento del recurrente, se debió a su propia solicitud y exigencia.

La demandante alega que esta falta grave constituye un motivo para terminar la relación de trabajo con el recurrente. Por su parte, éste sostiene que es falso que se haya alterado el importe real de la factura a la que antes se ha hecho referencia, y que afirmándose tal hecho se ha violado su derecho al honor y a la buena reputación.

Con el objeto de acreditar esta última situación, el actor ha adjuntado copia simple de un acta de comparendo seguido con el propietario del Hostal Latino, donde se aprobó la conciliación entre ambas partes, y en donde además consta la afirmación de don Nolberto Gutiérrez Vargas en el sentido de que el monto pagado por el

recurrente, por concepto de alojamiento y otros servicios, es el que está consignado en la factura N.° 009641.

Con el objeto de justificar el despido efectuado, en fecha posterior a la vista de la causa –realizada el 21 de agosto de 2001- y después de que se expidiera la sentencia recaída en el Exp. N.° 1001-2002-A/TC, la demandada, con fecha 25 de noviembre de 2002, ha presentado ante este Tribunal copia simple de la comunicación enviada por el gerente del Hostal Latino, de fecha 16 de enero de 2001, donde se informa la razón de la sobrevaloración de la factura N.° 009641, en la que se afirma, literalmente, que "la explicación a la diferencia real o sobrevaloración de los gastos se debe a la solicitud y exigencia de dichos señores, quienes indicaron la cantidad que debía ponerse de lo contrario se hospedarían en otro hotel".

Aunque este caso sea similar, en los hechos, al que resolvió este Tribunal con la sentencia recaída en el Exp. N.° 1001-2002-AA/TC, es de advertir que, por las especiales circunstancias que se han derivado de la presentación de los documentos a los que en el párrafo anterior se ha hecho referencia, la dilucidación de la controversia requiere de medios de prueba adicionales que no se pueden actuar en este proceso, que carece de estación probatoria, por lo que al desestimarse la pretensión, debe dejarse a salvo el derecho del actor para que lo haga valer conforme a ley.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones conferidas por la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

REVOCANDO la recurrida que, confirmando la apelada, declaró infundada la demanda. **REFORMÁNDOLA** declara **IMPROCEDENTE** la Acción de Amparo interpuesta. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REY TERRY
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCIA TOMA

Exp. N° 0290-2002-HC/TC [Proceso de Hábeas Corpus promovido por Eduardo Martín Calmell del Solar Díaz. Sobre el principio de no dejar de administrar justicia por ausencia de ley, retroactividad de leyes penales, juez natural y principio de legalidad].

Fecha de Resolución: 06 de enero de 2003

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 04 de junio de 2003

Resumen: Diversos son los aspectos que se cuestionaron mediante este proceso constitucional. A saber:

Principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley: El Tribunal Constitucional aclaró que no se viola el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, en los casos en que se produzca la inhibición del juez para conocer un determinado proceso. Señaló, que una cosa es que para resolver una determinada pretensión no exista ley aplicable, en cuyo caso los jueces cuando corresponda no deben dejar de administrar justicia por ese vacío o deficiencia de la ley, y otra, muy distinta, es que un proceso no se pueda llevar adelante en determinado momento por la inhibición de algunos jueces.

Aplicación retroactiva de leyes procesales penales: Se precisó que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto, y no la que estuvo vigente cuando se cometieron los delitos, como erróneamente se alegó en la demanda. Asimismo, se precisó que la Ley N° 27553, que modificó el artículo 202° del Código de Procedimientos Penales, en cuanto establece el plazo de instrucción adicional de 8 meses para los procesos complejos, no es una norma limitativa de derechos constitucionales, sino una que tiene por objeto limitar temporalmente la duración de la etapa de instrucción penal.

Derecho al juez predeterminado por la ley: El Colegiado refirió que el derecho al "juez natural" o, como *expressis verbis* señala el segundo párrafo del inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley, es una manifestación del derecho al "debido proceso legal" o, lo que con más propiedad, se denomina también "tutela procesal efectiva", dirigida a evitar que se juzgue a un individuo en base a "órganos jurisdiccionales de excepción" o por "comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación".

En ese sentido, expresó que en virtud de este derecho se exige, en primer lugar, que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional y no un juez excepcional o una comisión especial creada expresamente para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación; en segundo lugar, exige que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley, es decir, que la asignación de competencia judicial necesariamente deba haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez *ad hoc*, siendo tales reglas de competencia, objetiva y funcional, las previstas en una ley orgánica, conforme se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 139°, inciso 3), y 106° de la Constitución.

A su vez, aclaró que la mencionada predeterminación del juez en la ley, elemento propio del concepto de juez natural recogido en el artículo 139, inciso 3) de la Constitución Política del Perú, se refiere únicamente al órgano jurisdiccional y no a la creación anticipada de las salas especializadas que conocen del proceso.

Así, en el caso de autos, el recurrente dejó entrever que la imparcialidad exigida en todo proceso se había desnaturalizado debido a que la competencia de los denominados

jueces anticorrupción habría sido adoptada en atención a una "solicitud del Procurador de la República" y a que se dispuso el conocimiento de éstos de "todos los procesos seguidos contra Vladimiro Montesinos Torres y las personas ligadas a él, siendo el verdadero propósito de esta designación el emitir sentencias condenatorias en un breve plazo".

El Colegiado consideró que no se lesiona el derecho a no ser desviado de la jurisdicción previamente determinada por la ley del recurrente, por cuanto el mandato de detención dictado en su contra fue expedido por uno propio del Poder Judicial, cuyo ejercicio de potestad jurisdiccional le fue establecido con anterioridad a la iniciación del proceso judicial.

Advirtió que el recurrente no ha acreditado que la designación de los denominados jueces anticorrupción sea consecuencia de una solicitud del Procurador de la República. Y observó, por el contrario, de la parte considerativa de la Resolución Administrativa N° 024-2001-CT-PJ, que la designación de los jueces penales y de una Sala Penal Superior Especial fue autorizada previo pedido del Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima, en atención no de las personas que se va a juzgar, sino tomando en cuenta un criterio de sub-especialización en el seno de la justicia penal, derivado de las particularidades exigencias que se desprenden de un conjunto de ilícitos penales practicados desde las más altas instancias gubernamentales. De ahí que se haya dispuesto la autorización para contratar personal auxiliar, la prestación de apoyo técnico y financiero, la adopción de medidas de protección de los jueces competentes así como de medidas especiales para la custodia de los medios probatorios.

Principio de legalidad penal: El recurrente alegó, finalmente, que se había lesionado el principio de legalidad penal, pues pese a no haber tenido la condición de funcionario público, se le había iniciado un proceso penal por el delito de peculado. El Colegiado desestimó, por prematuro, este extremo de la pretensión, señalando que al no haberse dictado aún una sentencia firme que sindeque al accionante como responsable de la comisión del delito instruido, no era posible determinar la existencia de lesión de este principio.

Temas Claves: Derecho a la jurisdicción previamente predeterminada por la ley - principio de inmediación - principio de legalidad penal - principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley - reserva del proceso.

EXP. N.º 0290-2002-HC/TC
LIMA

EDUARDO MARTÍN CALMELL DEL SOLAR DÍAZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de enero de 2003, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Gonzales Ojeda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Eduardo Martín Calmell del Solar Díaz contra la sentencia de la Sala de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 337, su fecha 11 de setiembre de 2002, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 29 de noviembre de 2002, el recurrente interpone acción de hábeas corpus contra el Juez del Cuarto Juzgado Especial Anticorrupción, David

Loli Bonilla; los Vocales de la Sala Superior Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, doctores Wills Anselmo Hugo Gonzales Muñoz, Julio Alberto Pachas Ávalos y Raúl Alfonso Valdez Roca; el Fiscal Superior, Dante Oré Blas y el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima, Sergio Sala Villalobos, por violación de su libertad individual. Solicita, por tanto, su inmediata libertad y que se ordene su excarcelación.

Alega que, con fecha 18 de enero de 2001, la Jueza del Vigésimo Noveno Juzgado Penal de Lima ordenó su detención, y que, posteriormente, esto es, el 1 de febrero del mismo año, ante la denuncia presentada por la Fiscal Ana Cecilia Magallanes, la mencionada Jueza abrió instrucción en contra suya y de otros por la supuesta comisión del delito de peculado, en calidad de cómplice, variando el mandato de detención por el de comparecencia con restricciones. Refiere que el 9 de abril de 2001, la Sala Penal Especial dictó orden de detención en su contra, pese a que nunca se había llevado a cabo la nueva transcripción de los videos N.º 1778 y N.º 1779 audio N.º 1780, como se había solicitado, pues la primera transcripción se había realizado de manera equivocada.

Señala que, con fecha 4 de junio de 2001, el Juez David Loli Bonilla dispuso se amplíe la investigación por 30 días adicionales y, posteriormente, emitió una nueva resolución que amplió por segunda vez el plazo de instrucción por 30 días más. Sin embargo, alega que, luego de transcurridos los 90 días sin llevarse a cabo ninguna diligencia y sin que se modifique su condición de detenido, el Fiscal, con fecha 5 de noviembre de 2001, solicitó nueva ampliación del plazo de instrucción, violando el artículo 202° del Código de Procedimientos Penales, que establece que el plazo de la instrucción será de 4 meses, pudiendo ser ampliado por un máximo de 60 días, mediante resolución debidamente fundamentada, por lo que el Juez mencionado ha cometido un error *in procedendo* al emitir el auto ampliatorio de fecha 31 de octubre de 2001.

Manifiesta que no es aplicable a su caso la Ley N.° 27553, que modifica el artículo 137° del Código Procesal Penal y amplía el artículo 202° del Código de Procedimientos Penales, estableciendo un plazo de instrucción adicional de 8 meses a los procesos denominados complejos, siendo el nuevo plazo máximo de detención el de 36 meses, debido a que los hechos que se le imputan sucedieron en 1999, por lo que se le debe juzgar de acuerdo a los preceptos penales vigentes en ese momento.

Sostiene que los videos que se encuentran bajo investigación fueron propalados por el Congreso de la República, violándose así la reserva del proceso. Asimismo, añade, se ha vulnerado su derecho al debido proceso y, específicamente, el principio a no ser desviado de la jurisdicción previamente determinada por ley, dado que la orden de detención dictada en su contra ha sido expedida por un juez incompetente y parcializado, puesto que las resoluciones administrativas que crean los juzgados anticorrupción contravienen el derecho al debido proceso y niegan un juez natural e imparcial. Refiere que la designación de jueces especiales para que conocean en forma exclusiva los procesos penales ya instaurados y los que se inicien como consecuencia de las investigaciones que se están realizando contra Vladimiro Montesinos Torres, mediante normas cuya jerarquía se encuentra debajo de la ley, constituye una vulneración a su derecho a ser juzgado por jueces predeterminados por ley, pues el proceso seguido en su contra debió ser conocido por un Juez Penal designado aleatoriamente por la mesa de partes de los juzgados penales. Afirma que se ha violado su derecho a un juez imparcial, ya que en atención a la solicitud del Procurador de la República, se cambió el juez previamente determinado por ley, y, además, se designaron una serie de jueces con el propósito de que emitieran sentencias condenatorias. Indica que desde que se inició su proceso, éste ha sido conocido por 7 jueces, con lo que se ha vulnerado el principio de inmediatez.

Agrega que en su caso no se encuentran elementos de prueba suficientes, ni existe ningún elemento probatorio legalmente obtenido que vincule al suscrito con los hechos que se le imputan, por lo que no puede continuar su

detención. Alega que se ha violado, también, el principio de legalidad, pues el Juez Especial abrió instrucción un su contra, imputándole el delito de peculado en calidad de cómplice de Vladimiro Montesinos Torres. Sin embargo, este último no tenía dentro de sus funciones como asesor del SIN, administrar, custodiar o percibir bienes o fondos públicos; además, precisa que no reúne los requisitos especiales para ser autor del delito de peculado, ya que no es funcionario ni servidor público.

Julio Alberto Pachas Ávalos, Raúl Alfonso Valdez Roca y Wills Gonzales Muñoz señalan que ellos no estaban habilitados para conocer esa causa, por lo que se inhibieron y remitieron el proceso a la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima, la que, actuando conforme a ley, completó una Segunda Sala Anticorrupción que continuó con el trámite del proceso; consecuentemente, refieren que no han violado ningún derecho constitucional del accionante.

Sergio Salas Villalobos manifiesta que en el proceso cuestionado se han observado todas las normas constitucionales del debido proceso y el derecho de defensa; además, que el diseño de los órganos jurisdiccionales obedece a la atención por carga procesal y a la complejidad del proceso.

Dante Augusto Ore Blas refiere que a fin de no intervenir en las investigaciones que venían realizando los juzgados como las Salas Anticorrupción, optó por excusarse de pronunciarse sobre la solicitud de libertad planteada por el accionante; es decir, utilizó los mecanismos procesales y las normas pertinentes en el caso específico que le tocó responder, por lo que no ha transgredido los principios constitucionales del debido proceso.

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial señala que en el presente caso no se está ante magistrados que carecen de competencia, pues la conformación de Salas y Juzgados Especiales es una atribución del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial; y, en efecto, la Resolución Administrativa N.° 024-2001-CT-PJ, expedida por el Consejo Transitorio del Poder Judicial, autorizó al Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima a conformar, en la Corte Superior a su cargo, una Sala Penal Especial para el conocimiento exclusivo de los procesos referidos al caso "Montesinos Torres", por lo que no se ha desviado la jurisdicción predeterminada por ley. Manifiesta que no corresponde a una acción de garantía ventilar las dudas que se puedan tener respecto a la idoneidad de los magistrados a cargo de un proceso penal, pues para ello existen los mecanismos de la propia ley procesal contempla. Señala que al momento de publicarse la Ley N.° 27553, el accionante no había cumplido más de 15 meses de detención previstos en el anterior texto del artículo 137° del Código Procesal Penal, por lo cual no puede invocar un beneficio que no le correspondía o que aún no había ganado por el transcurso del tiempo; en consecuencia, aduce que sí es aplicable la Única Disposición Transitoria de la acotada Ley, toda vez que el proceso del accionante aún se encontraba en trámite.

David Enrique Loli Bonilla afirma que su participación como Juez en el proceso seguido en contra del accionante se ha ceñido al debido proceso y sin violar el principio de juez natural.

El Vigésimo Tercer Juzgado Penal de Lima, con fecha 2 de agosto de 2002, declaró improcedente la acción de hábeas corpus, por considerar que se ha producido la sustracción de la materia, ya que según el Oficio N.º 3957-2001-INPE/17-07, remitido por el Director de la Oficina de Registro Penitenciario, obrante a fojas 235 de autos, el accionante había obtenido su libertad, con fecha 19 de julio de 2002, como consecuencia de haberse declarado fundada una acción de hábeas corpus interpuesta a su favor, por ante el Décimo Juzgado Penal del Callao.

La recurrida confirmó la apelada, por los mismos fundamentos

FUNDAMENTOS

Aspectos de la controversia constitucional

1. Diversos son los aspectos que se cuestionan mediante este proceso constitucional. A saber: a) la violación del artículo 202º del Código de Procedimientos Penales; b) la inaplicabilidad de la Ley N.º 27553, que modifica el artículo 137º del Código Procesal Penal, y que preceptúa que el plazo de detención es de 36 meses; c) la violación de la reserva del proceso, pues los videos fueron propalados por el Congreso de la República, pese a encontrarse en investigación; d) violación al derecho a la jurisdicción previamente predeterminada por la ley; e) violación del principio de inmediación, pues el caso fue conocido por diversos jueces penales; f) arbitrariedad de la detención, pues no existen elementos de prueba legalmente obtenidos ni son suficientes para incriminar al accionante como autor de los delitos por los cuales se le instruye; g) violación del principio de legalidad penal, pues se ha abierto proceso por el delito de complicidad de peculado, cuando el autor principal, en su condición de asesor del SIN, no tenía por función administrar, custodiar o percibir bienes o fondos públicos ni el actor tiene la condición de funcionario público.

Cuestiones de legalidad no susceptibles de ventilarse en el proceso constitucional

2. En innumerables oportunidades este Tribunal ha recordado que, en el ámbito de los procesos constitucionales como el hábeas corpus, no se ventilan cuestiones atinentes a la infracción de normas de rango legal, sino las referidas a la violación (o no) de derechos constitucionales.

Por ello, sin perjuicio de advertirse que en el caso no se ha producido la infracción del principio de inmediación, pues sencillamente el proceso se encuentra en su etapa investigatoria a cargo de los jueces de instrucción, éste no constituye un tema que pueda ser ventilado en sede constitucional.

Propagación de videos y reserva del proceso

3. Por otro lado, en torno a la alegación de haberse violado la reserva del proceso, como consecuencia de la

propagación de videos vinculados a la participación del recurrente en los hechos que ameritan la investigación judicial, este Tribunal considera que es de aplicación lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 6º de la Ley N.º 23506, toda vez que se ha producido la sustracción de la materia.

Principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley

4. Asimismo, tampoco considera el Tribunal Constitucional que se haya violado el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, como consecuencia de que diversos jueces se hayan inhibido de conocer el proceso que se le sigue al recurrente. Una cosa es que para resolver una determinada pretensión no exista ley aplicable, en cuyo caso los jueces, cuando corresponda, no deben dejar de administrar justicia por ese vacío o deficiencia de la ley, y otra, muy distinta, es que un proceso no se pueda llevar adelante, en determinado momento, por la inhibición de algunos jueces.

Por su propia naturaleza, este principio opera cuando el juez tiene que resolver una cuestión incidental o poner fin al principal, pero no por el retardo en la administración de justicia, que es otra cosa. Por lo demás, y en relación a este último aspecto, más allá de lo expuesto en la demanda y en los diversos escritos presentados a lo largo del proceso, el recurrente no ha acreditado que se haya vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Aplicación retroactiva de leyes procesales penales

5. De igual forma, se sostiene que el juez penal pretende aplicar retroactivamente la Ley N.º 27553, que modificó el artículo 202º del Código de Procedimientos Penales. El accionante estima que el plazo de instrucción adicional de 8 meses para los procesos considerados como complejos no le es aplicable, pues las leyes procesales penales no pueden ser aplicadas en forma retroactiva.

El Tribunal Constitucional no comparte dicho criterio. En primer lugar, la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto, y no como alega el recurrente, la que estuvo vigente cuando se cometieron los delitos. En segundo lugar, la norma modificatoria cuya aplicación se cuestiona no es una norma limitativa de derechos constitucionales, sino una que tiene por objeto limitar temporalmente la duración de la etapa de instrucción penal.

Excarcelación por exceso de detención

6. Vinculado con lo anterior está el argumento contenido en el escrito presentado con fecha 7 de mayo de 2002, según el cual se habría transgredido el artículo 137º del Código Procesal Penal, ya que el recurrente aduce que, pese a encontrarse detenido por más de 15 meses, aún no se ha ordenado su excarcelación.

Sobre el particular, sin perjuicio de precisar que en la actualidad el recurrente se encuentra en calidad de no habido, el Tribunal se remite a su doctrina jurisprudencial

según la cual, tratándose de una medida cautelar de prisión preventiva, dictada en casos de delitos complejos, como es el caso del demandante, el plazo máximo de duración es de 30 meses, susceptible de prolongarse por uno igual, motivo por el cual debe desestimarse la pretensión en tal extremo.

Asimismo, debe desestimarse la pretensión en el extremo que alega que el mandato de detención dictado en contra del actor se sustentó en medios de prueba obtenidos ilícitamente, toda vez que, dada la fecha en que dicho mandato se dictó (9 de mayo de 2001) y la posterior interposición de este proceso constitucional (29 de noviembre de 2001), en realidad lo que se cuestiona es el "mantenimiento" de dicha medida cautelar y no las razones que se expresaron para su dictado. Y, en este último aspecto el recurrente no ha acreditado, por un lado, que en la actualidad, la suficiencia de elementos probatorios – que exige el artículo 135° del Código Procesal Penal– sólo se sustente en el video cuya obtención considera ilícita; y, por otro, que se haya impugnado en sede judicial el mantenimiento de la medida cautelar.

Derecho al juez predeterminado por la ley

7. El recurrente considera que se ha lesionado su derecho a no ser desviado de la jurisdicción previamente determinada por la ley. A su juicio, el mandato de detención dictado en su contra fue expedido por "un juez incompetente y parcializado, puesto que las resoluciones administrativas que crean los juzgados anticorrupción contravienen el derecho al debido proceso, niegan un juez natural, un juez imparcial...".

A su juicio, mediante el artículo 2° de la Resolución N.º 024-2001-CT-PJ, el Consejo Transitorio del Poder Judicial viola la disposición constitucional según la cual están prohibidos los procesos por delegación, toda vez que estableció que la Corte Superior de Justicia de Lima "puede disponer la conformación de una Sala Penal Especial para el conocimiento exclusivo de los procesos que se están investigando en torno al ciudadano Montesinos Torres". Sostiene, asimismo, que hay una infracción de dicho derecho constitucional, "ya que de acuerdo a la ley orgánica del Poder Judicial, la competencia de los jueces penales para conocer de un caso específico se determina de manera aleatoria a través de la mesa de partes de los juzgados penales...".

De otro lado, considera que se ha violado el principio de reserva de ley en la determinación de la competencia de los jueces, pues su competencia se ha previsto mediante resoluciones administrativas. A su juicio, para su juzgamiento, se ha creado inconstitucionalmente una jurisdicción especial "en razón de las personas (lo que) importa el establecimiento de una jurisdicción basada en el derecho penal de autor...". Finalmente, sostiene que se viola su derecho a un juez imparcial, pues con la designación de jueces especiales lo que se persigue es la expedición de sentencias condenatorias.

8. El segundo párrafo del inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, consagra el derecho al "juez natural" o, como

expressis verbis allí se señala, el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley. Dicho derecho es una manifestación del derecho al "debido proceso legal" o, lo que con más propiedad, se denomina también "tutela procesal efectiva". Mediante él se garantiza un diverso haz de atributos, que si inicialmente surgieron como garantías del individuo dentro de un proceso, ahora se ha convertido en una institución que asegura la eficacia de la potestad jurisdiccional del Estado. Como afirma Ada Pellegrini Grinover, "las garantías constitucionales del debido proceso legal se convierten, de garantías exclusivas de las partes, en garantías de estructura cooperativa, en donde la garantía de imparcialidad de la jurisdicción brota de la colaboración entre las partes y el juez. La participación de los sujetos del proceso no sólo permite a cada quien aumentar las posibilidades de obtener una decisión favorable, sino significa cooperación en el ejercicio de la jurisdicción. Más allá de las intenciones egoístas de las partes, la estructura dialéctica del proceso existe para revertir en beneficio de la buena calidad de la prestación jurisdiccional y de la perfecta adherencia de la sentencia a la situación de derecho material subyacente" [*O processo constitucional em marcha*, Max Limonad, Sao Paulo 1985, pág. 8]

El derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley está expresada en términos dirigidos a evitar que se juzgue a un individuo en base a "órganos jurisdiccionales de excepción" o por "comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación".

En ese sentido, exige, en primer lugar, que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional. Se garantiza, así, la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada ex profeso para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación. De esa manera se impide que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse el conocimiento de un asunto que debe ser ventilado ante el Poder Judicial o ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales especializados que la Constitución ha establecido.

La noción de juez "excepcional", que el derecho que en referencia prohíbe, no debe confundirse con la de jurisdicciones especializadas. En efecto, sin perjuicio de reconocerse la unidad de la jurisdicción estatal, en el derecho comparado se admite que además de los jueces ordinarios pueden haber jueces especiales. Es lo que sucede con el Tribunal Constitucional que, "en contraposición a la magistratura ordinaria, se puede definir como juez especial constitucional" [Giovanni Verde, *L'ordinamento giudiziario*, Giuffrè editore, Milano 2003, pág. 1]. Lo mismo podría decirse en relación con los tribunales militares, dentro del ámbito estricto que la Constitución los ha previsto.

Tampoco, desde luego, debe asociarse a la de jueces "especializados" existentes en el seno del Poder Judicial. Si las jurisdicciones especializadas constituyen una jurisdicción preestablecida por la ley, distintos de la jurisdicción ordinaria, los jueces especializados nacen

tras producirse determinadas exigencias de justicia y de la necesidad de darles una adecuada composición.

En segundo lugar, exige que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley. Ello, por un lado, comporta la predeterminación (y no sólo la determinación) del órgano judicial y también la de su competencia. Desde esta última perspectiva, la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez *ad hoc*. Y por otro, que tales reglas de competencia, objetiva y funcional, sean previstas en una ley orgánica, conforme se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 139°, inciso 3), y 106° de la Constitución. "La predeterminación legal del juez significa", como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España [STC 101/1984], "que la ley, con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso", según las normas de competencia que se determine en la Ley.

El derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley garantiza, como lo ha expresado la *Corte Costituzionale*, "una rigurosa imparcialidad del órgano judicial" (*Ordinanza* N.º 521/1991) o, como también lo prescribe el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, el juzgamiento por un "tribunal competente, independiente e imparcial".

9. El recurrente considera que se ha lesionado su derecho a no ser desviado de la jurisdicción previamente determinada por la ley, pues, a su juicio, el mandato de detención dictado en su contra fue expedido por "un juez incompetente y parcializado". No comparte dicho criterio el Tribunal Constitucional. En primer lugar, el órgano que resolvió dictar mandato de detención contra el recurrente y que se encuentra a cargo de las investigaciones judiciales, es uno propio del Poder Judicial, cuyo ejercicio de potestad jurisdiccional le fue establecido con anterioridad a la iniciación del proceso judicial.

En segundo lugar, si bien su competencia para conocer el proceso le fue asignada con posterioridad al inicio del mismo, ello no infringe el derecho a la predeterminación del juez. Como se ha dicho, este derecho implica que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal que lo ha investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al inicio de la actuación judicial. Con ello se garantiza la independencia e imparcialidad del juez, que es el interés directo que se protege mediante esta derecho constitucional. Sin embargo, de ello no puede concluirse que cualquier modificación orgánica o funcional, cualquiera que sea su alcance y su contenido, pueda tener incidencia en los procedimientos ya iniciados y que se encuentran pendientes de resolución, pues si la *ratio* del derecho es proteger la imparcialidad del juzgador, es claro que si tales modificaciones se realizan con criterios objetivos y de manera general, dentro de la jurisdicción ordinaria, es porque existe una presunción fundada

de que el cambio normativo no persigue atentar contra la imparcialidad de los jueces y, por tanto, no resulta contraria al derecho en cuestión.

La predeterminación del juez en la ley, elemento propio del concepto de juez natural recogido en el artículo 139, inciso 3) de la Constitución Política del Perú, se refiere únicamente al órgano jurisdiccional, y no a la creación anticipada de las salas especializadas que conocen del proceso. Como afirma Joan Pico i Junoy, "La predeterminación legal del juez que debe conocer de un asunto está referida al órgano jurisdiccional, y no a las diversas Salas o Secciones de un mismo Tribunal, dotadas *ex lege* de la misma competencia material, en relación con las cuales bastan que existan y se apliquen normas de reparto que establezcan criterios objetivos y de generalidad" [*Las garantías constitucionales del proceso*, José María Bosh editor, Barcelona 1997, pág. 99]

En ese sentido, el Tribunal considera que "La predeterminación del juez no puede interpretarse rígidamente, de suerte que impida que las normas de carácter general sobre la organización judicial y competencia de los jueces y tribunales adquieran efectos temporales inmediatos, pues ello no sólo crearía importantisimas disfuncionalidades en la administración de justicia ... sino también porque esa rígida comprensión del concepto predeterminación no se corresponde con el espíritu y finalidad que inspira el derecho fundamental cuestionado, en tanto no resulte comprometida la imparcialidad del juzgador o se desvirtúe la razonable presunción de que ésta no queda afectada dadas las características en la que se inserta la modificación operada" (STC de España, N.º 381/1992, Fun. Jur. N.º 4).

Como resulta evidente, los jueces a cargo del proceso materia de análisis, tenían tal calidad desde mucho antes de su designación para ejercer la sub-especialización en sede penal anticorrupción.

10. El recurrente deja entrever que esa imparcialidad se ha desnaturalizado debido a que la competencia de los denominados jueces anticorrupción habría sido adoptada en atención a una solicitud del Procurador de la República y a que se ha dispuesto que ellos se encargarán de conocer "todos los procesos seguidos contra Vladimiro Montesinos Torres y las personas ligadas a él, siendo el verdadero propósito de esta designación el emitir sentencias condenatorias en un breve plazo".

Tampoco comparte dicho criterio el Tribunal Constitucional. En primer lugar, el recurrente no ha acreditado que la designación de los denominados jueces anticorrupción sea consecuencia de una solicitud del Procurador de la República. Por el contrario, conforme se observa de la parte considerativa de la Resolución Administrativa N.º 024-2001-CT-PJ, la designación de los jueces penales y de una Sala Penal Superior Especial fue autorizada previo pedido del Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima.

En segundo lugar, aun cuando de la lectura del artículo 1° de la mencionada resolución se pudiera tener la sensación

de que dichos juzgados y Sala Penal Especial se crearon con el objeto de "atender adecuadamente los procesos ya instaurados y los que se instauren como consecuencia de las investigaciones que se están realizando en diversos niveles en torno al ciudadano Vladimiro Montesinos Torres", esto es, como si fueran jueces nombrados para resolver la situación jurídica de una persona y, por tanto vulnerando el principio de igualdad; sin embargo, de la lectura integral de los demás artículos de la misma resolución y, en particular, del último de ellos, se colige que se trata de órgano propios de la jurisdicción ordinaria, cuya designación no se sustenta en el criterio de la persona que se va a juzgar, sino en el de la sub-especialización en el seno de la justicia penal, derivado de las particularidades exigencias que se desprenden de un conjunto de ilícitos penales practicados desde las más altas instancias gubernamentales. De ahí que se haya dispuesto la autorización para contratar personal auxiliar, la prestación de apoyo técnico y financiero, la adopción de medidas de protección de los jueces competentes así como de medidas especiales para la custodia de los medios probatorios.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera legítimo que se puede disponer una sub-especialización en el ámbito de la justicia penal, si es que los motivos que la justifican persiguen garantizar la protección de otros bienes constitucionalmente relevantes. Por lo demás, su objetividad está fundamentada en consideraciones tales como la naturaleza del delito, la complejidad del asunto, la carga procesal y las "particulares exigencias del servicio" (*Corte Costituzionale, Sentenza N.º 174/1975*).

11. Finalmente, como antes se ha expuesto, el recurrente aduce que se ha violado el principio de reserva de ley en la determinación de la competencia de los jueces, pues se ha previsto mediante resoluciones administrativas.

Tampoco comparte dicho criterio el Tribunal Constitucional. En efecto, los alcances del principio de reserva de la ley orgánica, al que ha de vincularse el derecho a la jurisdicción preestablecida por ley, sólo alude: a) al establecimiento en abstracto de los tipos o clases de órganos a los que se va a encomendar el ejercicio de la potestad jurisdiccional (antes, esta mismo Tribunal, por ejemplo, declaró que era inconstitucional el establecimiento de jueces y Salas de Derecho Público mediante una fuente distinta a la ley orgánica); y, b) la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso, pues es evidente que la unidad del Poder Judicial no impide, en modo alguno, la especialización orgánico-funcional de juzgados y tribunales por razón de la materia.

Desde esta perspectiva, la creación de juzgados y de una sala sub-especializada en lo penal no está sujeta a reserva

de ley orgánica, pues el artículo 82º, inciso 28), de la Ley Orgánica del Poder Judicial, autoriza al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial una competencia, discrecional pero reglada, que encuentra en el propio ordenamiento judicial sus límites, para disponer la creación de Salas y Juzgados cuando así lo requiera una más rápida y eficaz administración de justicia. ["Roberto Romboli, "Teoria e prassi del principio di preconstituzione del giudice", en AA.VV. *Il principio di preconstituzione del giudice (Atti del convegno organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura e dall'Associazione 'Vittorio Bachelet'*", **Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura**, N.º 66, Roma 1993, Pág. 35-36].

Ese ha sido, por lo demás, el criterio sostenido por este Tribunal en el Caso Marcial Mori Dávila [Exp. N.º 1320-2002-HC/TC], según el cual no contraría el derecho al juez natural que mediante una resolución administrativa se especifique la sub-especialidad de una Sala Penal prevista por la Ley.

Por todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional considera que, en el caso, no se ha violado el derecho a la jurisdicción preestablecida por la ley ni el derecho a un juez competente, imparcial e independiente.

Principio de legalidad penal

12. El recurrente alega, finalmente, que se habría lesionado el principio de legalidad penal, pues pese a no haber tenido la condición de funcionario público, se le ha iniciado un proceso penal por el delito de peculado.

Este Colegiado considera que debe desestimarse, por prematuro, este extremo de la pretensión, toda vez que, por la propia situación en la que se encuentra el proceso penal, esto es, que aún no existe una sentencia firme que sindeque al accionante como responsable de la comisión del delito instruido, no es posible determinar si ha habido lesión del principio invocado.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

REVOCANDO la recurrida que, confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda; y, reformándola, la declara **INFUNDADA**. Dispone la notificación a las partes, su publicación conforme a ley y la devolución de los actuados.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRGOYEN
GONZALES OJEDA

Exp. N° 01429-2002-HC/TC [Proceso de Hábeas Corpus promovido por Juan Islas Trinidad. Sobre las formas y condiciones en que se cumplen las detenciones o penas privativas de la libertad].

Fecha de Resolución: 19 de noviembre de 2002

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 11 de febrero de 2003

Resumen: En atención a los hechos expuestos en la demanda, el Tribunal Constitucional estimó que la controversia planteada consistía en determinar si la reclusión de los demandantes en el Establecimiento Penal de Challapalca, dada su ubicación geográfica y las características climáticas de dicho lugar, afectaban o no el derecho a no ser objeto de tratos inhumanos ni degradantes y el derecho a la salud.

Con respecto a estos derechos el Colegiado señaló que el trato inhumano se presenta siempre que se ocasione en la persona sufrimientos de especial intensidad; y se estará ante un trato degradante si la ejecución de la pena y las formas que ésta revista, traen consigo humillación o una sensación de envilecimiento de un nivel diferente y mayor al que ocasiona la sola imposición de una condena.

En lo relacionado al caso de autos se señaló en la sentencia que la reclusión de los demandantes en el Establecimiento Penal de Challapalca no afecta el derecho a no ser objeto de tratos inhumanos. Que, dicho establecimiento está ubicado a menor altura que otros dos establecimientos penales ubicados en el Perú y de otros en la República de Bolivia. Siendo las características climáticas muy semejantes a zonas pobladas de muchos distritos andinos, además que junto al Establecimiento Penal de Challapalca, se encuentra ubicado un cuartel del Ejército Peruano.

Asimismo, señaló que en el Informe Defensorial (1996-1998) se ha afirmado que las temperaturas excesivamente bajas de la zona donde se halla el establecimiento penal ponen en grave riesgo la salud humana, por lo que éste debía ser cerrado e inhabilitado. Sin embargo, el Colegiado precisó que dicha afirmación es válida sólo para determinadas personas que no se adaptan a lugares ubicados en la Cordillera de los Andes.

Por otro lado, refirió que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recomendado que se inhabilite el Establecimiento de Challapalca y se traslade a las personas reclusas hacia otros establecimientos penitenciarios. (*Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, Cap. IX, La situación penitenciaria*, párrafo N.º 24, recomendación N.º 12, junio, 2000); igualmente el Comité de las Naciones Unidas y la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos han expresado que las bajas temperaturas, junto a los prolongados periodos de encierro en sus celdas, afectan severamente la salud física y mental de los internos, así como del propio personal penitenciario.

El Colegiado, señaló que si bien ninguno de estos informes lo vinculan, sí contribuyen a crear convicción sobre el hecho materia de controversia, debiéndose resaltar la convergencia del sentido de los citados informes.

De otra parte, refirió que la lejanía del establecimiento penal así como su ubicación en un lugar inhóspito y alejado de la ciudad, afecta el derecho a la visita familiar de los recursos sin el cual puede verse afectada la finalidad resocializadora y reeducadora de la pena, en clara contravención del principio constitucional del régimen penitenciario enunciado en el artículo 139º, inciso 14), de la Norma Fundamental. Por ello, consideró que cualquier acto, como el cuestionado, que, al margen de su intencionalidad, incida o repercuta en esferas subjetivas o derechos que no están restringidos, afecta el derecho y principio a la dignidad. La condición digna es consustancial a toda persona y el hecho de que esté restringido el derecho a

la libertad como consecuencia de una sanción penal, por más abominable y execrable que haya sido el hecho que motivara su aplicación, nunca enervará o derogará el núcleo fundamental de la persona, su dignidad. Por ello, cualquier restricción de algún derecho constitucional o de cualquier esfera subjetiva del interno, tendrá condicionada su validez constitucional a la observancia del principio de razonabilidad.

Respecto del derecho a la salud, el Colegiado resaltó que este derecho constituye uno de los derechos constitucionales de mayor importancia ya que se vincula estrechamente a otros derechos constitucionales como el derecho a la vida, a la integridad física y al propio principio de dignidad. De manera que la privación de la libertad de una persona no implica, en absoluto, la suspensión o restricción de otros derechos, en particular del derecho a la salud, que constituye a su vez una facultad vinculante al Estado, pues el artículo 76° del Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo N.° 654) ha establecido que "el interno tiene derecho a alcanzar, mantener o recuperar el bienestar físico y mental. La Administración Penitenciaria proveerá lo necesario para el desarrollo de las acciones de prevención, promoción y recuperación de la salud".

Por lo expuesto, el Tribunal declaró fundada en parte la demanda y ordenó que el Instituto Nacional Penitenciario traslade a los reclusos cuyo precario estado de salud, clínicamente comprobado por la entidad oficial pertinente, no permita que continúen en el Centro Penitenciario de Challapalca, a cualquier otro establecimiento penal del Estado, con intervención del representante del Ministerio Público; y que al resto de población penal se le proporcione adecuada atención médica y facilite el transporte de los familiares, cuando menos con periodicidad quincenal.

Temas Claves: Derecho a la salud - derecho a no ser objeto de tratos inhumanos - hábeas corpus correctivo - tratos inhumanos.

EXP. N.° 1429-2002-HC/TC
LIMA

JUAN ISLAS TRINIDAD Y OTROS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días de Noviembre de 2002, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Presidente; Revoredo Marsano, Vicepresidenta; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Emiliano Álvarez Lazo y otros, a favor de don Juan Islas Trinidad y otros, contra la sentencia expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 172, su fecha 17 de enero de 2002, que declaró infundada la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Los accionantes, con fecha 25 de setiembre de 2001, interponen acción de hábeas corpus contra el Ministro de Justicia, don Fernando Olivera Vega, el Ministro del Interior, don Fernando Rospigliosi y el Jefe del Instituto Nacional Penitenciario, con el objeto de que se disponga el cese del aislamiento, incomunicación y las condiciones humillantes, degradantes e inhumanas de reclusión de treinta y cuatro internos trasladados al Establecimiento Penal de

Challapalca, y se ordene su retorno a su lugar de origen, el Establecimiento Penal "Miguel Castro Castro" de Lima.

Afirman que los favorecidos, 34 internos del Pabellón IV del Penal de Yanamayo, en la madrugada del día viernes 21 de septiembre de 2001 fueron trasladados ilegalmente al Establecimiento Penal de Challapalca, en contravención de las sugerencias de la Defensoría del Pueblo y el Comité Internacional de la Cruz Roja, que recomendaron el cierre de dicho establecimiento penal, de mayor aislamiento y altura, por ser atentatorio de la salud de los internos y los visitantes. Manifiestan que el Establecimiento Penal de Challapalca se encuentra a una altitud mayor a los 4650 metros sobre el nivel del mar, en un lugar bastante alejado de la residencia de los familiares de los internos y que sus condiciones de aislamiento del lugar y características climatológicas, lo hacen inadecuado para la sobrevivencia humana, constituyendo, así, un peligro para la salud de los internos y de sus familiares que, por lo general, son personas mayores de edad y tienen que trasladarse desde la ciudad de Lima. Refieren que esta medida tiene por finalidad aislarlos más de sus familiares y de la sociedad, en aplicación de un plan de aislamiento, aniquilamiento y genocidio iniciado por el anterior gobierno Asimismo, que el traslado se efectuó en medio de un operativo militar y policial que puso en riesgo sus vidas e integridad física y cuyas consecuencias son ocultadas, al extremo de no haberse permitido la presencia del Comité Internacional de la Cruz Roja y de la Defensoría del Pueblo y de negarse la visita de los familiares, quienes, los días sábado 22 y domingo 23 de septiembre del año pasado, acudieron

al Establecimiento Penal de Challapalca y se les informó que los internos estaban incomunicados indefinidamente. Sostienen que el acto cuestionado evidencia la continuación del plan del ex Presidente Fujimori y del señor Montesinos, de aniquilamiento y genocidio contra los reclusos, expresados en encierro celular, incomunicación, aislamiento y sometimiento a condiciones de reclusión inhumanas, humillantes y degradantes, incompatibles con la dignidad de persona humana y que transgreden el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sostienen que parte del mencionado plan es la negación del derecho a la defensa de los demandantes debido a que se les mantiene incomunicados con sus abogados e, incluso, con sus familiares y que las características climáticas, aislamiento y lejanía del lugar, imposibilitan que los abogados tengan acceso al cuestionado establecimiento penal. Manifiestan también que el traslado se efectuó sin conocimiento previo de la Defensoría del Pueblo, del Comité Internacional de la Cruz Roja y familiares de los internos, desconociéndose su estado salud y en qué condiciones fueron trasladados, extremo que, sostienen, debe verificarse a través de la presente acción, así como la situación de los objetos personales y de trabajo pertenecientes a los internos que permanecen en el Penal de Yanamayo. Manifiestan que estos hechos conculcan el derecho a la integridad personal de los 34 demandantes, reconocido por el artículo 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos. Solicitan que se tome la declaración, además, del Delegado del Comité Internacional de la Cruz Roja, CO en relación al estado de salud de los demandantes y del Defensor del Pueblo, respecto a las condiciones inadecuadas del Establecimiento Penal de Challapalca, que lo impulsaron a recomendar su cierre.

El Presidente del Consejo Nacional Penitenciario del Instituto Nacional Penitenciario, don Luis Javier Bustamante Rodríguez, por su parte, afirma que el traslado de los demandantes se realizó en mérito a la Resolución Directoral de la Dirección Regional Altiplano Puno N.º 159-2001-INPE-DRAP-D, de fecha 20 de septiembre de 2001, que, a su vez, se sustenta en el Acta del Consejo Técnico Penitenciario N.º 029-2001-EPY-CTP del Establecimiento Penal de Máxima Seguridad de Yanamayo, de fecha 20 de septiembre del mismo año. Manifiesta que en la citada Resolución Directoral se consigna que existe un deterioro significativo de la infraestructura del establecimiento penitenciario y que para efectuar las reparaciones correspondientes se hacía necesario el traslado de los internos a quienes, previamente, se les propuso trasladarlos en distintos grupos a los penales de Huancayo, Cajamarca e Ica, lo cual rehusaron. Señala que durante su salida del pabellón del establecimiento y su embarque en los vehículos que los llevaron, estuvieron presentes dos representantes del Ministerio Público y un médico legista invitados, con el propósito de cautelar el operativo y los derechos humanos de los demandantes. Sostiene que la razón por la que no se les permitió llevar consigo sus pertenencias fue para efectuar una requisa en los ambientes que ocupaban de las armas hechas manufacturadas (sic) y otros objetos no autorizados por el Reglamento, para posteriormente

remitirlos. Afirma que no hay norma alguna que disponga que el Instituto Nacional Penitenciario deba consultar sus decisiones al Comité Internacional de la Cruz Roja o a la Defensoría del Pueblo. Refiere que el Establecimiento Penitenciario de Challapalca es un penal de máxima seguridad de construcción nueva, que cuenta con una clínica, áreas laborales y educativas y un equipo profesional multidisciplinario encargado del tratamiento, donde cada interno posee su propia celda; éstas cuentan con servicios higiénicos propios y no existe hacinamiento, además que se dispone de varios patios para actividades al aire libre. Enfatiza que los demandantes no se encuentran incomunicados, ya que pueden recibir visitas de sus abogados y representantes de organismos protectores de derechos humanos, como la Cruz Roja y la Defensoría del Pueblo, y que luego de que concluyan el periodo de treinta días de sanción disciplinaria impuesta por los destrozos que los internos ocasionaron, éstos podrán recibir visitas de sus familiares; asimismo, reitera que no se encuentran aislados, y que cada uno permanece en su celda unipersonal en cuatro alas de un mismo pabellón, con cama individual que dispone de colchón y cuatro frazadas. Manifiesta que ha presentado al despacho judicial diez fotografías que muestran los destrozos en el establecimiento de Yanamayo ocasionados por los demandantes, así como, entre otros documentos, el Informe N.º 085-01-XII-RPNP-EPY.SI del Jefe de Seguridad de dicho establecimiento, donde se indica el grado de deterioro del penal y se recomienda el traslado de los internos; asimismo, el acta de verificación y de recepción de los médicos de los establecimientos de Yanamayo y Challapalca, respectivamente. Afirma que los Ministros accionados no estuvieron presentes el día del traslado de los demandantes porque dicho acto es competencia de la Dirección Regional del INPE.

El Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Ministro del Interior manifiesta que el traslado de los demandantes se realizó en el ámbito de competencias del Director del Establecimiento Penal de Yanamayo y sus superiores, en ejercicio de sus atribuciones, como consecuencia de los actos ilícitos (sic) cometidos por los demandantes y que el informe que da cuenta de estos hechos, refiere que el establecimiento carcelario estaba dominado por los internos, situación que ponía en riesgo la seguridad integral de las instalaciones, de ellos mismos, de los funcionarios del INPE y de los funcionarios (sic) encargados de la custodia exterior del establecimiento.

La Procuradora Pública encargada de los asuntos judiciales del Ministerio de Justicia, por su parte, afirma que el traslado cuestionado se dispuso por decisión del INPE, que es el ente rector del sistema penitenciario nacional, de conformidad con el artículo 1° de su Reglamento de Organización y Funciones, Resolución Ministerial N.º 040-2001-JUS.

El Tercer Juzgado Especializado en Derecho Público de Lima, a fojas 126, con fecha 30 de octubre de 2001, declaró infundada la acción interpuesta por considerar que en la constatación realizada por el juez comisionado en el Establecimiento Penal de Challapalca, se verificó que los

internos se hallan reclusos en condiciones normales, pues cuentan con los servicios básicos para su subsistencia y que no existe queja por maltrato o tortura contra el personal del INPE; asimismo, porque siendo potestad de la administración penitenciaria determinar el establecimiento penal donde se ubican los internos, de conformidad con la Resolución Directoral 159-2001-INPE-DRAP-D, ésta dispuso transitoriamente y por reordenamiento el mencionado traslado; y, finalmente, porque los demandantes no han sufrido deterioro de su salud ni se encuentran en condiciones humillantes, degradantes o inhumanas de reclusión, pues el Establecimiento Penal de Challapalca cumple las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo N.º 003-2001-JUS.

La recurrida confirmó la apelada por considerar que el traslado de los demandantes se dispuso bajo la modalidad de reordenamiento, es decir, cuando la capacidad de albergue de un establecimiento penitenciario es excedida por el número de internos, lo que pone en riesgo el régimen y la disciplina penitenciaria; en el caso, la infraestructura del establecimiento presentaba serias deficiencias que ponían en riesgo su seguridad, lo que hacía necesaria su refacción y el consiguiente traslado de los demandantes hasta la culminación de las obras. Asimismo, considera que se ha acreditado en los actuados que las condiciones de reclusión en las que se encuentran los demandantes no afectan sus derechos a la vida, a la integridad física y psicológica y a la salud.

FUNDAMENTOS

Hábeas corpus correctivo: objeto y alcances

1. En resolución recaída en el Exp. N.º 590-2001-HC/TC, se estableció el denominado hábeas corpus correctivo. Esta modalidad de hábeas corpus procede ante actos u omisiones que importen violación o amenaza, en principio, del derecho a la vida, a la salud, a la integridad y, de manera muy significativa, del derecho al trato digno y a no ser objeto de penas o tratos inhumanos o degradantes.

Para este supremo intérprete de la Constitución queda claro que aun cuando el artículo 12º de la Ley N.º 23506 no comprende de manera expresa la protección de estos derechos, el carácter enunciativo del conjunto de derechos que pueden ser objeto de protección, de conformidad con el citado artículo 12º, posibilita o autoriza que derechos no comprendidos expresamente por éste puedan ser objeto de protección del proceso constitucional de hábeas corpus. Ello puede suceder tanto respecto de derechos directamente conexos con el de la libertad, así como respecto de derechos diferentes a la libertad, pero que su eventual lesión se genera, precisamente, como consecuencia directa de una situación de privación o restricción del derecho a la libertad individual.

2. Tal es el caso de personas reclusas en ejecución de una pena privativa de la libertad o de personas detenidas como consecuencia de una medida cautelar de detención. Sin embargo, también se extiende a aquellas situaciones diversas en las que también se verifica cierta restricción

de la libertad debido a que se hallan bajo una especial relación de sujeción tuitiva. Es el caso, por ejemplo, de personas internadas sometidas a tratamiento en centros de rehabilitación o de estudiantes internados, ya sea en dependencias públicas o privadas.

En estos supuestos, la controversia radica en examinar si las condiciones de reclusión, detención o internamiento resultan lesivas de los derechos fundamentales o contrarias a los principios constitucionales. Si bien no es posible determinar *a priori* el derecho que pueda resultar implicado en tales casos, debe tenerse en cuenta que, en principio, el análisis debe centrarse en los derechos a la vida, a la integridad, a la salud, a no ser objeto de penas o tratos inhumanos o degradantes, a la dignidad e, incluso, a la contravención de principios constitucionales que incidan negativamente en la situación de estas personas.

En los casos en que sufran lesión alguno de los derechos constitucionales antes mencionados, el denominado hábeas corpus correctivo es la vía idónea para la protección que corresponda.

Precisión de la controversia constitucional planteada

3. En atención a los hechos expuestos, este Tribunal Constitucional estima que la controversia planteada consiste en determinar si la reclusión de los demandantes en el Establecimiento Penal de Challapalca, dada su ubicación geográfica y las características climáticas de dicho lugar, afectan o no el derecho a no ser objeto de tratos inhumanos ni degradantes y el derecho a la salud.

Derecho a no ser objeto de tratos inhumanos ni degradantes

4. De conformidad con el artículo 5º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Asimismo, de conformidad con el artículo 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos " (...) Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (...)". Enunciado análogo hallamos en el artículo 5º, inciso 2), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que precisa, además, que "Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". Finalmente, la Constitución Política del Estado establece en el artículo 2º, inciso 24), literal "f", *ab initio*, que "Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes (...)". El reconocimiento de este derecho humano excede su dimensión estricta de derecho subjetivo y se proyecta, además, como un valor o principio constitucional objetivo del derecho penitenciario, en cuanto principio de humanidad de las penas, tal como lo establece el artículo 3º del Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo N.º 654).

5. Las disposiciones citadas establecen conceptos cuya noción es preciso aclarar previamente. Aunque estrechamente vinculados, se debe diferenciar entre la tortura, el trato inhumano y el trato degradante.

La distinción entre la tortura y el trato inhumano o degradante deriva principalmente de la diferencia de intensidad del daño infligido (*Europe Court of Human Rights, Case of Ireland v. United Kingdom*, 18 de enero de 1978, párrafo 164, párrafo 4°). "La tortura constituye una forma agravada y deliberada de penas o de tratos crueles, inhumanos o degradantes" (Resolución 3452 (XXX) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 9 diciembre de 1975; citado en la sentencia Irlanda contra Reino Unido, cit., párrafo 5°). El Tribunal Constitucional se ha manifestado en análoga línea de argumentación y con aplicación de las normas internacionales específicas en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0726-2002-HC/TC.

En el presente caso, sin embargo, la proscripción de la tortura no resulta relevante para la resolución de la controversia. En tal sentido, el análisis ulterior discurrirá en torno al derecho a no ser objeto de tratos inhumanos ni degradantes.

6. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con motivo de la interpretación del artículo 3° del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece enunciado similar a los antes citados, ha sostenido, con relación al trato degradante, lo siguiente: "sería absurdo sostener que cualquier pena judicial, debido al aspecto humillante que ofrece de ordinario y casi inevitablemente, tiene una naturaleza degradante (...). Hay que complementar la interpretación (...); para que una pena sea "degradante" (...), la humillación o el envilecimiento que implica, tiene que alcanzar un nivel determinado y diferenciarse, en cualquier caso, del elemento habitual de humillación (...)" y que "su constatación es, por la naturaleza de las cosas, relativa: ello depende de todas las circunstancias del caso y, en particular, de la naturaleza y el contexto de la misma pena y de la forma y método de su ejecución" (*Europe Court of Human Rights, Tyrer Case*, parágrafo N.º 30, último párrafo). En el caso mencionado se concluyó que el factor o elemento de humillación alcanzaba el nivel de "pena degradante". En tal sentido, de acuerdo con la interpretación del citado organismo jurisdiccional supranacional, se entiende como "trato degradante" "aquel que es susceptible de crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad capaces de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral". En este caso, colegimos que se habla de un trato que erosiona la autoestima y, más exactamente, de un trato incompatible con la dignidad de la persona: un trato indigno.

7. Dentro del concepto de "tratos inhumanos", identifican aquellos actos que "producen intensos sufrimientos y daños corporales, a veces de importancia", que, empero, no llegan al extremo de la tortura, pues "En las torturas se incluyen aquellos tratos inhumanos deliberados que producen sufrimientos graves y crueles, constituyendo la tortura una forma agravada y deliberada de penas o de tratos crueles, inhumanos o degradantes". (Rivera Beiras, Iñaki; *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos*, 1° ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 78). En la sentencia precitada, el Tribunal Europeo

entiende que se está ante un trato inhumano cuando se inflingen sufrimientos de especial gravedad o severidad. Es decir, "un mínimo" de gravedad o severidad del trato. Ahora bien, "(...) La apreciación de este mínimo es relativo por esencia; él depende del conjunto de circunstancias del caso, tales como la duración de la aflicción, sus efectos físicos o mentales y, a veces, del sexo, la edad y del estado de salud de la víctima, etc". (*Europe Court of Human Rights, Case of Ireland v. United Kingdom*, 18 de enero de 1978, párrafo N.º 162). Desde luego, según esto, conductas que, en principio, estarían en el ámbito de un trato inhumano, podrían devenir en una forma de tortura si los sufrimientos inflingidos alcanzan una mayor intensidad y crueldad.

En consecuencia, el trato inhumano se presenta siempre que se ocasione en la persona sufrimientos de especial intensidad; y se estará ante un trato degradante si la ejecución de la pena y las formas que ésta revista, traen consigo humillación o una sensación de envilecimiento de un nivel diferente y mayor al que ocasiona la sola imposición de una condena.

8. La relevancia de este derecho humano a efectos de resolver la presente controversia reside en que no es la pena en sí misma la que es objeto de cuestionamiento, sino las condiciones y la forma en que ésta se ejecuta. El Tribunal estima que no es, en principio, el derecho a no ser objeto de "tratos degradantes" la variable presuntamente lesionada, como tampoco el derecho a no ser objeto de "torturas". Considera que, dadas las características del acto presuntamente lesivo, la controversia planteada reside en la presunta afectación del derecho a no ser objeto de "tratos inhumanos".

9. La reclusión de los demandantes en el Establecimiento Penal de Challapalca no afecta el derecho a no ser objeto de tratos inhumanos. En efecto, dicho establecimiento está ubicado a 4, 280 metros sobre el nivel del mar y, por lo tanto, está a menor altura que otros dos establecimientos penales ubicados en el Perú y de otros en la República de Bolivia. Respecto al Establecimiento Penal de Yanamayo, su nivel es sólo 300 metros mayor. Las características climáticas son semejantes a zonas pobladas de muchos distritos andinos. Junto al Establecimiento Penal de Challapalca, además, está ubicado un cuartel del Ejército Peruano. La Defensoría del Pueblo, en su Informe Defensorial ante el Congreso de la República 1996-1998, ha afirmado que las temperaturas excesivamente bajas de la zona donde se halla el establecimiento penal ponen en grave riesgo la salud humana. Sin embargo, esa afirmación es válida sólo para determinadas personas que no se adaptan a lugares ubicados en la Cordillera de los Andes.

10. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recomendado que se inhabilite el Establecimiento de Challapalca y se traslade a las personas reclusas hacia otros establecimientos penitenciarios (*Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, Cap. IX, La situación penitenciaria*, párrafo N.º 24, recomendación N.º 12, junio, 2000); y la Defensoría del Pueblo, en su Informe Defensorial ante el Congreso de la República 1996-1998, ante el primer traslado de reclusos a dicho establecimiento,

manifestó que éste debía ser cerrado e inhabilitado, posteriormente, en el Informe Defensorial N.º 29, *Derechos humanos y sistema penitenciario - Supervisión de derechos humanos de personas privadas de libertad 1998-2000, Lima 2000*, " se afirmó que (...) Las severas condiciones climáticas, la falta de medios de comunicación y su difícil ubicación que limitan el sistema de visitas colisionan con el principio de humanidad de las penas. Las bajas temperaturas durante el día y particularmente en la noche, junto a los prolongados periodos de encierro en sus celdas, afectan severamente la salud física y mental de los internos, así como del propio personal penitenciario encargado de la custodia del penal". Conclusiones análogas se encuentran en el Informe del Comité de las Naciones Unidas y el de un órgano no gubernamental como es la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. Si bien ninguno de estos informes vinculan al Tribunal, sí contribuyen a crear convicción sobre el hecho materia de controversia, debiéndose resaltar la convergencia del sentido de los citados informes.

11. De otra parte, la lejanía del establecimiento penal así como su ubicación en un lugar inhóspito y alejado de la ciudad, afecta el derecho a la visita familiar de los recursos sin el cual puede verse afectada la finalidad resocializadora y reeducadora de la pena, en clara contravención del principio constitucional del régimen penitenciario, enunciado en el artículo 139º, inciso 14), de la Norma Fundamental. Debe considerarse que cualquier acto, como el cuestionado, que, al margen de su intencionalidad, incida o repercuta en esferas subjetivas o derechos que no están restringidos, afecta el derecho y principio a la dignidad. La condición digna es consustancial a toda persona y el hecho de que esté restringido el derecho a la libertad como consecuencia de una sanción penal, por más abominable y execrable que haya sido el hecho que motivara su aplicación, nunca enervará o derogará el núcleo fundamental de la persona, su dignidad. Es en este sentido que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que en "los términos del artículo 5.2 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos" (Caso Neyra Alegría y otros, párrafo N.º 60). Por esto, cualquier restricción de algún derecho constitucional o de cualquier esfera subjetiva del interno, tendrá condicionada su validez constitucional a la observancia del principio de razonabilidad.

Considerando, además, la especial ubicación del Establecimiento Penitenciario de Challapalca, debe el Estado facilitar el acceso para la visita de los familiares de los reclusos, proporcionándoles la movilidad que es indispensable, con una periodicidad razonable.

Derecho a la salud

12. El artículo 7º de la Constitución Política del Estado establece que "(...) Todos tienen derecho a la protección

de su salud (...) así como el deber de contribuir a su promoción y defensa". La salud es entendida como "Estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones", "Condiciones físicas en que se encuentra un organismo en un momento determinado", "Libertad o bien público o particular de cada uno" (*Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22ª edición, 2002). Puede considerarse, entonces, como la facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica, así como de restituirlo ante una situación de perturbación del mismo.

13. Así las cosas, el derecho a la salud se proyecta como la conservación y el restablecimiento de ese estado. Implica, por consiguiente, el deber de que nadie, ni el Estado ni un particular, lo afecte o menoscabe. Hay, desde tal perspectiva, la proyección de la salud como un típico derecho reaccional o de abstención, de incidir en su esfera. Pero también, como en la mayoría de derechos constitucionales, el de la salud presenta una dimensión positiva que lo configura como un típico derecho "prestacional", vale decir, un derecho cuya satisfacción requiere acciones prestacionales. Esta dimensión del derecho se manifiesta con especial énfasis en el artículo 12º del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

14. Si bien el derecho a la salud no está contenido en el capítulo de derechos fundamentales, su inescindible conexión con el derecho a la vida (art. 2º), a la integridad (art. 2º) y el principio de dignidad (art. 1º y 3º), lo configuran como un derecho fundamental indiscutible, pues, constituye "condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo" (art. I, Título Preliminar de la Ley N.º 26842, General de Salud). Por ello, deviene en condición necesaria del propio ejercicio del derecho a la vida y, en particular, a la vida digna. De otra parte, siempre que el derecho a la integridad resulte lesionado o amenazado, lo estará también el derecho a la salud, en alguna medida. Sin embargo, son también posibles supuestos en que se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales. La salud resulta un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que incide en mayor o menor medida en la vida del individuo, dependiendo de sus condiciones de adaptación. Teniendo como base esta apreciación gradual de la salud, la protección del derecho a la salud importa la tutela de un mínimo vital, fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal o un grave deterioro de ésta.

Debe tenerse presente que la vida no es un concepto circunscrito a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio que la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Por esta razón, es indispensable la consideración de la vida en dignidad que, en este caso, se manifiesta como vida saludable.

15. Se trata, ahora, de abordar el derecho a la salud, en particular de las personas que se hallan privadas de su libertad. El derecho a la salud constituye uno de los derechos constitucionales de mayor importancia, ya que se vincula estrechamente a otros derechos constitucionales como el derecho a la vida, a la integridad física y al propio principio de dignidad. Desde luego, la privación de la libertad no implica, en absoluto, la suspensión o restricción de otros derechos, en particular del derecho a la salud. En cuanto derecho constitucional, la salud de las personas reclusas es también una facultad vinculante al Estado. Por esta razón, el artículo 76° del Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo N.° 654) ha establecido que "El interno tiene derecho a alcanzar, mantener o recuperar el bienestar físico y mental. La Administración Penitenciaria proveerá lo necesario para el desarrollo de las acciones de prevención, promoción y recuperación de la salud".

Por lo tanto, los reclusos, como en el caso de los demandantes, tienen un derecho constitucional a la salud al igual que cualquier persona. Pero, en este caso, es el Estado el que asume la responsabilidad por la salud de los internos; hay, pues, un deber de no exponerlos a situaciones que pudieran comprometer o afectar su salud. Por esta razón, el Instituto Nacional Penitenciario, como sector de la administración competente de la dirección y administración del sistema penitenciario y, en particular la Dirección Regional de Puno, son responsables de todo acto que pudiera poner en riesgo la salud de los demandantes y debe, en consecuencia, proporcionar una adecuada y oportuna atención médica. Asimismo, ante esta situación, el Estado debe tomar las acciones apropiadas para el cese de la situación peligrosa, la que exige, en principio, el traslado inmediato de los internos cuyo precario estado de salud, clínicamente comprobado, no permita que continúen en el centro penitenciario en el que se encuentran reclusos.

La facultad de traslado de internos

16. La resolución por la cual se dispone el traslado de los demandantes invoca la Directiva N.° 002-2001-INPE/OGT, que establece en el Punto A.4 la facultad de traslado de los internos "por reordenamiento", en el supuesto de que "la capacidad de albergue de un Establecimiento Penitenciario es excedida por el número de internos que actualmente presenta dicho Establecimiento, poniendo en riesgo el régimen y disciplina penitenciaria". Antes de evaluar el mérito de este acto administrativo en función de los derechos y principios constitucionales, es menester analizar el asunto relativo a la propia directiva en cuanto fuente normativa sustentatoria del acto administrativo de traslado. Las directivas constituyen disposiciones a través de las cuales la administración establece procedimientos específicos para el mejor cumplimiento de las funciones que la propia ley les ha asignado. Sin embargo, dos aspectos deben tenerse en cuenta respecto a su validez. El primero, es que, por su propia naturaleza, se hallan estrictamente enmarcadas dentro de la ley y el

reglamento. Están vinculadas al principio de legalidad. Pero, además, no pueden regular materia relativa a derechos constitucionales. Aquí, el principio de reserva de ley impone que cualquier disposición que tenga por objeto directo la regulación de derechos constitucionales o que, aun cuando de manera indirecta, incida en ella, debe ser objeto exclusivo y excluyente de ley, mas no de fuentes normativas de jerarquía inferior.

17. Planteado en estos términos, la mencionada directiva, al establecer las causales y la autoridad competente para el procedimiento de traslado de los internos de establecimientos penales, no ha infringido ningún principio constitucional, porque estos aspectos no inciden directamente en los derechos de las personas reclusas en un establecimiento penal y en los principios constitucionales del régimen penitenciario. Como consecuencia de lo anterior, el acto administrativo cuestionado no ha significado, en la práctica, un acto *extra legem* y, por consiguiente, ilegal y viciado de nulidad. Por esta razón, carece de sentido evaluar si el acto administrativo que dispuso el traslado respetó o no el principio de razonabilidad en cuanto límite y parámetro de la validez constitucional de las potestades administrativas.

18. Los medios probatorios dispuestos por este Colegiado en uso de la facultad que le confiere el artículo 57° de su Ley Orgánica (N.° 26435) y los argumentos expuestos por los demandados ratifican los hechos evaluados anteriormente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica;

FALLA

REVOCANDO la recurrida que, confirmando la apelada, declaró infundada la acción de hábeas corpus; y, reformándola, la declara **FUNDADA** en parte. Ordena, en consecuencia, que el Instituto Nacional Penitenciario traslade a los reclusos cuyo precario estado de salud, clínicamente comprobado por la entidad oficial pertinente, no permita que continúen en el Centro Penitenciario de Challapalca, a cualquier otro establecimiento penal del Estado, con intervención del representante del Ministerio Público; y que al resto de población penal se le proporcione adecuada atención médica y facilite el transporte de los familiares, cuando menos con periodicidad quincenal. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

REY TERRY

REVOREDO MARSANO
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

Exp. N° 1797-2002-HD/TC [Proceso de Hábeas Data promovido por Wilo Rodríguez Gutiérrez. Sobre el derecho a la autodeterminación informativa, acceso a la información pública, de petición y libertad de información].

Fecha de Resolución: 29 de enero de 2003

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 30 de setiembre de 2003

Resumen: La demanda recaída en el Expediente N° 1797-2002-HD/TC tuvo por finalidad que se brinde al recurrente toda la información relacionada con los gastos efectuados por el ex presidente de la República Alberto Fujimori y su comitiva durante los más de 515 días en que estuvo fuera del país debido a los 120 viajes que realizó al exterior en el transcurso de su mandato presidencial; así como que se precise el monto asignado por concepto de viáticos y gastos de representación, los costos de los pasajes aéreos por cada uno de los viajes realizados, los gastos de combustible y de operación del avión presidencial, los montos asignados para gastos de la comitiva presidencial, entre otros.

Al respecto, se señaló en la sentencia que el *derecho a la autodeterminación informativa* (reconocido en el artículo 2°, inciso 6 de la Constitución) tiene por objeto proteger la intimidad, personal o familiar, la imagen y la identidad frente al peligro que representa el uso y la eventual manipulación de los datos a través de los ordenadores electrónicos. Así, se hizo referencia al Exp. N° 666-1996-HD/TC, en el cual se había señalado que la protección del derecho a la autodeterminación informativa a través del hábeas data comprende, en primer lugar, la capacidad de exigir jurisdiccionalmente la posibilidad de acceder a los registros de información, computarizados o no, cualquiera que sea su naturaleza, en los que se encuentren almacenados los datos de una persona; y, en segundo lugar, que el hábeas data puede tener la finalidad de agregar datos al registro que se tenga, ya sea por la necesidad de que se actualicen los que se encuentran registrados, o bien con el fin de que se incluyan aquellos no registrados, pero que son necesarios para que se tenga una cabal referencia sobre la imagen e identidad de la persona afectada. Asimismo, con el derecho en referencia, y en defecto de él, que mediante el hábeas data un individuo puede rectificar la información, personal o familiar, que se haya registrado; impedir que esta se difunda para fines distintos de aquellos que justificaron su registro o, incluso, tiene la potestad de cancelar aquellos que razonablemente no debieran encontrarse almacenados.

Por otro lado, se precisó que el inciso 5) del artículo 2° de la Constitución reconoce el *derecho de acceso a la información pública*, el cual no es idéntico al *derecho de petición* (artículo 2°, inciso 20 de la Constitución) ni tampoco al *derecho a la libertad de información* (artículo 2°, inciso 4 de la Constitución). Así, en la medida en que el derecho de acceso a la información pública garantiza que cualquier persona, sin expresión de causa, pueda solicitar la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido, éste termina constituyéndose en una modalidad o concreción del derecho de petición.

Así, pues, expresó el Colegiado que el derecho de acceso a la información pública se encuentra estrechamente vinculado a uno de los contenidos protegidos por la libertad de información y que tiene una doble dimensión. Por un lado, se trata de un *derecho individual*, en el sentido de que garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas. Desde esta perspectiva, en su dimensión individual, el derecho de acceso a la información se presenta como un presupuesto o medio para el ejercicio de otras libertades fundamentales, como puede ser

la libertad de investigación, de opinión o de expresión, por mencionar alguna. Tal condición instrumental, señaló se aprecia en el caso de autos, cuando mediante carta notarial dirigida al entonces segundo vicepresidente de la República, no encontrándose obligado a dar las razones de la información requerida, el recurrente alegó que la información requerida era importante para poder ejercer su libertad de investigación sobre la diplomacia presidencial en el Perú. En segundo lugar, el derecho de acceso a la información tiene una dimensión *colectiva*, ya que garantiza el derecho de todas las personas de recibir la información necesaria y oportuna, a fin de que pueda formarse una opinión pública, libre e informada, presupuesto de una sociedad auténticamente democrática. Desde este punto de vista, expresó que la información sobre la manera como se maneja la *res pública* termina convirtiéndose en un auténtico bien público o colectivo, que ha de estar al alcance de cualquier individuo, no sólo con el fin de posibilitar la plena eficacia de los principios de publicidad y transparencia de la Administración pública, en los que se funda el régimen republicano, sino también como un medio de control institucional sobre los representantes de la sociedad; y también para instar el control sobre aquellos particulares que se encuentran en la capacidad de poder inducir o determinar las conductas de otros particulares o, lo que es más grave en una sociedad como la que nos toca vivir, su misma subordinación.

Por ello, destacó que la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción. Y es que si el Estado democrático de Derecho presupone la división de poderes, el respeto de los derechos fundamentales y la elección periódica de los gobernantes, éste no podría asegurarse si es que no se permitiera a las personas poder ejercer un control sobre las actividades de los representantes del pueblo.

Ahora, a juicio del Tribunal Constitucional, el contenido constitucionalmente garantizado por el derecho de acceso a la información pública no sólo comprende la mera posibilidad de acceder a la información solicitada y, correlativamente, la obligación de dispensarla de parte de los organismos públicos. Pues, consideró que si tal fuese sólo su contenido protegido constitucionalmente, se correría el riesgo de que este derecho y los fines que con su reconocimiento se persiguen, resultaran burlados cuando, p.ej. los organismos públicos entregasen cualquier tipo de información, independientemente de su veracidad o no. Por tanto, a criterio del Tribunal, no sólo se afecta el derecho de acceso a la información cuando se niega su suministro, sin existir razones constitucionalmente legítimas para ello, sino también cuando la información que se proporciona es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada. De ahí que si en su faz positiva el derecho de acceso a la información impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar, en su faz negativa, exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa.

Así, en el presente caso, observó el Tribunal que tales exigencias no habían sido satisfechas por la demandada, dado que la información proporcionada en el informe N° 001-2001-CMPR/DGADM no era completa, actualizada y exacta. Así, por ejemplo, mientras en el punto C del informe se hacía referencia a que en el año 1998 el ex presidente viajó 28 veces, en el cuadro de detalles de costos figuraba que en ese mismo año había viajado 47 veces, o que con relación al año 1999, se indicaba que viajó 14 veces, mientras que en el detalle de costos se especificaba que se realizaron 24 viajes, entre otros cuestionamientos alegados por el recurrente.

Por lo expuesto, el Tribunal estimó la pretensión, al haberse violado los derechos constitucionales de acceso a la información pública y, relacionalmente, la libertad de investigación del recurrente, ordenando que se brinde la información solicitada en los términos descritos en la sentencia y conforme se han requerido en la carta notarial y en la demanda.

Temas Claves: Derecho a la autodeterminación informativa - derecho a la identidad personal - derecho a la imagen - derecho a la información - derecho a la intimidad - derecho de petición - doble dimensión del derecho al acceso a la información pública - libertad de información - procedencia del hábeas data.

EXP. N° 1797-2002-HD/TC
LIMA

WILO RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 29 días del mes de enero de 2003, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen y Gonzales Ojeda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Wilo Rodríguez Gutiérrez contra la resolución de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 94, su fecha 6 de mayo del 2002, que declaró que carece de objeto pronunciarse sobre el asunto controvertido, por haberse producido la sustracción de la materia.

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de febrero de 2001, el recurrente interpone acción hábeas data contra el ex presidente de la República, Dr. Valentín Paniagua Corazao, con objeto de que se le proporcione la información denegada mediante la carta notarial de fecha 12 de diciembre del 2000, manifestando que no se le ha brindado la información solicitada respecto de los gastos efectuados por el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori y su comitiva durante los más de 515 días en que estuvo fuera del país, debido a los 120 viajes que realizó al exterior, en el transcurso de su mandato presidencial. En consecuencia, solicita que la información requerida se especifique como sigue: a) monto asignado por concepto de viáticos; b) monto asignado por concepto de gastos de representación; c) costos de los pasajes aéreos, por cada uno de los viajes realizados; d) gastos de combustible y operación del avión presidencial, y e) monto asignado para gastos de la comitiva presidencial, entre otros. Alega que se vulnera su derecho de acceso a la información, ya que la información requerida no atenta contra la seguridad nacional, ni afecta la intimidad personal, ni está exceptuada por ley.

El Procurador Público a cargo de la defensa judicial de la Presidencia del Consejo de Ministros señala que la pretensión del recurrente ya ha sido incoada en reiteradas oportunidades; que la información requerida se encuentra, casi en su totalidad, publicada en el diario oficial "El Peruano", la que, además ha sido suministrada por la Directora General de Administración del Despacho Presidencial, en la cual se da cuenta de los viajes realizados por el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori entre los años 1990 y 2000, la cantidad de viajes por cada año realizado, así como el costo.

El Primer Juzgado Especializado en Derecho Público de Lima declara que carece de objeto pronunciarse sobre el fondo, por haberse producido la sustracción de la materia, toda vez que la información requerida fue proporcionada mediante el Informe N°. 001-2001-CMPR/DGADM;

añadiendo que las discrepancias del actor en cuanto a la información suministrada no constituyen datos que objetivamente existan, por lo que no pueden exigirse a través del hábeas data, puesto que se trata de materia sujeta a controversia que requiere de estación probatoria.

La recurrida confirmó la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. El recurrente pretende que la emplazada le proporcione información respecto de los gastos efectuados por el ex presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori y su comitiva, durante los más de 515 días en que estuvo fuera del país debido a los 120 viajes que realizó al exterior en el transcurso de su mandato presidencial; y solicita que se precise el monto asignado por concepto de viáticos y gastos de representación, los costos de los pasajes aéreos por cada uno de los viajes realizados, los gastos de combustible y de operación del avión presidencial, los montos asignados para gastos de la comitiva presidencial, entre otros.

Derechos protegidos por el hábeas data

2. El hábeas data es un proceso constitucional que tiene por objeto la protección de los derechos reconocidos en los incisos 5) y 6) del artículo 2° de la Constitución., según los cuales establecen que "toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional"; y "que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar", respectivamente.

Derecho a la autodeterminación informativa

3. El derecho reconocido en el inciso 6) del artículo 2° de la Constitución es denominado por la doctrina *derecho a la autodeterminación informativa* y tiene por objeto proteger la intimidad, personal o familiar, la imagen y la identidad frente al peligro que representa el uso y la eventual manipulación de los datos a través de los ordenadores electrónicos. Por otro lado, aunque su objeto sea la protección de la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar, reconocido, a su vez, por el inciso 7) del mismo artículo 2° de la Constitución. Ello se debe a que mientras que este protege el derecho a la vida privada, esto es, el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas, aquel garantiza la facultad de todo individuo de poder preservarla controlando el registro, uso y revelación de los datos que les conciernen.

Tampoco el derecho a la autodeterminación informativa debe confundirse con el derecho a la imagen, reconocido

en el inciso 7) del artículo 2° de la Constitución, que protege, básicamente la imagen del ser humano, derivada de la dignidad de la que se encuentra investido; mientras que el derecho a la autodeterminación informativa, en este extremo, garantiza que el individuo sea capaz de disponer y controlar el tipo de datos que sobre él se hayan registrado, a efectos de preservar su imagen derivada de su inserción en la vida en sociedad.

Finalmente, también se diferencia del derecho a la identidad personal, esto es, del derecho a que la proyección social de la propia personalidad no sufra interferencias o distorsiones a causa de la atribución de ideas, opiniones, o comportamientos diferentes de aquellos que el individuo manifiesta en su vida en sociedad.

En ese sentido, por su propia naturaleza, el derecho a la autodeterminación informativa, siendo un derecho subjetivo tiene la característica de ser, *prima facie* y de modo general, un derecho de naturaleza relacional, pues las exigencias que demandan su respeto, se encuentran muchas veces vinculadas a la protección de otros derechos constitucionales.

Hábeas data y derecho a la autodeterminación informativa

4. Este Tribunal ha expresado en la sentencia recaída en el Exp. N°. 666-1996-HD/TC que la protección del derecho a la autodeterminación informativa a través del hábeas data comprende, en primer lugar, la capacidad de exigir jurisdiccionalmente la posibilidad de acceder a los registros de información, computarizados o no, cualquiera que sea su naturaleza, en los que se encuentren almacenados los datos de una persona. Tal acceso puede tener por objeto que se permita conocer qué es lo que se encuentra registrado, para qué y para quién se realizó el registro de información así como la (o las) persona(s) que recabaron dicha información. En segundo lugar, el hábeas data puede tener la finalidad de agregar datos al registro que se tenga, ya sea por la necesidad de que se actualicen los que se encuentran registrados, o bien con el fin de que se incluyan aquellos no registrados, pero que son necesarios para que se tenga una cabal referencia sobre la imagen e identidad de la persona afectada. Asimismo, con el derecho en referencia, y en defecto de él, mediante el hábeas data, un individuo puede rectificar la información, personal o familiar, que se haya registrado; impedir que esta se difunda para fines distintos de aquellos que justificaron su registro o, incluso, tiene la potestad de cancelar aquellos que razonablemente no debieran encontrarse almacenados.

Derecho de acceso a la información pública y derecho de petición

5. A diferencia del derecho a la autodeterminación informativa, el inciso 5) del artículo 2° de la Constitución reconoce el derecho de acceso a la información pública. Este derecho, a su vez, no es idéntico al derecho de petición, reconocido en el inciso 20) del artículo 2° de la Constitución, ni tampoco al derecho a la libertad de

información, reconocido en el inciso 4) del mismo artículo 2° de la Ley Fundamental.

En la sentencia recaída en el Exp. N°. 1042-2002-AA/TC, este Tribunal subrayó que tanto el derecho de petición "como aquellos otros derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, constituyen componentes estructurales básicos del conjunto del orden jurídico objetivo, ello en razón de ser la expresión jurídica de un sistema de valores que por decisión del constituyente informan todo el conjunto de la organización política y jurídica". Se sostuvo que **"el derecho de petición ha sido configurado como una facultad constitucional que se ejerce individual o colectivamente y que no se encuentra vinculado con la existencia en sí de un derecho subjetivo o de un interés legítimo que necesariamente origina la petición"**. "[...] Desde una perspectiva histórico-doctrinaria se acredita que el derecho constitucional comparado percibe conceptualmente al derecho de petición como una solicitud de obtención de una decisión graciable; por consiguiente, sujeta a la consideración discrecional dentro de un ámbito competencial de cualquier órgano investido de autoridad pública. En esa perspectiva, dicho derecho se agota con su sólo ejercicio, estando la autoridad estatal competente obligada únicamente a acusar recibo y dar respuesta de las solicitudes".

6. Tal derecho ha sido regulado por la Ley N.° 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General), la que establece que es posible "encontrar hasta cinco ámbitos de operatividad del derecho de petición; a saber: a) La petición graciosa; b) La petición subjetiva; c) La petición cívica; d) La petición consultiva, y e) La petición informativa".

La petición informativa es "aquella que se encuentra referida a la obtención de documentación oficial contenida en los bancos informativos o registros manuales de la institución requerida. En ese sentido, la petición prevista en el artículo 110° de la Ley N.° 27444 está destinada a obtener el suministro de datos estadísticos, dictámenes, resoluciones, etc. que pudieran obrar en poder de un ente administrativo. Dicha modalidad debe ser concordada con lo dispuesto en los incisos 5) y 6) del artículo 2° de la Constitución y las leyes N°. 27806 y 27927, respectivamente".

En suma, el derecho de petición puede ser de dos clases: a) el derecho de petición simple, el cual se manifiesta como un instrumento de participación ciudadana, y que incluye a la petición cívica, informativa y consultiva, y b) el derecho de petición calificado, que se manifiesta como adopción de un acto o decisión concreta y precisa por parte de la autoridad recurrida. Tales son los casos de la petición graciosa y subjetiva.

Por su estructura y función, el Tribunal ha señalado que el derecho de petición es "un derecho de naturaleza mixta, toda vez que la petición puede ser de naturaleza pública o privada, según sea utilizada en caso de la defensa de los derechos o intereses del peticionario, o para la

presentación de puntos de vista de interés general. Por ende, en atención al primer caso, la referida atribución puede ser considerada dentro del conjunto de los derechos civiles que pertenecen al ser humano; y, respecto al segundo, pertenece al plexo de los derechos políticos que le corresponden a una persona en su condición de ciudadano; de ahí que aparezca como manifestación de la comunicación, participación y control en relación al poder político".

"El derecho de petición se constituye así en un instrumento o mecanismo que permite a los ciudadanos relacionarse con los poderes públicos y, como tal, deviene en un instituto característico y esencial del Estado democrático de derecho. Así, todo cuerpo político que se precie de ser democrático, deberá establecer la posibilidad de la participación y decisión de los ciudadanos en la cosa pública, así como la defensa de sus intereses o la sustentación de sus expectativas, ya sean estos particulares o colectivos en su relación con la Administración Pública. De este modo, en determinados ámbitos, como los referidos a las peticiones individuales o colectivas que buscan el reconocimiento por parte de la Administración Pública de un derecho subjetivo, o en las cuales se solicite información o se formulen consultas, o en las cuales se solicite un acto graciable de la autoridad competente, el derecho en mención se constituirá en un medio *ordinario* para su efectiva realización, pero, en aquel ámbito en el cual existan mecanismos o recursos establecidos por una normativa específica para el ejercicio o tutela de un derecho subjetivo, tales como la acción penal privada o la acción civil ante órgano jurisdiccional, entre otros, se constituirá en un medio *residual*, que podrá cubrir ámbitos no tomados en consideración".

7. En la medida en que el derecho de acceso a la información pública garantiza que cualquier persona, sin expresión de causa, pueda solicitar la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido, éste termina constituyéndose en una modalidad o concreción del derecho de petición. Como sostuviera este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N.º 1071-1998-HD/TC, "del hecho de que su reconocimiento constitucional (del derecho de acceso a la información pública) se haya precisado independientemente del genérico derecho de petición, hay que comprender que la Constitución le ha querido brindar un tratamiento particularizado y también un medio de tutela distinto, como en efecto se ha previsto al incorporar como uno de los derechos protegidos mediante el hábeas data".

Derecho de acceso a la información pública y libertad de información

8. En relación con la libertad de información reconocida en el inciso 4) del artículo 2º de la Constitución, este Tribunal ha señalado, en su sentencia recaída en el Exp. N.º 0905-2001-AA/TC, que "[...] se garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13º de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y

difundir informaciones de toda índole verazmente. [...] La libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz. Por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad; a diferencia de lo que sucede con los hechos noticiosos, que, por su misma naturaleza de datos objetivos y contrastables, sí lo pueden ser".

9. Asimismo, en la misma sentencia se sostuvo que "Las dimensiones de la libertad de información son: a) el derecho de buscar o acceder a la información, que no sólo protege el derecho subjetivo de ser informado o de acceder a las fuentes de información, sino, al mismo tiempo, garantiza el derecho colectivo de ser informados, en forma veraz e imparcial, protegiéndose de ese modo el proceso de formación de la opinión pública y, en consecuencia, no sólo al informante, sino también a todo el proceso de elaboración, búsqueda, selección y confección de la información; b) la garantía de que el sujeto portador de los hechos noticiosos pueda difundirla libremente. La titularidad del derecho corresponde a todas las personas y, de manera especial, a los profesionales de la comunicación. El objeto protegido, en tal caso, es la comunicación libre, tanto la de los hechos como la de las opiniones. Por ello, tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimas por quienes tienen la condición de sujetos informantes, forjadores de la opinión pública".

En esa medida, como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene una doble vertiente. En primer lugar, una dimensión individual, pues se trata de un derecho que protege de que "[...] nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de [...] difundir hechos informativos"; pero, al mismo tiempo, ambas presentan una inevitable dimensión colectiva, ya que garantiza el derecho de *todas* las personas de "recibir cualquier información y conocer la expresión del pensamiento ajeno", a fin de formarse una opinión propia. No obstante esto, ellas no sólo constituyen una concreción del principio de dignidad del hombre y un complemento inescindible del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, sino también se encuentran estrechamente vinculadas al principio democrático, en razón de que, mediante su ejercicio, se posibilita la formación, mantenimiento y garantía de una sociedad democrática, pues se permite la formación libre y racional de la opinión pública. Desde esa perspectiva, ambas libertades "tienen el carácter de derechos constitutivos por antonomasia para la democracia. Constituyen el fundamento jurídico de un proceso abierto de formación de la opinión y de la voluntad políticas, que hace posible la participación de todos y que es imprescindible para la referencia de la democracia a la libertad" (Erns Wolfgang Böckenforde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Edit. Trotta, Madrid 2000, pág. 67); o, como lo ha expresado

la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituyen "una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales y, en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. (OC 5/85, de 13 de noviembre de 1985, *Caso La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrafo 70*)".

"Por ello, tales libertades informativas son, al tiempo que derechos subjetivos, garantías institucionales del sistema democrático constitucional. Además, en tanto permiten la plena realización del sistema democrático, tienen la condición de libertades preferidas y, en particular, cuando su ejercicio permite el debate sobre la cosa pública."

"Esta condición de las libertades informativas requiere que, cada vez que con su ejercicio se contribuya con el debate sobre las cosas que interesan a todos, deban contar con un margen de optimización más intenso, aun cuando con ello se pudiera afectar otros derechos constitucionales".

Derecho de acceso a la información pública

10. El derecho de acceso a la información pública evidentemente se encuentra estrechamente vinculado a uno de los contenidos protegidos por la libertad de información. Y al igual de lo que sucede con esta última, debe indicarse que el derecho de acceso a la información pública tiene una doble dimensión. Por un lado, se trata de un derecho individual, en el sentido de que garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas. A través de este derecho se posibilita que los individuos, aisladamente considerados, puedan trazar, de manera libre, su proyecto de vida, pero también el pleno ejercicio y disfrute de otros derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, en su dimensión individual, el derecho de acceso a la información se presenta como un presupuesto o medio para el ejercicio de otras libertades fundamentales, como puede ser la libertad de investigación, de opinión o de expresión, por mencionar alguna.

Tal condición instrumental del derecho de acceso a la información pública se puede apreciar en el caso de autos. En efecto, conforme se expresa en la carta notarial dirigida al entonces segundo vicepresidente de la República, no encontrándose obligado a dar las razones de la información requerida, el recurrente alega que la información requerida es importante para poder ejercer su libertad de investigación sobre la diplomacia presidencial en el Perú.

11. En segundo lugar, el derecho de acceso a la información tiene una dimensión colectiva, ya que garantiza el derecho de *todas* las personas de recibir la información

necesaria y oportuna, a fin de que pueda formarse una opinión pública, libre e informada, presupuesto de una sociedad auténticamente democrática.

Desde este punto de vista, la información sobre la manera como se maneja la *res pública* termina convirtiéndose en un auténtico bien público o colectivo, que ha de estar al alcance de cualquier individuo, no sólo con el fin de posibilitar la plena eficacia de los principios de publicidad y transparencia de la Administración pública, en los que se funda el régimen republicano, sino también como un medio de control institucional sobre los representantes de la sociedad; y también, desde luego, para instar el control sobre aquellos particulares que se encuentran en la capacidad de poder inducir o determinar las conductas de otros particulares o, lo que es más grave en una sociedad como la que nos toca vivir, su misma subordinación.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional no puede sino destacar que el derecho de acceso a la información pública es consustancial a un régimen democrático. En efecto, el derecho en referencia no sólo constituye una concretización del principio de dignidad de la persona humana (art. 1° de la Constitución), sino también un componente esencial de las exigencias propias de una sociedad democrática, ya que su ejercicio posibilita la formación libre y racional de la opinión pública. La democracia, se ha dicho y con razón, es por definición el "gobierno del público en público" (Norberto Bobbio). De ahí que disposiciones como la del artículo 109° o 139°, inciso 4), de la Constitución (por citar sólo algunas), no son sino concretizaciones, a su vez, de un principio constitucional más general, como es, en efecto, el principio de publicidad de la actuación estatal.

Por ello, con carácter general, debe destacarse que la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción. Y es que si el Estado democrático de derecho presupone la división de poderes, el respeto de los derechos fundamentales y la elección periódica de los gobernantes, ciertamente éste no podría asegurarse si es que no se permitiera a las personas poder ejercer un control sobre las actividades de los representantes del pueblo. Uno de los modos posibles de cumplir dicho principio y, con ello, las demandas de una auténtica sociedad democrática, es precisamente reconociendo el derecho de los individuos de informarse sobre la actuación de los órganos estatales y sus representantes.

Por consiguiente, al igual que lo afirmado respecto de las libertades de información y expresión, a juicio del Tribunal, cuando el ejercicio del derecho de acceso a la información pública contribuye a la formación de una opinión pública, libre e informada, éste tiene la condición de libertad preferida. Esta condición del derecho de acceso a la información no quiere decir que al interior de la Constitución exista un orden jerárquico entre los derechos fundamentales que ella reconoce, en la cúspide del cual se encuentre o pueda encontrarse el derecho de acceso a la información u otros derechos que cuentan

igualmente con idéntica condición. Y, en ese sentido, que una colisión de éste con otros derechos fundamentales se resuelva en abstracto, haciendo prevalecer al que tiene la condición de libertad preferida. Evidentemente ello no es así. Todos los derechos constitucionales tienen, formalmente, la misma jerarquía, por ser derechos constitucionales. De ahí que ante una colisión entre ellos, la solución del problema no consiste en hacer prevalecer unos sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica.

No obstante, tratándose de una intervención legislativa sobre una libertad preferida, esta condición impone que el control sobre las normas y actos que incidan sobre ella no sólo se encuentren sujetos a un control jurisdiccional más intenso, a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sino, además, que en ese control tenga que considerarse que tales actos o normas que sobre él inciden carecen, *prima facie*, de la presunción de constitucionalidad.

Esta presunción de inconstitucionalidad de la ley que lo restringe se traduce en exigir del Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un apremiante interés público por mantener en reserva o secreto la información pública solicitada y, a su vez, que sólo manteniendo tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica. De manera que si el Estado no justifica la existencia del apremiante interés público para negar el acceso a la información, la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y, en esa medida, confirmarse su inconstitucionalidad; pero también significa que la carga de la prueba acerca de la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado.

12. Como se ha expuesto en los antecedentes de esta sentencia, en el caso de autos, el recurrente solicitó a la demandada información sobre los viajes efectuados por el ex presidente de la República durante los años 1990 y 2000 y, en particular, detallar los siguientes rubros: a) monto asignado por el concepto de viáticos; b) monto asignado por concepto de gastos de representación; c) costos de los pasajes aéreos por cada uno de los viajes; d) gastos de combustible y operación del avión presidencial; e) monto asignado para gastos de la comitiva presidencial; y f) otros gastos.

Al contestar la demanda, la emplazada adjuntó el Informe N° 001-2001-CMPR/DGADM, mediante el cual se da cuenta de la cantidad de viajes que por cada año realizó el ex presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, así como el costo anual de dichos viajes, durante los años de 1990 y 2000. Con fecha 30 de mayo de 2001, el recurrente advirtió al *a quo* que la información, en muchos de sus extremos, era "incompleta, inexacta e imprecisa". Así, por ejemplo, mientras en el punto C del informe se hacía referencia a que en el año 1998 el ex presidente viajó 28 veces, en el cuadro de detalles de costos figuraba que, en ese mismo año, había viajado 47 veces. Con relación al año 1999, se indicaba que viajó 14 veces, en

tanto que en el detalle de costos se especificaba que se realizaron 24 viajes. Asimismo, con copias de diversos medios de comunicación social, el recurrente acreditó que entre los días 3 y 4 de enero de 1999, el ex mandatario estuvo en la República Federal del Brasil, subrayando que dicho viaje no aparecía en ninguno de los cuadros del referido informe, entre otros cuestionamientos a los que hace referencia en su escrito de fecha 30 de mayo de 2001, sobre el informe emitido.

Las recurridas, en mérito al citado Informe, adjuntado a la contestación de la demanda, sostuvieron que, en el caso de autos, se habría producido la sustracción de la materia, toda vez que la emplazada había absuelto el pedido de información requerido en la demanda. Y, respecto a que la información suministrada era imprecisa, incompleta e inexacta, argumentaron que ese tema debía ser objeto de un proceso donde existiese estación probatoria.

13. El Tribunal Constitucional no comparte ninguno de los argumentos esgrimidos por las resoluciones recurridas. En primer lugar, advierte que es una contradicción afirmar, por un lado, que la eventual lesión de un derecho constitucional cesó y que, en virtud de ello, se produjo la sustracción de la materia; y, de otro, que la controversia acerca de la información proporcionada deba ventilarse en un proceso judicial que tenga estación probatoria. En su opinión, se considera que la eventual violación de un derecho constitucional ha cesado cuando, por medios ajenos al proceso, se restablece completamente el ejercicio del derecho. La única forma como podría salvarse tal contradicción, sería admitiendo que el derecho de acceso a la información sólo garantiza que se informe sobre lo requerido, no importando el contenido y la calidad de esa información que se proporcione. Evidentemente una estipulación del contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública en esos términos, terminaría haciendo de éste una fórmula vacía sin contenido alguno. Sin embargo, antes de afrontar este extremo del contradictorio, es preciso determinar los alcances de un proceso constitucional como el hábeas data, que carece de una estación de pruebas.

14. Sobre este aspecto, ya el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de precisar sus alcances y límites. Así, por ejemplo, en la sentencia recaída en el Exp. N° 0976-2001-AA/TC (Fund. Jur. N° 3), sostuvo que la inexistencia de una estación de pruebas se debe al hecho de que mediante esta clase de procesos "[...] no se dilucida la titularidad de un derecho [...], sino sólo se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto cuestionado. De ahí que este remedio procesal, en buena cuenta, constituya un proceso al acto, en el que el juez no tiene tanto que actuar pruebas, sino juzgar en esencia sobre su legitimidad o ilegitimidad constitucional. Como dice Juventino Castro [*El sistema del derecho de amparo*, Editorial Porrúa, México 1992, pág. 169] "en

el [...] amparo hay dos hechos a probar esencialmente: la existencia del acto reclamado, que en ocasiones es una cuestión de hecho, y su constitucionalidad o inconstitucionalidad, que generalmente es una cuestión de derecho, valorable finalmente por el juzgador".

Por ello, si en el amparo no hay conflicto de derechos e intereses "subjetivos" contrapuestos entre las partes, ello es porque los términos de la controversia giran fundamentalmente en torno a una cuestión de interpretación constitucional. Y, como ha declarado el Tribunal Constitucional Federal Alemán, dicha interpretación "tiene la naturaleza de un disenso en el que se mencionan los argumentos a favor y en contra y finalmente se llega a una resolución de acuerdo con las mejores" [BverfGE, 82, 30 (38-39)]. La inexistencia de la estación de pruebas, por tanto, no se deriva de la naturaleza sumaria y breve del amparo (o del hábeas data), sino de la finalidad y el objeto del proceso".

Asimismo, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 410-2002-AA/TC (Fun. Jur. N.º 5), remarcó que "es correcto afirmar que en el amparo (como en el hábeas data) no existe estación probatoria. Pero con ello, en realidad, no se está haciendo otra cosa que expresar aquello que señala el artículo 13.º de la Ley N.º 25398. No es ese, desde luego, el problema, sino, esencialmente, determinar cuándo la inexistencia de la susodicha estación probatoria impide que el juez constitucional pueda expedir una sentencia sobre el fondo del asunto".

"A juicio del Tribunal, no existe estación probatoria en el amparo (y en el hábeas data), porque en él no se declaran ni constituyen a favor de ninguna de las partes derechos constitucionales, lo que si sucede en otra clase de procesos ordinarios, para cuyo caso, precisamente, se ha previsto la estación probatoria. El amparo, y con él todos los procesos constitucionales de la libertad, como expresa el artículo 1º de la Ley N.º 23506, sólo tiene por finalidad restablecer el ejercicio de un derecho constitucional, esto es, tiene(n) una finalidad eminentemente restitutoria. Lo que significa que, teniendo el recurrente la calidad de titular del derecho constitucional, el amparo (o el hábeas data) se dirige básicamente a analizar si el acto reclamado es o no lesivo de aquel atributo subjetivo reconocido por la Norma Suprema del Estado. En efecto, a través de estos procesos no se puede solicitar la declaración de un derecho o, quizá, que se constituya uno. El artículo 1º de la Ley N.º 23506 señala que su objeto "es el de reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional", lo que significa que el recurrente sea o haya sido, hasta antes de la lesión, titular del derecho, pues de otro modo no se podrían restablecer las cosas al estado anterior. En el amparo, así como, *mutatis mutandis*, en el hábeas data no se discuten cuestiones concernientes a la titularidad de un derecho –así sea este constitucional–, sino el modo de restablecer su ejercicio, si acaso éste resultó lesionado. De ahí que en la jurisprudencia de este Tribunal se haya sostenido que para que esa tarea pueda llevarse a cabo es preciso que el acto cuestionado sea manifiestamente

arbitrario. Pero la arbitrariedad o no del acto no es un asunto que, por lo general, pueda determinarse en una estación de pruebas, sino, esencialmente, un problema que se atiene a su valoración judicial de cara al contenido constitucionalmente protegido del derecho."

15. En mérito de ello, el Tribunal Constitucional considera que todo lo que queda de controversia en el presente caso, luego de constatar en el informe los problemas que ha hecho notar el recurrente en su escrito del 30 de mayo de 2001, es si la información proporcionada en esos términos, imprecisa, incompleta e inexacta, viola o no el derecho invocado.

Evaluando dicho extremo, en primer lugar, se observa que la emplazada no ha alegado que la información solicitada esté sujeta a reserva o secreto alguno. En esa medida, el problema no ha de escrutarse bajo los alcances del test de razonabilidad o proporcionalidad, sino, básicamente, determinando si el contenido constitucionalmente protegido del derecho incluye también que la información que una entidad pública proporcione deba ser cierta, actual, precisa y completa.

16. Como ya se ha dejado entrever, a juicio del Tribunal Constitucional, el contenido constitucionalmente garantizado por el derecho de acceso a la información pública no sólo comprende la mera posibilidad de acceder a la información solicitada y, correlativamente, la obligación de dispensarla de parte de los organismos públicos. Si tal fuese sólo su contenido protegido constitucionalmente, se correría el riesgo de que este derecho y los fines que con su reconocimiento se persiguen, resultarían burlados cuando, p.ej. los organismos públicos entregasen cualquier tipo de información, independientemente de su veracidad o no. A criterio del Tribunal, no sólo se afecta el derecho de acceso a la información cuando se niega su suministro, sin existir razones constitucionalmente legítimas para ello, sino también cuando la información que se proporciona es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada. De ahí que si en su faz positiva el derecho de acceso a la información impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar, en su faz negativa, exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa.

Y es que si mediante el derecho en referencia se garantiza el acceso, conocimiento y control de la información pública, a fin de favorecer la mayor y mejor participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, así como la transparencia de la actuación y gestión de las entidades gubernamentales, entonces, un mínimo de exigencia que imponen que esos fines se puedan cumplir, es que la información sea veraz, actual y clara.

El Tribunal no considera que tales exigencias hayan sido satisfechas por la demandada. Como ha alegado el recurrente, y este Colegiado ha tenido oportunidad de apreciar en el Informe N.º 001-2001-CMPR/DGADM, la información proporcionada no es completa, actualizada y exacta. Por consiguiente, al estimarse la pretensión, por

haberse violado los derechos constitucionales de acceso a la información pública y, relacionalmente, la libertad de investigación del recurrente, debe ordenarse que se brinde la información solicitada en los términos descritos en el fundamento precedente, sobre los datos e información en torno a los viajes públicos realizados al exterior, así como los gastos efectuados por el ex presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori y su comitiva, tal y conforme se han requerido en la carta notarial y en la demanda.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

REVOCANDO la recurrida, que, confirmando la apelada, declaró que carece de objeto pronunciarse sobre el asunto

controvertido, por haberse producido la sustracción de la materia y, reformándola, declara **FUNDADA** la acción de hábeas data. Ordena que el Poder Ejecutivo proporcione información detallada respecto de los gastos efectuados por el ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, como ex presidente de la República, y su comitiva, durante sus viajes al exterior, conforme a los siguientes rubros: viáticos, gastos de representación, gastos de combustibles y operación del avión presidencial, costos de pasajes, según sea el caso, y otros gastos. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA

Exp. N° 2050-2002-AA/TC [Proceso de Amparo promovido por Carlos Israel Ramos Colque. Sobre el régimen disciplinario en la Policía Nacional y el derecho al debido proceso].

Fecha de Resolución: 16 de abril de 2003

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 28 de mayo de 2003

Resumen: El objeto de la demanda en este proceso fue que se declare inaplicable una Resolución Suprema que disponía el pase a la situación de retiro de un miembro de las Fuerzas Armadas y Policiales al haberse violado el derecho constitucional al debido proceso del demandante.

Diversos son los temas que se plantearon en la presente causa, tales como los alcances del artículo 168° de la Constitución y, en particular, la situación en la que se encuentran las leyes y reglamentos que regulan el status jurídico de los miembros de la Policía Nacional del Perú; el régimen jurídico de las medidas disciplinarias aplicables en dicho órgano policial; los alcances y el ámbito protegido del principio *ne bis in idem* y, el derecho de defensa y el procedimiento administrativo disciplinario.

Sobre el régimen jurídico de las medidas disciplinarias: Refirió que las medidas disciplinarias que puede imponerse a los miembros de la PNP, según el artículo 90° del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, son: amonestación verbal, amonestación escrita, apercibimiento, arresto simple, arresto de rigor, pase a la situación de disponibilidad y pase a la situación de retiro.

En el caso bajo comentario, el Colegiado analizó si el arresto de rigor como sanción administrativa privativa de la libertad dictada por un funcionario carente de facultades jurisdiccionales constituye una violación del derecho reconocido en el ordinal "f" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, que prescribe que "nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito".

Al respecto, el Colegiado precisó que dicho precepto constitucional, el cual implica que se respete el principio de jurisdiccionalidad, está directamente relacionado con la detención de una persona, que no es el caso ni del denominado arresto simple ni del denominado arresto de rigor, que no suponen una privación de la libertad sino más bien implican una restricción de la libertad. Debiendo aplicarse en este último caso el ordinal "b" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, a tenor del cual "no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley". Ello significa que, en la medida que el arresto simple o de rigor de los miembros de la Policía Nacional del Perú constituyan sanciones disciplinarias y se encuentren previstas en la ley, con el objeto de salvaguardar el principio de disciplina y jerarquía castrense, su imposición por un superior jerárquico no es, *per se*, inconstitucional.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional consideró que el arresto de rigor sí viola el principio de legalidad consagrado por el ordinal "d" del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado, según el cual "nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley". Consideró inconstitucional que el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional haya previsto una falta pese a no haber sido prevista por la ley de manera expresa e inequívoca.

Sobre los alcances y el ámbito protegido del principio *ne bis in idem*: Otro de los cuestionamientos vertidos en este proceso fue la infracción del principio *ne bis in idem*, al

alegar el recurrente haber sido objeto de una doble sanción disciplinaria, pues señaló haber sido sancionado originalmente con 6 días de arresto simple [la que después se amplió a 15 días], y con posterioridad, mediante Resolución Suprema N° 0544-2000-IN/PNP, haberse dispuesto su pase de la situación de actividad a la de retiro por medida disciplinaria, afectándose el principio del *ne bis in idem* material, toda vez que la segunda sanción se sustentó en los mismos fundamentos que sirvieron a la primera.

Sobre el principio *ne bis in idem*, el Tribunal señaló que éste tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva, que impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento; y por otro, una connotación procesal, que impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo). Asimismo, que el derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, esto es, el principio del *ne bis in idem* "procesal", se encuentra implícito en el derecho al debido proceso reconocido por el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución, en mérito a la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

En lo que al caso respecta, el Tribunal advirtió que de una interpretación sistemática de los artículos 99° y 101° del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional, es posible deducir que, a su amparo, basándose en los mismos hechos y por los mismos fundamentos, un miembro de la Policía Nacional del Perú puede ser sancionado cuando menos dos veces. Así se desprende, por ejemplo, cuando en el artículo 101 del Reglamento se indica que la sanción impuesta puede ser elevada por el Jefe de Escalón Superior, si éste considera que la sanción aplicada, esto es, la que ya se terminó de ejecutar, resulte insuficiente.

En tal sentido, el Colegiado consideró que era inconstitucional la disposición del Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP que autoriza que, por un mismo hecho, y siempre que se haya afectado un mismo bien jurídico se pueda sancionar doblemente; como es inconstitucional que, como sucede en el presente caso, a su amparo se haya pasado al recurrente a la situación de retiro, pese a que sobre los mismos hechos y sobre el mismo fundamento fue objeto de una sanción disciplinaria previa (arresto simple).

Sobre el debido proceso administrativo disciplinario: El Colegiado señaló que la omisión de publicar el texto del Reglamento de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú constituye una violación del artículo 109° de la Constitución Política del Estado, al extremo de considerarse que una norma no publicada no puede considerarse obligatoria. En consecuencia, en la medida que la disciplina de la Policía Nacional del Perú interesa a toda la comunidad, y que un requisito de la validez del Reglamento de su Régimen Disciplinario es que éste sea publicado, el Tribunal consideró que era inconstitucional que contra el recurrente se haya aplicado un reglamento no publicado en el diario oficial *El Peruano*.

Finalmente, contempló la necesidad de expedir una sentencia exhortativa, pues como se señala en el fallo, nunca antes, en un amparo o, en general, en un proceso constitucional de la libertad, el Tribunal ha puesto el pronunciamiento expedido en conocimiento directo de sujetos distintos de los que participan en la controversia constitucional, toda vez que éstas tienen, *prima facie*, efectos *inter partes*, aunque sus criterios jurisprudenciales vinculen a los jueces y tribunales. Sin embargo, señaló que la naturaleza de esta resolución y, sobre todo, de los problemas constitucionales advertidos en torno al Decreto Legislativo N° 745 y al Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, recomiendan, poner en conocimiento de los órganos constitucionales respectivos a fin de que se contemple la conveniencia de introducir las modificaciones correspondientes en los dispositivos mencionados, que permitan su adecuación a los derechos y principios constitucionales.

Temas Claves: Arresto de rigor - arresto simple - derecho al debido proceso - derecho de defensa - principio de legalidad - principio de publicidad - principio *ne bis in idem* - sanciones administrativas a los miembros de la PNP - seguridad jurídica.

EXP. N.º 2050-2002-AA/TC

LIMA

CARLOS ISRAEL RAMOS COLQUE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de abril de 2003, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Rey Terry, Aguirre Roca, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento singular, adjunto, del señor Aguirre Roca.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Flor de Milagros Ramos Colque a favor de Carlos Israel Ramos Colque, contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 10 de mayo de 2002, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

La recurrente, con fecha 29 de diciembre de 2000, en representación de su hermano don Carlos Israel Ramos Colque, interpone acción de amparo contra la Resolución Suprema N.º 544-2000-IN/PNP del 4 de octubre de 2000 y la resolución suprema ficta derivada como consecuencia de la reconsideración formulada, con el objeto de que se declare su inaplicabilidad y se disponga la reincorporación del afectado en el servicio activo de la Policía Nacional del Perú, con todos sus derechos, beneficios, goces y preeminencias inherentes a su grado, así como el abono por el tiempo de su permanencia en situación de retiro hasta la efectivización de su reposición. Refiere que actúa en representación de su hermano por carecer éste de documento de identidad. Manifiesta que a consecuencia de hechos suscitados en la ciudad de Puno con fecha 25 de noviembre de 1998, su hermano, quien se venía desempeñando como Alférez de la Policía Nacional del Perú, fue comprendido en una arbitraria investigación, en la que no se tuvo en cuenta que su condición era la de víctima y no la de agresor. Producto de ella fue sancionado disciplinariamente hasta en tres oportunidades por los mismos hechos: el 3 de enero de 1999 con 6 días de arresto simple; el 12 de enero de 1999 con 15 días de la misma medida y el 4 de octubre de 2000 con el pase a la situación de retiro por medida disciplinaria. En dicho contexto, tampoco se ha tomado en cuenta que el Consejo Superior de Justicia de la IV Zona Judicial de la PNP, con sede en Cusco, no sólo lo absolvió de las supuestas infracciones funcionales, sino que incluso mandó abrir instrucción contra otro efectivo policial, por haber cometido, en su agravio, delito de insulto al superior, conforme lo acredita mediante instrumentales que adjunta.

El Procurador Público del Ministerio del Interior a cargo de los asuntos judiciales de la Policía Nacional contesta la demanda negándola y contradiciéndola, por considerar que el demandante fue pasado a la situación de retiro

por medida disciplinaria, a causa de haber incurrido en graves faltas contra el servicio, el honor, el decoro y los deberes policiales. Por otra parte señala que lo resuelto en la vía judicial es independiente y no afecta lo resuelto en la vía administrativa

El Primer Juzgado Especializado en Derecho Público, a fojas 85, con fecha 30 de noviembre de 2001, declaró fundada la demanda, por considerar que, si bien mediante la cuestionada resolución suprema se anularon las sanciones impuestas, ello no implica que no se este frente a la vulneración del principio *ne bis in idem*, agregando que existe relación de causalidad y dependencia recíproca entre el procedimiento administrativo disciplinario seguido contra el actor y el proceso que se le siguió ante la IV Zona Judicial de la Policía del Cusco.

La recurrida revocó la apelada y declaró improcedente la demanda, por estimar que en el proceso de amparo no existe etapa probatoria y por ello la posibilidad de tutela de derechos queda condicionada a que el acto lesivo sea manifiestamente arbitrario.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda es que se declare inaplicable la Resolución Suprema N.º 544-2000-IN/PNP, de fecha 4 de octubre de 2000, mediante la cual se resolvió pasar al beneficiario de la situación de actividad a la de retiro por medida disciplinaria, lo que se considera que viola su derecho constitucional al debido proceso.
2. Al desestimar la pretensión, la recurrida ha sostenido que la alegada violación del principio del *ne bis in idem* no es tal, pues las fuerzas armadas y policiales, por su estructura jerarquizada, especialidad y disciplina, se rigen por sus propias leyes, conforme lo establece el artículo 168º de la Constitución y, por lo tanto, el artículo 101º del Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP puede disponer que las sanciones impuestas sean elevadas por el Jefe Superior, cuando se considere que la sanción aplicada es insuficiente.
3. Diversos son los temas que detrás del recurso extraordinario se plantean. A saber, a) los alcances del artículo 168º de la Constitución y, en particular, la situación en la que se encuentran las leyes y reglamentos que regulan el status jurídico de los miembros de la Policía Nacional del Perú; b) el régimen jurídico de las medidas disciplinarias aplicables en dicho órgano policial; c) los alcances y el ámbito protegido del principio *ne bis in idem* y, d) el derecho de defensa y el procedimiento administrativo disciplinario.

§1. Constitución, Ley de Situación del Personal de la Policía Nacional del Perú y Reglamento Disciplinario

Alcances del artículo 168º de la Constitución Política del Estado

4. El artículo 168º de la Constitución preceptúa que "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 del Perú". Mediante dicha disposición, la Constitución ha establecido una reserva de ley para la regulación de todo lo que concierne a la organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú. Lo que quiere decir que la Constitución ha encomendado al legislador ordinario para que por medio de una ley ordinaria o una norma con rango de ley, que cuente necesariamente con alguna forma de intervención parlamentaria en su gestión (v.gr. a través del decreto legislativo) regule las materias a las que se ha hecho referencia.

El artículo 168° de la Constitución, por cierto, no sólo alude a que mediante una ley se regulen las materias que ella señala. También menciona a los reglamentos respectivos. Sin embargo, tal alusión a los reglamentos no puede entenderse en el sentido de que éstos tengan el mismo rango que las leyes para diseñar el ordenamiento jurídico de las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional del Perú. A juicio del Tribunal, tal capacidad para regular, mediante reglamento, lo concerniente a la organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina de tales institutos armados, ha de ser *secum legem*; esto es, completando lo que en las leyes correspondientes se establezca.

En segundo lugar, cuando el artículo 168° de la Constitución refiere que la organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, habrán de ser determinadas por "las leyes y los reglamentos respectivos"; con ello se enfatiza que el ámbito de los institutos armados y el *status* jurídico de los profesionales de las armas debe ser objeto de una regulación particular, no en el sentido de conferir privilegios y otorgar inmunidades, sino para legislar asuntos propios de los institutos armados y policiales.

Como tantas veces se ha afirmado, no hay norma jurídica alguna que pueda encontrarse desligada de la Norma Suprema, que es la que preside, informa y fundamenta la validez de todo el ordenamiento jurídico. Y de esa situación no se escapan, ni podrían hacerlo, las leyes y reglamentos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú. De ahí que el Tribunal Constitucional no comparta el criterio sostenido por la recurrida, según el cual si las leyes y reglamentos que regulan el régimen disciplinario de la PNP establecen que se pueden elevar e imponer sanciones violatorias del principio del *ne bis in idem*, ellas están justificadas en el artículo 168° de la Constitución.

§2. Derechos constitucionales de los miembros de la Policía Nacional del Perú y potestad disciplinaria

5. Sin embargo, tal necesidad de que las leyes y reglamentos de la Policía Nacional del Perú y, en general, de las Fuerzas Armadas, no sean bloques o compartimientos aislados de la Constitución Política del Estado, tampoco quiere decir que el régimen disciplinario militar, en lo que aquí interesa poner de relieve, esté

exento de un tratamiento singular, derivado no sólo de la referencia explícita a que las leyes y reglamentos respectivos normen "la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional" (artículo 168° de la Constitución), sino, fundamentalmente, de los principios especiales a los que están sujetos tanto las Fuerzas Armadas como la Policía Nacional del Perú. Y es que el mantenimiento de la disciplina en las relaciones internas de subordinación y supraordenación de un órgano como la Policía Nacional, que se encuentra estructurado jerárquicamente, impone que los derechos de sus miembros deban sujetarse a determinadas singularidades.

Como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España, en doctrina aplicable *mutatis mutandis*, en el ámbito policial y "militar, en el que la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales, el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales [comunes], pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar" (STC 21/1981).

6. Las medidas disciplinarias que puede imponerse a los miembros de la PNP según el artículo 90° del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, son: amonestación verbal, amonestación escrita, apercibimiento, arresto simple, arresto de rigor, pase a la situación de disponibilidad y pase a la situación de retiro.

El arresto de rigor como sanción administrativa privativa de la libertad dictada por un funcionario carente de facultades jurisdiccionales

7. Aunque al actor se le haya aplicado inicialmente arresto simple, uno de los temas recurrentes en el ámbito del ejercicio de las potestades disciplinarias en sede policial tiene que ver con el denominado por el Reglamento del Régimen Disciplinario "arresto de rigor". Se trata de una sanción disciplinaria que se aplica al personal de la Policía Nacional del Perú por haber "cometido grave falta que afecte la moral, la disciplina o el servicio policial" y, según expresa el artículo 109° del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, aprobado mediante Decreto Supremo N.° 009-97-IN, "impone al infractor la obligación de su cumplimiento sin interrupción en un ambiente especial de la instalación policial indicada por la Superioridad cumpliendo tareas señalada específicamente...".

Está fuera de cualquier duda que el arresto de rigor constituye una sanción administrativo-disciplinaria. Así se la ha contemplado, en efecto, en el Título VI del referido Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP, cuyo artículo 90° empieza afirmando que las sanciones mencionadas son, precisamente, "sanciones disciplinarias". Pero no se trata de una simple sanción administrativa, sino de una que, al imponer la obligación de sufrirla en un ambiente especial de la instalación policial indicada por la superioridad, se traduce en una restricción del ejercicio de la libertad personal de los

miembros de la PNP. Y lo es, pues, sucede que durante el lapso que dure, deberá cumplirse en un "ambiente especial de la instalación policial".

El problema es, por tanto, analizar si tal sanción constituye una violación del derecho reconocido en el ordinal "f" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, que prescribe que "Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito". Con dicho precepto constitucional, entre otras cosas, se garantiza que la detención de una persona, con excepción del supuesto de comisión de flagrante delito, se imponga con respeto del principio de jurisdiccionalidad, esto es, que sea dispuesto necesariamente por un juez competente.

Cabe, no obstante, advertir que tal garantía de la libertad personal no se extiende a cualquier supuesto de restricción, sino que está directamente relacionada con la "detención" de una persona, es decir, con medidas que supongan una *privación* de la libertad. Evidentemente, ese no es el caso ni del denominado arresto simple ni del denominado arresto de rigor, que más bien constituyen o implican una *restricción* de la libertad. Y para ambos, no es de aplicación el ordinal "f" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, sino su ordinal "b", a tenor del cual "No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley".

Ello significa que, en la medida que el arresto simple o de rigor de los miembros de la Policía Nacional del Perú constituyan sanciones disciplinarias y se encuentren previstas en la ley, su imposición por un superior jerárquico no es, *per se*, inconstitucional. Y es que el mantenimiento de la disciplina en las relaciones internas de subordinación y supraordenación de un órgano como la Policía Nacional, que se encuentra estructurado jerárquicamente, exige que medidas de esta naturaleza, en cuanto no impliquen privación de la libertad personal, deban ser entendidas como consustanciales con la naturaleza de la institución a la que pertenecen sus miembros.

El mismo criterio ha tenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien en la sentencia del 8 de junio de 1976, ha establecido limitaciones a esa "acción disciplinaria por lo que se refiere a las garantías procesales, al distinguir entre arrestos que implican una restricción de libertad (los llamados simples y gravados) y aquellos que implican una privación de libertad (arrestos estrictos) y establecer que en estos últimos casos han de aplicarse las garantías procesales contenidas en el artículo 6° del Convenio Europeo, extendiendo así al ámbito disciplinario castrense los derechos propios del orden penal contenidos en dichos artículos" (citado por la STC 21/1981).

De manera que, en principio, no es inconstitucional que el legislador establezca la posibilidad de que funcionarios que carecen de facultades jurisdiccionales puedan imponer las sanciones disciplinarias de arresto simple y arresto de rigor, con el objeto de salvaguardar el principio de disciplina y jerarquía castrense.

Arresto de rigor y violación del principio de legalidad

8. No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional considera que el arresto de rigor, regulado por el artículo 95° del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, aprobado mediante Decreto Supremo N.° 009-97-IN, viola el principio de legalidad consagrado por el ordinal "d" del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado, según el cual "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley".

Sobre el particular, es necesario precisar 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, el cual incluye, naturalmente, al ejercicio de potestades disciplinarias en el ámbito castrense. Una de esas garantías es, sin lugar a dudas, que las faltas y sanciones de orden disciplinario deban estar previamente tipificadas y señaladas en la ley.

El principio de legalidad en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está también determinada por la ley. Como lo ha expresado este Tribunal (Caso de la Legislación Antiterrorista, Exp. N.° 010-2002-AI/TC), el principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

Como se ha señalado, "Dicho principio comprende una doble garantía; la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como..." ley o norma con rango de ley. (STC de España 61/1990).

9. No debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal "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. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeta a una reserva de ley absoluta,

sino que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos, como se infiere del artículo 168° de la Constitución. 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".

10. No es ese el caso de lo que sucede con las "faltas" que ameritarían la imposición de la sanción denominada arresto rigor. En primer lugar, el Decreto Legislativo N.º 745, Ley de Situación Policial del Personal de la Policía Nacional del Perú, simplemente no contemplan los supuestos de hecho considerados como antijurídicos, esto es, las faltas que habilitarían la aplicación de la sanción en referencia. Éstas sólo están previstas en el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 009-97-IN, cuyo artículo 95° remite, a su vez, a diversos apartados del artículo 83° de la norma en mención.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que es inconstitucional, por afectar el principio de legalidad, que el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional haya previsto una falta pese a no haber sido prevista por la ley de manera expresa e inequívoca.

11. En igual condición se encuentra la sanción denominada "arresto rigor". Si, como antes se ha dicho, el principio de legalidad exige la predeterminación legal no sólo de las faltas sino también de las sanciones correspondientes, es obvio que al no encontrarse prevista en la ley, la sanción "arresto rigor, impuesta al actor y desprovista de cobertura legal, al ser sólo enunciada en el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, también es inconstitucional, por afectar al principio de legalidad, previsto en el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución.

Derecho al debido proceso y sanciones a los miembros de la Policía Nacional del Perú

12. Desde luego, no sólo los principios materiales del derecho sancionador del Estado son aplicables al ámbito del derecho administrativo sancionador y disciplinario. También lo son las garantías adjetivas que en aquél se deben de respetar. En efecto, es doctrina consolidada de este Colegiado que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución no sólo tiene una dimensión, por así decirlo, "judicial", sino que se extiende también a sede "administrativa" y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, a

"cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, (la que) tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8° de la Convención Americana." (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71).

Y es que, sostiene la Corte Interamericana, en doctrina que hace suya este Tribunal Constitucional,

"si bien el artículo 8° de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos." (párrafo 69). "(...) Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas." (Párrafo 71) [La Corte ha insistido en estos postulados en los Casos Baena Ricardo, del 2 de febrero de 2001 (Párrafos 124-127), e Ivcher Bronstein, del 6 de febrero de 2001 (Párrafo 105)].

Entre estos derechos constitucionales, especial relevancia tienen los derechos de defensa y de prohibición de ser sancionado dos veces por el mismo hecho.

Arresto de rigor y arresto simple y derecho de defensa

13. Con excepción de los pases a la situación de disponibilidad y a la de retiro por medida disciplinaria, para cuyos casos los artículos 40° y 57° del Decreto Legislativo N.º 745 establecen que "el personal policial deberá previamente ser citado, oído y examinadas las pruebas de descargo...", respecto a la sanción de "arresto de rigor" la norma no precisa nada.

A su vez, si bien el artículo 99° del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú establece que "Las sanciones, se aplicarán dentro de las formas, límites y procedimientos señalados en este Reglamento...", tampoco el Reglamento garantiza que las sanciones a que haya lugar, sean la consecuencia de un previo procedimiento administrativo disciplinario, en el cual se respeten las garantías mínimas que integran el derecho al debido proceso y, en particular, el derecho a ser informado de los cargos que se imputan y de ejercer la defensa.

Como este Tribunal lo ha señalado en el Exp. N.º 1003-1998-AA/TC, "La aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración. Como toda potestad, en el contexto de un Estado de Derecho, está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, de los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales". Por ello, la Administración, en la sustanciación de procedimientos administrativos disciplinarios, está vinculada al irrestricto respeto de los derechos constitucionales procesales y a los principios constitucionales (v.gr. legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad) que lo conforman.

No obstante, la necesidad de que en la aplicación de una sanción administrativa se respeten las garantías

mínimas del derecho al debido proceso, tampoco es garantizada por las reglas establecidas en los artículos 131° y siguientes del mismo Reglamento, toda vez que allí simplemente se precisa que los Consejos de Investigación "son organismos permanentes encargados de estudiar y determinar la responsabilidad administrativa-disciplinaria del personal de la Policía Nacional...".

Más aún, si hemos de atenernos a una interpretación literal del artículo 88° del referido Reglamento [según el cual "(...) Las faltas que revistan gravedad serán sancionadas previa investigación"], es posible advertir incluso que las sanciones sobre faltas consideradas por el superior como no graves, como por ejemplo el arresto simple, no detalla la necesidad de que se realice una previa investigación.

Tal situación, vulnera el artículo 139°, inciso 3) de la Constitución, por cuanto permite que los miembros de la Policía Nacional sean objeto de sanciones administrativas, sin que previamente ejerzan sus derechos constitucionales procesales básicos y, particularmente, el derecho de defensa.

14. No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional no considera que el derecho de defensa en tales casos deba ser ejercido en idénticas condiciones a las del proceso penal ordinario. Ello porque, como antes se ha indicado, "en el ámbito militar, (...) el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la no reacción frente a las infracciones de la disciplina militar". Pero tal singularidad justifica el extremo opuesto, es decir, que no sea de recibo el reconocimiento y respeto del derecho a no quedar en un estado de indefensión total.

Por tanto, el Tribunal considera que es lícito que el legislador realice un tratamiento diferenciado en función del tipo de falta que se cometa. Y así, por ejemplo, si se trata de una falta leve, disponga que la autoridad o superior que tenga competencia para sancionar una falta leve deba seguir un procedimiento preferentemente oral, en el que se verifique la exactitud de los hechos, se garantice el derecho de defensa y, de ser el caso, la resolución de sanción adoptada le sea notificada por escrito al procesado. Y, en caso se trate de una falta grave, que el procedimiento sea escrito y que se garantice el derecho de defensa, además de otras garantías absolutamente imprescindibles con el tipo e intensidad de la sanción que pudiera imponerse.

15. Las mismas consideraciones, *mutatis mutandis*, se aplican al caso del denominado arresto simple. Según el artículo 95° del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional, tal sanción disciplinaria "es aplicado[a] por faltas que no revistan gravedad o por incurrir en alguna de las señaladas en el presente reglamento y que afecten a la moral, la disciplina o el servicio policial", en tanto su artículo 108° establece que "El arresto simple impone al infractor la obligación de su cumplimiento sin

interrupción, en la Unidad donde presta servicios o donde lo señale la superioridad, sin menoscabo del servicio que debe cumplir...".

Que su imposición actual se realiza con desconocimiento del derecho de defensa, se comprueba con el sentido interpretativo del artículo 88° del referido Reglamento, según el cual "(...) Las faltas que revistan gravedad serán sancionadas previa investigación"; es decir, las faltas consideradas por el superior como no graves, como por ejemplo sucede con el arresto simple, serán sancionadas sin necesidad de una previa investigación.

A juicio del este Colegiado, ni siquiera la necesidad de preservar los principios de disciplina y jerarquía de la Policía Nacional del Perú justifica que las sanciones disciplinarias respectivas que puedan dictarse a sus integrantes se impongan sin respetar el derecho de defensa. Autoridad, disciplina y respeto del principio de jerarquía no puede entenderse como franquicia para sancionar en condiciones de indefensión.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional que, en la medida en que el recurrente fue sancionado con arresto simple, y entre tanto no se dicte una ley compatible con la Constitución, las faltas que se encuentren legalmente previstas deberán sancionarse con la realización de un previo procedimiento administrativo disciplinario que, de no contar con reglas específicas de tramitación, habrá de sujetarse a lo que dispone el artículo 239° de la Ley N.º 27444, esto es, aplicándose las garantías del debido proceso administrativo, regulado por la Ley del Procedimiento Administrativo General antes citado.

§3. *Ne bis in idem* y sanciones a los miembros de la Policía Nacional del Perú. El pase a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria

16. Por otro lado, se ha cuestionado la infracción del principio del *ne bis in idem*. A juicio del recurrente, tal violación se habría producido como consecuencia que, pese a haber sido sancionado originalmente con 6 días de arresto simple [la que después se amplió a 15 días], con posterioridad, mediante la Resolución Suprema N.º 0544-2000-IN/PNP, se dispuso su pase de la situación de actividad a la de retiro por medida disciplinaria.

Por tanto, a juicio del Tribunal, dos son, *prima facie*, las cuestiones que deben analizarse. Por un lado, los alcances que en el Decreto Legislativo N.º 745 se ha dado al pase a la situación de retiro y, de otro, si con su aplicación al recurrente, se afectó o no el derecho a no ser sancionado dos veces por un mismo hecho.

Antes, sin embargo, el Tribunal Constitucional considera necesario evaluar la sanción disciplinaria del pase a la situación de disponibilidad, toda vez que, por un lado, ésta precede a la del pase a la situación de retiro; y, de otro, para determinar si, en el caso, la administración policial violó el principio de proporcionalidad al sancionar con el pase a la situación de retiro, no obstante existir una sanción como el pase a la situación de disponibilidad.

El pase a la situación de disponibilidad de los miembros de la Policía Nacional del Perú

17. El recurrente alega que se le ha pasado a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria. Dicha sanción disciplinaria está delimitada por el artículo 40° del Decreto Legislativo N.° 745, a tenor del cual se aplicará "por faltas graves contra el servicio, cuando la conducta del personal policial afecte el honor, decoro, deberes policiales y por actos de hostigamiento sexual, independientemente de la sanción penal que pudiera corresponderle, si el hecho o hechos que se le imputan legalmente están previstos como delito, previa recomendación del Consejo de Investigación...".

Sin embargo, el pase a la situación de disponibilidad no sólo tiene la naturaleza de medida disciplinaria. El artículo 41° del mismo decreto legislativo prevé la posibilidad de que se pueda pasar a dicha situación a un miembro de la PNP, cuando así lo disponga una resolución judicial que haya quedado consentida y ejecutoriada, y sancione con separación temporal del servicio como pena principal o accesoria, o con pena privativa de la libertad...". Es decir, también constituye una sanción judicial y, además, se puede aplicar incluso cuando, pese a no haberse señalado en la sentencia que el pase a la situación de disponibilidad constituye parte de la pena (principal o accesoria), el miembro de la Policía Nacional haya sido condenado con pena privativa de la libertad.

Este Tribunal no considera que sea inconstitucional el pase a la situación de disponibilidad de un efectivo policial, luego que éste fue condenado mediante resolución judicial firme a pena privativa de la libertad pues, como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España, si "la tarea propia de la policía... es, entre otras, la averiguación de los delitos y la persecución de los delincuentes para ponerlos a disposición judicial", entonces, "la eficacia de este servicio se vería perjudicada si a los encargados de llevarlo a cabo se les pudiera imputar la perpetración de aquellos mismos actos que, en interés de toda la sociedad, tienen como misión impedir... pues no cabe disociar totalmente la ley de las personas que han de imponer coactivamente su cumplimiento (...). La irreprochabilidad penal de los funcionarios de la policía ... es un interés legítimo de la Administración que, al sancionar disciplinariamente a los que han sido objeto de condena penal, no infringe el principio *ne bis in idem*." (STC 234/1991).

Menos aún puede cuestionarse la legitimidad constitucional del pase a la situación de disponibilidad porque, además de ser una sanción disciplinaria, también puede constituir una pena principal o accesoria, impuesta a través de una resolución judicial que haya quedado consentida y ejecutoriada.

Sí, en cambio, el Tribunal considera que es inconstitucional el artículo 40° del Decreto Legislativo N.° 745, en la parte que estatuye que el pase a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria puede aplicarse "si el hecho o hechos que se (...) imputan legalmente

están previstos como delito". En tal supuesto, a diferencia de lo preceptuado por el artículo 41° del mismo decreto legislativo, el pase a la situación de disponibilidad como sanción disciplinaria no es consecuencia de que al sancionado se le haya impuesto una condena a través de una resolución judicial que haya quedado firme; sino del hecho que simplemente se le haya imputado (y no declarado judicialmente) la comisión de un delito. Este Colegiado considera que así entendida la posibilidad de aplicar tal sanción disciplinaria, es violatoria del principio de presunción de inocencia, pues resulta claro que, con la sola imputación de un delito, tal presunción no pierde sus efectos, sino hasta que exista una declaración judicial de responsabilidad penal.

Ello no quiere decir que se permita que el efectivo policial sujeto a un proceso penal continúe en situación de actividad, pues es perfectamente lícito, si es que se compromete a las tareas constitucionalmente reservadas a la Policía Nacional del Perú, que éste sea pasado a la situación de disponibilidad, durante todo el lapso que dure la realización de dicho proceso judicial. Pero en este último caso, el pase a la situación de disponibilidad no puede entenderse como una medida disciplinaria —pues no hay falta administrativa declarada—, ni tampoco puede considerarse como aplicable el plazo previsto en el artículo 47° del Decreto Legislativo N.° 745, según el cual "No podrá volver a la situación de actividad y pasará a la situación de retiro, el personal que haya permanecido, por cualquier causa o motivo, 2 años consecutivos en la situación de disponibilidad". Lo que significa, consecuentemente, que si no existe una resolución judicial que declare la responsabilidad penal del procesado, cualesquiera sean las razones para su dictado, el pase a la situación de disponibilidad deberá revocarse inmediatamente.

Y no puede ser aplicable el artículo 47° del Decreto Legislativo N.° 745, pues una interpretación constitucionalmente conforme de dicho dispositivo debe entenderse como aplicable sólo a los casos de sancionados administrativa o penalmente, pero no para aquellos donde el pase a la situación de disponibilidad debería ser, por decirlo así, una medida cautelar, que tiene por objeto evitar que la actividad del efectivo policial sujeto a un proceso judicial pueda comprometer de una u otra forma la efectividad y eficacia de los servicios y tareas constitucionalmente asignadas a la Policía Nacional del Perú. Y, de otro lado, porque cuando en el artículo 47° del Decreto Legislativo N.° 745 se alude a que no podrá volver a la situación de actividad, "el personal que haya permanecido, por cualquier causa o motivo, 2 años consecutivos...", tal referencia a "cualquier causa o motivo" ciertamente no comprende la hipótesis de medida cautelar con que debe entenderse, para este caso, el pase a la situación de disponibilidad, sino, esencialmente, a faltas o delitos declarados mediante resolución judicial firme.

Por estas razones, el Tribunal Constitucional considera, que es inconstitucional el artículo 40° del Decreto

Legislativo N.º 745, en la parte que establece “si el hecho o hechos que se le imputan legalmente están previstos como delito”. Asimismo, es inconstitucional que no se haya previsto la posibilidad de aplicar el pase a la situación de disponibilidad como medida cautelar, en los casos a los que antes ha hecho referencia este Tribunal.

No es el mismo caso, desde luego, si la sanción disciplinaria de pase a la situación de disponibilidad se deriva del hecho de que, con independencia de la imputación de haber cometido un delito —que por si solo no basta para sancionar disciplinariamente—, se adopta como consecuencia de haberse infringido además intereses legítimos de la institución policial, que se encuentren previstas en la ley como faltas administrativas. Es decir, que esos mismos hechos constituyan la infracción de otros tantos intereses y bienes jurídicos propios de la institución a la que pertenecen. Sin embargo, en tal caso, no es la imputación de un delito la que amerita la imposición de la sanción del pase a la situación de disponibilidad, sino, concretamente, la infracción de reglas disciplinarias.

No obstante, en una hipótesis semejante, el Tribunal Constitucional considera que cualquier sanción administrativa que pudiera imponerse, sólo podrá darse una vez finalizado el proceso penal, pues si bien en sede judicial no se sancionará por la comisión de una falta administrativa, sino por la comisión de un ilícito (penal), sin embargo, la autoridad administrativa está vinculada por los hechos declarados como probados en sede judicial.

Si, por el contrario, se produjese un supuesto de concurso aparente entre la infracción disciplinaria y la infracción penal, esto es, que con los mismos *fundamentos* se pretendiera sancionar penal y administrativamente a un miembro de la PNP, en ese caso, el procedimiento administrativo disciplinario deberá suspenderse y el órgano administrativo se sujetará a lo que se resuelva en sede judicial. Ello ocurre, especialmente en el ámbito de la jurisdicción militar, pues no sólo tiene competencia para juzgar los denominados delitos de función, sino también para sancionar por faltas disciplinarias previstas en el Código de Justicia Militar y en las leyes de la materia.

El principio del *ne bis in idem* como contenido del derecho al debido proceso

18. El derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, esto es, el principio del *ne bis in idem* “procesal”, está implícito en el derecho al debido proceso reconocido por el artículo 139º, inciso 3), de la Constitución. Esta condición de contenido implícito de un derecho expreso, se debe a que, de acuerdo con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos y libertades fundamentales se aplican e interpretan conforme a los tratados sobre derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte. Y el derecho al debido proceso se encuentra reconocido en el artículo 8.4º de la Convención Americana de Derechos Humanos, a tenor del cual:

“(…) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas:

(…)

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

19. El principio *ne bis in idem* tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal:

a. En su formulación material, el enunciado según el cual, «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

El principio del *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2º, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos, —como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp. N.º 0002-2001-AI/TC, Fund. Jur. N.º. 6)— a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica. Por ello, el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.

b. En su vertiente procesal, tal principio significa que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo).

Como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España (STC 47/1981), “(…) El principio *nom bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pueda producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos

mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado" (cursivas agregadas). Lo que significa que, en el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos, el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbad.

20. En el caso de autos, el recurrente alega haber sido objeto de una doble sanción disciplinaria. A su juicio, el hecho de que se le haya impuesto la sanción de 6 días de arresto simple [posteriormente elevada a 15 días] y después que se le pasara a la situación de retiro, afecta el principio del *ne bis in idem* material, toda vez que la segunda sanción se sustentó en los mismos fundamentos que sirvieron a la primera.

21. Por su parte, la demandada sostiene que tal acto administrativo se expidió al amparo de la ley y, especialmente, de conformidad con el Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP. El reglamento, en efecto, establece en su artículo 100° que "Cuando [el Superior] estime que la naturaleza de la falta requiere de una sanción mayor a lo que está facultado, elevará al Escalón Superior un Parte fundamentando, remitiendo la Orden de Sanción impuesta y solicitando la aplicación de una sanción más severa". A su vez, el artículo 101° del mismo Reglamento declara que "Las sanciones impuestas pueden ser elevadas por el Jefe de Escalón Superior, cuando considere que la sanción aplicada es insuficiente"; mientras que su artículo 103°, dispone que "Una sanción puede ser anulada o variada en su naturaleza por el Superior que la impuso o por los Escalones Superiores a éste, previa reclamación fundada y por escrito del subordinado sancionado...".

22. El Tribunal Constitucional considera que, en efecto, la demandada sancionó al recurrente conforme a las normas del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú. Como se ha visto en el fundamento anterior, efectivamente autorizan al superior jerárquico no sólo a imponer el arresto simple, sino que, una vez impuesta y aplicada tal sanción, ésta pueda elevarse, anularse o variarse.

Pero lo que se cuestiona no es que el acto administrativo reclamado se haya expedido por un órgano incompetente o, acaso, que haya sido dictado con violación de la ley o del reglamento. Lo que se cuestiona es si éste es o no compatible con los derechos constitucionales, que es otra cosa sustancialmente distinta. Y es que, como en reiteradas oportunidades se ha enfatizado, en el amparo no se juzga si un acto se expidió o no de acuerdo a la ley o, acaso, con el reglamento que la desarrolla, sino, esencialmente, si aquél afecta o no el contenido constitucionalmente protegido de un derecho reconocido por la Norma Suprema. Y es que en muchas ocasiones la legalidad de un acto administrativo no es sinónimo de constitucionalidad del mismo, ya sea porque el acto administrativo es expedido al amparo de una norma legal manifiestamente incompatible con la Constitución, o bien porque tratándose de una ley o norma con rango de ley compatible con ella sin embargo, su aplicación riñe con la *Lex Legum*.

23. Tal es el caso de lo que ha sucedido con el recurrente. Tratándose de un acto administrativo compatible con el Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP, ello no significa que el Reglamento –y, por tanto, los actos expedidos a su amparo– se encuentren conformes con la Ley Suprema. De una interpretación sistemática de los artículos 99° y 101° del dicho Reglamento, en efecto, es posible deducir que, a su amparo, basándose en los mismos hechos y por los mismos fundamentos, un miembro de la Policía Nacional del Perú puede ser sancionado cuando menos dos veces. Así se desprende, por ejemplo, cuando en el artículo 101 del Reglamento se indica que la sanción impuesta puede ser elevada por el Jefe de Escalón Superior, si éste considera que la sanción aplicada, esto es, la que ya se terminó de ejecutar, resulte insuficiente.

Como en diversas ocasiones se ha tenido oportunidad de advertir, cuando la administración policial, al amparo de dicho precepto reglamentario, anula la sanción anterior e impone una nueva sanción, viola el principio del *ne bis in idem* pues se trata de una anulación que tiene carácter meramente declarativo, ya "que por mucho que se declare que las anteriores sanciones que se impusieron quedaron sin efecto, la naturaleza de ellas (sanciones administrativas privativas de la libertad) no son sanciones disciplinarias que puedan quedar sin efecto como consecuencia de la declaración de un acto administrativo, dado que éstas se ejecutaron irremediamente el día (o los días) que se impusieron".

En definitiva, este Colegiado considera que es inconstitucional la disposición del Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP que autoriza que, por un mismo hecho, y siempre que se haya afectado un mismo bien jurídico, se pueda sancionar doblemente; como es inconstitucional que, como sucede en el presente caso, a su amparo se haya pasado al recurrente a la situación de retiro, pese a que sobre los mismos hechos y sobre el mismo fundamento, fue objeto de una sanción disciplinaria previa.

Sobre el particular, se debe dejar claramente establecido que el Tribunal Constitucional no considera que sea inconstitucional el que, con sujeción al principio de legalidad, se habilite la posibilidad de complementar una sanción que, a juicio de las autoridades competentes, resulte manifiestamente insuficiente respecto a los bienes jurídicos que hayan podido quedar afectados como consecuencia de la comisión de una falta. Más aún cuando se trata de una institución que, como la Policía Nacional del Perú, se encuentra informada por principios muy singulares, como los de disciplina y jerarquía, a la que constitucionalmente se encomienda tareas tan delicadas como las de garantizar, mantener y restablecer el orden interno; prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad; garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado, y prevenir, investigar y combatir la delincuencia, conforme lo preceptúa el artículo 166° de la Constitución.

Pero una cosa es aplicar una doble sanción por la lesión de un mismo bien jurídico, y otra muy distinta es que,

impuesta una sanción que aún no se ha ejecutado, por la gravedad que la falta pueda revestir, ella pueda ser revisada y complementada. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que ni siquiera la especial situación en la que se encuentran dependientes o funcionarios policiales, autoriza a que el uso del poder disciplinario que la Administración tiene sobre ellos se realice vulnerando los derechos constitucionales básicos de la persona.

Principio de publicidad, publicación de las normas y Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú

24. Finalmente, un tema que este Tribunal Constitucional no puede eludir es el vinculado con la publicación del Reglamento de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú. Éste, como se ha anotado antes, fue aprobado mediante Decreto Supremo N.º 009-97-IN, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 13 de febrero de 1998. Su artículo 1º aprueba dicho Reglamento, que, según se desprende de éste, consta de 8 títulos, 9 capítulos, 139 artículos y 8 anexos. Su artículo 2º dispone que dicho Reglamento entrará en vigencia a partir de su publicación. En tanto que su artículo 3º deroga todas las disposiciones que se opongan a dicho decreto supremo. No obstante, y pese a haberse aprobado el Reglamento de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, éste no fue publicado con el decreto supremo N.º 009-97-IN.

A juicio del Tribunal, la omisión de publicar el texto del Reglamento de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, constituye una violación del artículo 109º de la Constitución Política del Estado, que establece que "La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte".

Si bien dicho precepto constitucional establece que es la "ley" la que tiene que ser publicada, el Tribunal Constitucional considera que en dicha frase debe entenderse, *prima facie*, a cualquier fuente formal del derecho y, en especial, aquellas que tienen una vocación de impersonalidad y abstracción. A juicio de este Colegiado, la publicación de las normas en el diario oficial *El Peruano* es un requisito esencial de la eficacia de las leyes y de toda norma jurídica, a tal extremo que, una norma no publicada, no puede considerarse obligatoria.

Detrás de la exigencia constitucional de la publicación de las normas se encuentra el principio constitucional de la publicidad, que es un principio nuclear de la configuración de nuestro Estado como uno "Democrático de Derecho", como se afirma en el artículo 3º de la Norma Fundamental. Y es que lo que verdaderamente caracteriza a un sistema democrático constitucional es su naturaleza de "gobierno del público en público" (N. Bobbio), en el cual, por tanto, en materia de derecho público, la regla es la transparencia, y no el secreto.

Además, la exigencia constitucional de que las normas sean publicadas en el diario oficial *El Peruano*, está

directamente vinculada con el principio de seguridad jurídica, pues sólo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, su posibilidad de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de éstos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas.

La Constitución no deja al ámbito de la discrecionalidad del legislador reglamentario la regulación de esa efectiva oportunidad de conocer las normas jurídicas. Exige, por el contrario, y mínimamente, que éstas tengan que ser publicadas en el diario oficial. Por ello, estima el Tribunal que no se cumple tal exigencia, y no se satisfacen los principios de publicidad y seguridad jurídica, si la publicación sólo se realiza respecto a las normas que aprueban un reglamento, mientras el mismo permanece oculto.

En consecuencia, en la medida que la disciplina de la Policía Nacional del Perú interesa a toda la comunidad, y que un requisito de la validez del Reglamento de su Régimen Disciplinario es que éste sea publicado, el Tribunal Constitucional considera que es inconstitucional que contra el recurrente se haya aplicado un reglamento no publicado en el diario oficial *El Peruano*.

Ley de Situación de la Policía Nacional del Perú y necesidad de expedirse una sentencia exhortativa

25. Hasta antes de esta sentencia, en un amparo o, en general, en un proceso constitucional de la libertad, jamás el Tribunal Constitucional ha puesto el pronunciamiento expedido en conocimiento directo de sujetos distintos de los que participan en la controversia constitucional, toda vez que éstas tienen, *prima facie*, efectos *inter partes*, aunque sus criterios jurisprudenciales vinculen a los jueces y tribunales, tal como lo dispone la Primera Disposición General de la Ley N.º 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la naturaleza de esta resolución y, sobre todo, de los problemas constitucionales advertidos en torno al Decreto Legislativo N.º 745 y al Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, que, dicho sea de paso, no son los únicos, recomiendan, además de notificar la presente sentencia a las partes, a ponerla en conocimiento de los órganos constitucionales respectivos a fin de que se contemple la conveniencia de introducir las modificaciones correspondientes en el Decreto Legislativo N.º 745 y en el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, que permitan su adecuación a los derechos y principios constitucionales.

Después de todo, un pronunciamiento de esta naturaleza obedece a la concepción, sustentada por este Tribunal en el Exp. N.º 0976-2001-AA/TC, de que la Constitución no es un ordenamiento neutral o desprovisto de valores fundamentales, desde el mismo momento que ha introducido un conjunto de derechos fundamentales. Por ello, este sistema de valores, que encuentra su punto central en el libre desarrollo de la personalidad y

en la dignidad del ser humano, vale como una decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del derecho: legislación, administración y jurisdicción reciben de ella su orientación y su impulso.

Esto significa que los derechos fundamentales no sólo tienen una vertiente subjetiva, sino también una dimensión objetiva, pues representan los valores materiales de todo el sistema jurídico nacional y, en esa condición, informan a la legislación, administración y jurisdicción. En esa medida, el Tribunal considera que el amparo no sólo puede entenderse como un proceso en cuyo seno se diluciden problemas que atañen únicamente a las partes que en él participen, sino como una acción de garantía en la cual subyace un orden público, representado por los derechos constitucionales cuya defensa, en el ámbito de su competencia, la Norma Suprema ha encomendado al Tribunal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

REVOCANDO la recurrida que, revocando la apelada, declaró improcedente la acción de amparo; y, reformándola, la declara **FUNDADA**; en consecuencia, inaplicable al demandante la Resolución Suprema N.º 544-2000-IN/PNP del 4 de octubre de 2000, y ordena que se reincorpore al demandante a la situación de actividad, con el reconocimiento de sus derechos y prerrogativas inherentes a su grado. Exhorta, de conformidad con el Fundamento jurídico N.º 21 de esta sentencia, a los poderes Legislativo y Ejecutivo para que, en un plazo razonable, adecuen las normas del Decreto Legislativo N.º 745 y el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú a los principios y derechos constitucionales. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REY TERRY
AGUIRRE ROCA
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

EXP. N.º 2050-02-AA/TC

LIMA

CARLOS ISRAEL RAMOS COLQUE

FUNDAMENTO SINGULAR DE VOTO DEL MAGISTRADO AGUIRRE ROCA

Emito este fundamento singular, porque, si bien concuerdo con el FALLO o parte dispositiva de la correspondiente SENTENCIA, considero necesario dejar constancia de que, de un lado, discrepo, con el debido respeto, del último párrafo del FUNDAMENTO 18, pues opino que la imposición, adelantada, de sanciones administrativas, sin perjuicio del deber de revisarlas, en todo o en parte, a la luz del eventual fallo final del respectivo proceso jurisdiccional, no es, per se, inconstitucional; y, b) porque no encontrando suficientemente clara la tesis que sobre el principio del non bis in idem se expone, del párrafo segundo al último —incluyendo ambos extremos— del FUNDAMENTO 23, creo necesario precisar que no considero inconstitucional la facultad que permite imponer, a lo largo de un proceso administrativo inacabado, diversas sanciones sucesivas y de naturaleza complementaria, a condición de ir subsumiendo las más antiguas en las menos antiguas, de suerte que aquéllas puedan considerarse “a cuenta” de éstas. Por lo demás, dada la importancia especialísima que reviste el factor “disciplina” en los institutos armados y policiales, la facultad glosada líneas arriba, no sólo no parece inconstitucional, sino que se antoja que, en ciertos casos, puede resultar indispensable.

Las discrepancias restantes se relacionan con otros FUNDAMENTOS, pero como se refieren más a aspectos formales, que a criterios constitucionales, pienso que no es necesario consignarlas.

SR.

AGUIRRE ROCA

Exp. N° 2663-2003-HC/TC [Proceso de Hábeas Corpus promovido por Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca. Se establece una tipología para el proceso de hábeas corpus].

Fecha de Resolución: 23 de marzo de 2004

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 12 de abril de 2004

Resumen: La relevancia del presente caso radica en el reconocimiento que hace el Tribunal Constitucional de la distinta tipología de hábeas corpus que se viene presentando en la práctica y que la doctrina también ha recogido. Así se tiene que las clases de hábeas corpus pueden ser:

a) Hábeas corpus reparador: Dicha modalidad se utiliza cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de una orden policial; de un mandato judicial en sentido lato -juez penal, civil, militar-; de una decisión de un particular sobre el internamiento de un tercero en un centro psiquiátrico sin el previo proceso formal de interdicción civil; de una negligencia penitenciaria cuando un condenado continúe en reclusión pese a haberse cumplido la pena; por sanciones disciplinarias privativas de la libertad; etc.

b) Hábeas corpus restringido: Se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir, que, en tales casos, pese a no privarse de la libertad al sujeto, "se le limita en menor grado".

c) Hábeas corpus correctivo: Dicha modalidad, a su vez, es usada cuando se producen actos de agravamiento ilegal o arbitrario respecto a las formas o condiciones en que se cumplen las penas privativas de la libertad. Por ende, su fin es resguardar a la persona de tratamientos carentes de razonabilidad y proporcionalidad cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena.

d) Hábeas corpus preventivo: Éste podrá ser utilizado en los casos en que, no habiéndose concretado la privación de la libertad, existe empero la amenaza cierta e inminente de que ello ocurra, con vulneración de la Constitución o la ley de la materia.

e) Hábeas corpus traslativo: Es empleado para denunciar mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso o a la tutela judicial efectiva; es decir, cuando se mantenga indebidamente la privación de la libertad de una persona o se demore la determinación jurisdiccional que resuelva la situación personal de un detenido.

f) Hábeas corpus instructivo: Esta modalidad podrá ser utilizada cuando no sea posible ubicar el paradero de una persona detenida-desaparecida. Por consiguiente, la finalidad de su interposición es no solo garantizar la libertad y la integridad personal, sino, adicionalmente, asegurar el derecho a la vida, y desterrar las prácticas de ocultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición.

g) Hábeas corpus innovativo: Procede cuando, pese a haber cesado la amenaza o la violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro en el particular caso del accionante.

h) Hábeas corpus conexo: Cabe utilizarse cuando se presentan situaciones no previstas en los tipos anteriores. Tales como la restricción del derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que una persona es citada o detenida; o de ser obligado a prestar juramento; o compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo, o contra el o la cónyuge, etc.

Temas Claves: Derecho a la motivación de resoluciones - límites a la libertad personal - tipos de hábeas corpus.

**EXP. N.º 2663-2003-HC/TC
CONO NORTE DE LIMA
ELEOBINA MABEL APONTE CHUQUIHUANCA**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de marzo de 2004, reunido el Pleno del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Eleobina Mabel Aponte Chuquiuanca contra la resolución de la Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, de fojas 182, su fecha 8 de setiembre de 2003, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 26 de agosto de 2003, la recurrente interpone acción de hábeas corpus contra el Juez del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Comas, Ronald Soto Cortez, por violación de su derecho a la libertad individual. Solicita, por tanto, que se ordene al referido juez levantar la orden de captura que pesa en su contra.

Sostiene que con motivo del proceso judicial N.º 121-02, fue designada como custodia judicial de un televisor y un ropero de madera, los que depositó en su domicilio; que, posteriormente, el Juzgado desafectó el ropero y la notificó para que lo ponga a disposición del juzgado, por lo que presentó 3 escritos a fin de que el juzgado precise el lugar donde debía poner a disposición el bien requerido, hecho que recién se produjo con la Resolución N.º 24, de fecha 23 de junio de 2003, y notificada el 14 de julio del mismo año, en la que se le requiere, por última vez, para que el día 24 de julio de 2003 cumpla con apersonarse al local de juzgado con el bien, bajo apercibimiento de ordenarse su captura; que, en la fecha en que le notificaron la Resolución N.º 24 se encontraba de viaje, por lo que su hermana, mediante escrito de fecha 22 de julio de 2003, solicitó que dicha diligencia se realice en el propio domicilio de la custodia, debido a que no contaba con los medios económicos para trasladar el bien al local de juzgado; y que el 13 de agosto de 2003, mediante Resolución N.º 26, el juez ordenó su captura sin motivación alguna. Agrega que el 20 de agosto de 2003 presentó al Juzgado un escrito pidiendo la nulidad de la Resolución N.º 26, sin que hasta la fecha de la interposición de la demanda exista pronunciamiento alguno.

El emplazado manifiesta que notificó en diversas oportunidades a la demandante para que se apersona al local del juzgado con el bien mueble en custodia, y ésta no cumplió con dicho mandato, por lo que ordenó su ubicación y captura mediante resolución de fecha 26 de agosto de 2003, conforme a la facultades conferidas por el inciso 2) del artículo 53º del Código Procesal Civil.

Agrega que hasta la fecha de su declaración la accionante no ha cumplido con entregar el bien en custodia.

El Noveno Juzgado Especializado en lo Penal del Cono Norte de Lima, con fecha 26 de agosto de 2003, declaró improcedente la demanda, por considerar que no ha existido violación alguna a la libertad individual, pues el demandado, dentro de un proceso regular y conforme a la normatividad vigente, con las garantías que la ley establece, ha actuado de acuerdo a sus atribuciones.

La recurrida confirma la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la presente demanda es que se ordene al Juez del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Comas que levante la orden de captura que pesa sobre la accionante, ordenada mediante Resolución N.º 26, de fecha 13 de agosto de 2003.

2. La libertad personal es un derecho subjetivo, reconocido en el inciso 24) del artículo 2.º de la Constitución Política del Estado, el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 7.2 de la Convención Interamericana sobre Derecho Humanos. Al mismo tiempo que derecho subjetivo, constituye uno de los valores fundamentales de nuestro Estado Constitucional de Derecho, por cuanto fundamenta diversos derechos constitucionales a la vez que justifica la propia organización constitucional.

3. Asimismo, es de señalarse que, como todo derecho fundamental, la libertad personal tampoco es un derecho absoluto. Ningún derecho fundamental, en efecto, puede considerarse ilimitado en su ejercicio. Los límites que a éstos se puedan establecer pueden ser intrínsecos o extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, los límites extrínsecos, son aquellos que se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales. Es así que pueden ser restringidos o limitados mediante ley.

4. Según lo ha señalado este Tribunal [Exp. N.º 1091-2002-HC], la libertad individual " En cuanto derecho subjetivo, garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Los alcances de la garantía dispensada a esta libertad comprende frente a cualquier supuesto de privación de la libertad locomotora, independientemente de su origen, la autoridad o persona que la haya efectuado".

5. Ahora bien, el proceso de hábeas corpus como señala Luis Alberto Huerta Guerrero -Libertad Personal y Hábeas Corpus. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2003, pág. 47- "es una institución cuyo objetivo consiste en proteger la libertad personal, independientemente de la denominación que recibe el hecho cuestionado (detención, arresto, prisión, secuestro, desaparición

forzada, etc.) De acuerdo a la Constitución de 1993 [...] procede contra cualquier autoridad, funcionario o persona, por cualquier acción u omisión que implique una amenaza o violación de la libertad personal”.

Dicha acción de garantía es básicamente un proceso de resguardo y tutela de la libertad personal en sentido lato. En puridad representa la defensa de aquello que los antiguos romanos denominaban *ius movendi et ambulandi* o los anglosajones consignaban como *power of locomotion*.

Lo que se tutela es la libertad física en toda su amplitud. Ello en razón a que ésta no se ve afectada solamente cuando una persona es privada arbitrariamente de su libertad, sino que también se produce dicha anomalía cuando encontrándose legalmente justificada esta medida, es ejecutada con una gravedad mayor que la establecida por la ley o por los jueces.

En efecto, la facultad de locomoción o de desplazamiento espacial no se ve afectada únicamente cuando una persona es privada arbitrariamente de su libertad física, sino que ello también se produce cuando se presentan circunstancias tales como la restricción, la alteración o alguna forma de amenaza al ejercicio del referido derecho; asimismo, cuando a pesar de existir fundamentos legales para la privación de la libertad, ésta se ve agravada ilegítimamente en su forma o condición; o cuando se produce una desaparición forzada, etc.

6. Tal como expone Néstor Pedro Sagües *-Derecho Procesal Constitucional- Hábeas Corpus*. Buenos Aires: Astrea, 1988 pág. 143- “en su origen histórico surge como remedio contra una detención. Sin arresto, el hábeas corpus parecería no tener razón de ser, ya que es un remedio, precisamente, contra aprehensiones ilegales. Su meta natural, por los demás estriba en disponer una libertad.

Sin embargo, el desarrollo posterior del instituto [...] lo ha hecho proyectarse hacia situaciones y circunstancias que si bien son próximas a un arresto, no se identifican necesariamente con él”.

De ahí que se reconozca que “algunas figuras del hábeas corpus [...] abandonan los límites precisos de la libertad física para tutelar derechos -constitucionales también – aunque de índole distinta”

Al respecto, en la Opinión Consultiva OC-9/87 N.º 29, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se justificó y convalidó la ampliación de los contornos del hábeas corpus al manifestarse que “es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”.

En función a este ensanchamiento del carácter y contenido del hábeas corpus, la doctrina ha elaborado una tipología, de la cual resumidamente damos cuenta:

a) El hábeas corpus reparador

Dicha modalidad se utiliza cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de una orden policial; de un mandato judicial en sentido lato -juez penal, civil, militar-; de una decisión de un particular sobre el internamiento de un tercero en un centro psiquiátrico sin el previo proceso formal de interdicción civil; de una negligencia penitenciaria cuando un condenado continúe en reclusión pese a haberse cumplido la pena; por sanciones disciplinarias privativas de la libertad; etc.

En puridad, el hábeas corpus reparador representa la modalidad clásica o inicial destinada a promover la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida.

b) El hábeas corpus restringido

Se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir, que, en tales casos, pese a no privarse de la libertad al sujeto, “se le limita en menor grado”.

Entre otros supuestos, cabe mencionar la prohibición de acceso o circulación a determinados lugares; los seguimientos perturbatorios carentes de fundamento legal y/o provenientes de órdenes dictadas por autoridades incompetentes; las reiteradas e injustificadas citaciones policiales; las continuas retenciones por control migratorio o la vigilancia domiciliaria arbitraria o injustificada, etc.

c) El hábeas corpus correctivo

Dicha modalidad, a su vez, es usada cuando se producen actos de agravamiento ilegal o arbitrario respecto a las formas o condiciones en que se cumplen las penas privativas de la libertad. Por ende, su fin es resguardar a la persona de tratamientos carentes de razonabilidad y proporcionalidad, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena.

En efecto, en el caso Alejandro Rodríguez Medrano vs. la Presidencia del Instituto Nacional Penitenciario y otro (Exp. N.º 726-2002-HC/TC), el Tribunal Constitucional señaló que:

“Mediante este medio procesal puede efectuarse el control constitucional de las condiciones en las que se desarrolla la restricción del ejercicio de la libertad individual, en todos aquellos casos en que éste se haya decretado judicialmente”

Así, procede ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica, o del derecho a la salud de los reclusos o personas que se encuentran bajo una especial relación de sujeción internados en establecimientos de tratamiento públicos o privados (tal el caso de personas internadas en centros de rehabilitación y de menores, en internados estudiantiles,

etc.). Igualmente, es idóneo en los casos en que, por acción u omisión, importen violación o amenaza del derecho al trato digno o se produzcan tratos inhumanos o degradantes.

Es también admisible la presentación de esta modalidad en los casos de arbitraria restricción del derecho de visita familiar a los reclusos; de ilegitimidad del traslado de un recluso de un establecimiento penitenciario a otro; y por la determinación penitenciaria de cohabitación en un mismo ambiente de reos en cárcel de procesados y condenados.

d) El hábeas corpus preventivo

Éste podrá ser utilizado en los casos en que, no habiéndose concretado la privación de la libertad, existe empero la amenaza cierta e inminente de que ello ocurra, con vulneración de la Constitución o la ley de la materia..

Al respecto, es requisito *sine qua non* de esta modalidad que los actos destinados a la privación de la libertad se encuentran en proceso de ejecución; por ende, la amenaza no debe ser conjetural ni presunta.

En efecto, en el caso Patricia Garrido Arcentales y otro contra el capitán PNP Henry Huertas (Exp. N.º 399-96-HC/TC), el Tribunal Constitucional precisó:

"Que, en cuanto a las llamadas telefónicas a través de las cuales se amenazaría con detener a los recurrentes, según afirman, este Tribunal considera que no se han dado los supuestos para que se configure una situación que constituya amenaza a la libertad personal que haga procedente la acción de Hábeas Corpus, es decir, tal y como lo consagra el artículo 4º de la Ley N.º 25398, se necesita que ésta sea cierta y de inminente realización; se requiere que la amenaza sea conocida como verdadera, segura e indubitable, que se manifieste con actos o palabras que no dejen duda alguna de su ejecución y propósito e inminente y posible, esto es, que no deje duda sobre su ejecución en un plazo inmediato y previsible".

e) El hábeas corpus traslativo

Es empleado para denunciar mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso o a la tutela judicial efectiva; es decir, cuando se mantenga indebidamente la privación de la libertad de una persona o se demore la determinación jurisdiccional que resuelva la situación personal de un detenido.

César Landa Arroyo, *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Palestra, Lima 2003, pág. 116, refiere que en este caso "se busca proteger la libertad o la condición jurídica del *status* de la libertad de los procesados, afectados por las burocracias judiciales [...]".

En efecto, en el caso Ernesto Fuentes Cano vs. Vigésimo Cuarto Juzgado Penal de Lima (Exp. N.º 110-99-HC/TC), el Tribunal Constitucional textualmente señaló lo siguiente:

"Que, el tercer párrafo del artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado

mediante Decreto Ley N.º 22128, dispone que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad y, en el caso de autos, se inicia el proceso en marzo de 1993, y en diciembre de 1997 se encontraba en el estado de instrucción, por haber sido ampliada ésta; y el hecho de no haberse completado la instrucción no justifica que se mantenga privada de su libertad a una persona que ya lo había estado por más de veinte meses, no dándole cumplimiento así al artículo 137º del Código Procesal Penal, en caso de efectivizarse esta nueva orden de captura".

f) El hábeas corpus instructivo

Esta modalidad podrá ser utilizada cuando no sea posible ubicar el paradero de una persona detenida-desaparecida. Por consiguiente, la finalidad de su interposición es no sólo garantizar la libertad y la integridad personal, sino, adicionalmente, asegurar el derecho a la vida, y desterrar las prácticas de ocultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Ernesto Castillo Páez vs. República del Perú, (párrafo 84 de la sentencia del 3 de noviembre de 1997), estableció lo siguiente:

"Habiendo quedado demostrado como antes se dijo (*supra*, párrafo 71), que la detención del señor Castillo Páez fue realizada por miembros de la Policía del Perú y que, por tanto, se encontraba bajo la custodia de éste, la cual lo ocultó para que no fuera localizado, la Corte concluye que la ineficacia del recurso de hábeas corpus es imputable al Estado, configurando con ello una violación del artículo 25º de la Convención en relación con el artículo 1.1.º".

g) El hábeas corpus innovativo

Procede cuando, pese a haber cesado la amenaza o la violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro, en el particular caso del accionante.

Al respecto, Domingo García Beláunde [*Constitución y Política*, Eddili, Lima 1991, pág.148], expresa que dicha acción de garantía "debe interponerse contra la amenaza y la violación de este derecho, aun cuando éste ya hubiera sido consumado". Asimismo, César Landa Arroyo [*Tribunal Constitucional, Estado Democrático*, Editorial Palestra, Lima 2003, pág. 193], acota que "... a pesar de haber cesado la violación de la libertad individual, sería legítimo que se plantee un hábeas corpus innovativo, siempre que el afectado no vea restringida a futuro su libertad y derechos conexos".

h) El hábeas corpus conexo

Cabe utilizarse cuando se presentan situaciones no previstas en los tipos anteriores. Tales como la restricción del derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que una persona es citada o detenida; o de ser obligado a prestar juramento; o

compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo, o contra el o la cónyuge, etc.

Es decir, si bien no hace referencia a la privación o restricción en sí de la libertad física o de la locomoción, guarda, empero, un grado razonable de vínculo y enlace con éste. Adicionalmente, permite que los derechos innominados –previstos en el artículo 3° de la Constitución– entroncados con la libertad física o de locomoción, puedan ser resguardados.

Esta Tipología ha sido elaborada de modo casuístico, en atención a la continua evolución que ha experimentado este proceso constitucional, por lo que no puede ser tomada como un *numerus clausus*.

7. En el presente caso aunque la recurrente no ha sido privada de su libertad, existe una amenaza, que proviene de una orden de detención dictada por el órgano jurisdiccional emplazado. Nos encontramos, entonces, ante un hábeas corpus preventivo.

8. De acuerdo al literal f, del inciso 24), del artículo 2° de la Constitución, nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.

En cuanto a la primera forma de restricción de la libertad individual, esto es, la originada en un mandato del juez, éste necesariamente debe ser escrito; y, a su vez, motivado. Por otro lado, la facultad de dictar el mandato de detención no es potestad exclusiva del juez penal, pues dicho precepto constitucional no hace referencia a la especialización del juez, y no puede descartarse casos especiales donde la ley contempla la posibilidad de que jueces no penales ordenen la detención de una persona, como es el caso del inciso 2) del artículo 53° del Código Procesal Civil, siempre que detrás de ello se persiga satisfacer un bien constitucionalmente relevante.

El mandato de detención, obrante a fojas 157 de autos, se basó en el incumplimiento de la recurrente de apersonarse al local del juzgado con el ropero de madera cuya custodia le había sido encomendada. Sin embargo, la resolución cuestionada no hace referencia al escrito presentado con fecha 22 de julio de 2003, en el que indica su falta de recursos económicos para efectuar el traslado del mueble, solicitando, a su vez, que dicha diligencia se realice en su domicilio. Por tanto, no hay en el presente caso, renuencia a acatar los mandatos judiciales por parte de la recurrente que justifique la medida de detención cuestionada.

FALLO

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

Ha resuelto

1. Declarar **fundada** la acción de hábeas corpus.
2. Declarar nula la resolución N° 26 de fecha 13 de agosto de 2003, dictada por el Juzgado de Paz Letrado de Comas en el proceso N° 121-2002, la cual ordena la inmediata ubicación y captura de Eleobina Mabel Aponte Chuquihuana.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BARDELLI LARTIRIGOYEN
AGUIRRE ROCA
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

Exp. N° 2196-2002-HC/TC [Proceso de Hábeas Corpus promovido por Carlos Saldaña Saldaña. Sobre la libertad individual, plazo de detención y retroactividad de la ley].

Fecha de Resolución: 10 de diciembre de 2003

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 29 de enero de 2004

Resumen: Un problema vinculado a la lucha contra la corrupción es el de las reglas de aplicación de las leyes procesales penales y las de ejecución de la pena. En el presente caso, el demandante, procesado por la presunta comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, alegó estar detenido más de 32 meses sin sentencia de primer grado y, en tal sentido, invocó la aplicación del Decreto Ley N° 25824, Ley que modificaba el artículo 137° del Código Procesal Penal.

Cuando se presenta una sucesión de leyes penales aplicables a un determinado supuesto de hecho en el lapso que va desde la comisión del delito hasta su enjuiciamiento y, más allá, hasta la finalización de la condena impuesta, surge la cuestión relativa a la selección de una de ellas para la resolución del conflicto planteado. Específicamente, en el ámbito del sistema jurídico penal el problema de la ley aplicable en el tiempo está supeditado a si la disposición se deriva del derecho penal material, del derecho procesal penal o del derecho de ejecución penal. Al respecto, el Tribunal Constitucional sostuvo que nuestro ordenamiento jurídico reconoce como principio general que la ley no tiene efectos retroactivos, conforme lo proclama el artículo 103°, tercer párrafo, de la Constitución Política del Perú; con excepción de que la nueva ley sea más favorable al reo. Ello precisamente porque la prohibición de retroactividad es una prohibición garantista y establece una preferencia a las leyes que despenalizan una conducta o que reducen la penalidad. De igual modo, el alcance de este principio se manifiesta en la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o conflicto entre leyes penales, como así lo consagra el artículo 139°, inciso 1 l), de la Constitución.

Precisada esta regla general debe aclararse que tratándose de normas de derecho penal material rige para ellas el principio *tempus delicti commissi*, el mismo que establece que la ley aplicable es aquella vigente al momento de cometerse el delito, lo que es acorde con el artículo 2° de la Constitución, literal «d» del numeral 24 que prescribe que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley. Se instituye así un razonable tratamiento de la libertad y de la autonomía personal fijando límites de aplicación a las normas punitivas.

En el caso de las normas procesales penales, en cambio, rige el principio *tempus regit actum*, cuyo enunciado es que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto. Esto supone la aplicación inmediata de la ley procesal, mas no que a través de ella se regulen actos procesales ya cumplidos con la legislación anterior.

Cuando se trata de las normas de ejecución penal, específicamente en lo que a la aplicación de determinados beneficios penitenciarios se refiere, resulta ejemplar la Ley N° 27770 (que regula el otorgamiento de beneficios penales y penitenciarios a aquellos que cometen delitos graves contra la administración pública), que, a juicio de este Tribunal, por no tratarse de una ley penal material, sus disposiciones deben considerarse como normas procedimentales, por cuanto a través de ellas se establecen los presupuestos que fijan su ámbito de aplicación, la prohibición de beneficios penales y la recepción de beneficios penitenciarios aplicables a los condenados.

En suma, el problema de la ley aplicable en el tiempo en normas como la Ley N° 27770 debía resolverse bajo los alcances del principio *tempus regis actum*, pero morigerado por la garantía normativa que proscribe el sometimiento a un procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley proclamado en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución que vela porque la norma con la que se inició un determinado procedimiento no sea alterada o modificada con posterioridad por otra, de manera que cualquier modificación realizada con posterioridad al inicio de un procedimiento, como la de solicitar un beneficio penitenciario, no debe aplicarse.

En el presente caso se considera que el momento que ha de marcar la legislación aplicable para resolver un determinado acto procedimental, como el que atañe a los beneficios penitenciarios, está representado por la fecha en el cual se inicia el procedimiento destinado a obtener el beneficio penitenciario, esto es, el momento de la presentación de la solicitud para acogerse a éste. *Verbi gratia*, si en plena vigencia de la Ley N° 27770 el interno que purga condena por cualquiera de los delitos contemplados en el artículo 2° de la mencionada ley presenta la solicitud de beneficio penitenciario, la resolución de su petición quedará sujeta a los alcances de esta ley y no de otra, sin perjuicio de que cualquier modificación de las condiciones para acogerse a cualquiera de los beneficios penitenciarios contemplados por esta ley especial de ejecución penal, no podrá ser aplicable al caso concreto del solicitante, a no ser que la nueva ley, como dispone el artículo VII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, sea más favorable al interno.

Temas Claves: Beneficios penitenciarios - derecho al plazo razonable de detención - libertad personal Principio de irretroactividad de la ley - principio *tempus delicti commissi* - principio *tempus regit actum*.

EXP. N.º 2196-2002-HC/TC
LIMA

CARLOS SALDAÑA SALDAÑA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de diciembre de 2003, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Carlos Saldaña Saldaña contra la sentencia de la Sala de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 189, su fecha 14 de agosto de 2002, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

El accionante, con fecha 25 de julio de 2002, interpone acción de hábeas corpus contra el Vigésimo Octavo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima y la Segunda Sala Penal para Procesos Ordinarios con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, alegando que se le sigue proceso penal ante el Vigésimo Octavo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, por la presunta comisión del delito de tráfico ilícito de drogas

(Expediente N.º 153-01). Sostiene que a su caso es aplicable el Decreto Ley N.º 25824, que modificó el artículo 137° del Código Procesal Penal, norma vigente al momento de su detención que se efectuó el 8 de octubre de 1999, por lo que, estando detenido más de 32 meses, sin auto motivado que prorrogue el plazo de su detención, debe ordenarse su inmediata excarcelación.

Realizada la investigación sumaria, el juez penal emplazado sostiene en su declaración explicativa que el expediente N.º 153-01 se tramitó cuando estaba a cargo del despacho la Jueza Sonia Medina Calvo, quien emitió informe final el 10 de mayo de 2002 y elevó el expediente el 1 de julio del mismo año. Por su parte, el Presidente de la Sala Penal emplazada manifiesta que el expediente N.º 153-01 se encuentra en la Fiscalía desde el 3 de julio de 2002, para la emisión del dictamen de ley.

El Primer Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 31 de julio de 2002, declaró improcedente la demanda, por estimar que al accionante le es aplicable la Ley N.º 27553 y, por lo tanto, el plazo máximo de detención no ha transcurrido.

La recurrida confirmó la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. De acuerdo al documento obrante a fojas 163 de autos, don Carlos Saldaña Saldaña se encuentra detenido desde el 8 de octubre de 1999 por la presunta comisión del delito de tráfico ilícito de drogas; en consecuencia, debe

aplicarse a su caso el Decreto Ley N.º 25824, al haber cumplido el plazo de detención de 15 meses cuando aún regía dicha norma modificatoria del artículo 137º del Código Procesal Penal.

2. Determinado el contexto normativo aplicable, resulta necesario precisar que el Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 55º de la Ley N.º 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional, a propósito de lo resuelto en el Expediente N.º 330-2002-HC, distinguió entre la duplicidad del plazo de detención, por un lado, y su prolongación, por otro, estableciendo como línea interpretativa que, tratándose de delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, previstos en el primer párrafo del artículo 137º del Código Procesal Penal, el plazo límite de detención se duplicará automáticamente, y sólo en los casos del segundo párrafo de la citada disposición procesal, que se refiere a la prolongación de la detención por un plazo igual al límite, ésta se acordará cumpliendo los requisitos que para tal efecto han sido establecidos.

3. En torno a ello, debe enfatizarse que si bien es cierto que el artículo 137º del Código Procesal Penal otorga la libertad por exceso de detención al vencerse los plazos establecidos, también lo es que dicha norma de excarcelación prevé que no se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos el tiempo en que la causa sufre dilaciones maliciosas imputables al inculcado o su defensa, situación que en el presente caso no ha sido dilucidada por los órganos judiciales ordinarios, pese a constituir una circunstancia relevante cuyo conocimiento podría contribuir a que se resuelva sin equívoco si le asiste o no al actor el derecho de excarcelación que alega en su demanda, por lo que resulta necesario que el juzgador de sede ordinaria indague y determine si en el caso de autos se produjo alguna inapropiada conducta procesal atribuible al actor con el objeto de dilatar los términos de su proceso.

4. Conviene precisar que el análisis de una norma de contenido imperativo como la establecida en el artículo 137º del Código Procesal Penal, exige que la judicatura penal sea respetuosa del derecho prevalente de todo individuo a ser juzgado en un tiempo razonable, situación que, *prima facie*, no puede predicarse de la conducta funcional de los magistrados demandados, si se tiene en cuenta que el actor se halla detenido desde hace 50 meses sin que se haya resuelto su situación jurídica, por lo que eventualmente los demandados podrían ser pasibles de las sanciones que les resulten aplicables por ley.

5. Considerando que el caso *sub exámine* plantea un conflicto en la aplicación temporal de normas, este Tribunal estima pertinente formular algunas afirmaciones de principio con el propósito de orientar la absolución de controversias en cuanto al derecho a la libertad individual se refiere.

Cuando se presenta una sucesión de leyes penales aplicables a un determinado supuesto de hecho en el lapso que va desde la comisión del delito hasta su

enjuiciamiento y, más allá, hasta la finalización de la condena impuesta, surge la cuestión relativa a la selección de una de ellas para la resolución del conflicto planteado.

6. Específicamente, en el ámbito del sistema jurídico penal, el problema de la ley aplicable en el tiempo está supeditado a si la disposición se deriva del derecho penal material, del derecho procesal penal o del derecho de ejecución penal.

Al respecto, cabe afirmar que nuestro ordenamiento jurídico reconoce como principio general que la ley no tiene efectos retroactivos, conforme lo proclama el artículo 103º, tercer párrafo, de la Constitución Política del Perú; sin embargo, esta cláusula constitucional se encuentra matizada por el principio de favorabilidad, que establece una importante excepción en el caso de que la nueva ley sea más favorable al reo. Ello precisamente porque la prohibición de retroactividad es una prohibición garantista, y establece una preferencia a las leyes que despenalizan una conducta o que reducen la penalidad. De igual modo, el alcance de este principio se manifiesta en la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o conflicto entre leyes penales, como así lo consagra el artículo 139º, inciso 11), de la Constitución.

7. Precisada esta regla general, debe aclararse que, tratándose de normas de derecho penal material, rige para ellas el principio *tempus delicti comissi*, que establece que la ley aplicable es aquella vigente al momento de cometerse el delito, lo que es acorde con el artículo 2º de la Constitución, literal "d" del numeral 24, que prescribe que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley. Se instituye así un razonable tratamiento de la libertad y de la autonomía personal, fijando límites de aplicación a las normas punitivas.

8. En el caso de las normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum*, cuyo enunciado es que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto. Esto supone la aplicación inmediata de la ley procesal, mas no que a través de ella se regulen actos procesales ya cumplidos con la legislación anterior.

9. En el caso de las normas de ejecución penal, específicamente en lo que a la aplicación de determinados beneficios penitenciarios se refiere, resulta ejemplar la Ley N.º 27770 (que regula el otorgamiento de beneficios penales y penitenciarios a aquellos que cometen delitos graves contra la administración pública), que, a juicio de este Tribunal, por no tratarse de una ley penal material, sus disposiciones deben considerarse como normas procedimentales, por cuanto a través de ellas se establecen los presupuestos que fijan su ámbito de aplicación, la prohibición de beneficios penales y la recepción de beneficios penitenciarios aplicables a los condenados.

En suma, el problema de la ley aplicable en el tiempo en normas como la Ley N.º 27770 ha de resolverse bajo

los alcances del principio *tempus regis actum*, pero morigerado por la garantía normativa que proscribe el sometimiento a un procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley, proclamado en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, que vela porque la norma con la que se inició un determinado procedimiento no sea alterada o modificada con posterioridad por otra, de manera que cualquier modificación realizada con posterioridad al inicio de un procedimiento, como la de solicitar un beneficio penitenciario, no debe aplicarse.

10. Al respecto, este Colegiado considera que el momento que ha de marcar la legislación aplicable para resolver un determinado acto procedimental, como el que atañe a los beneficios penitenciarios, está representado por la fecha en el cual se inicia el procedimiento destinado a obtener el beneficio penitenciario, esto es, el momento de la presentación de la solicitud para acogerse a éste.

Verbi gratia, si en plena vigencia de la Ley N.° 27770 el interno que purga condena por cualquiera de los delitos contemplados en el artículo 2° de la mencionada ley, presenta la solicitud de beneficio penitenciario, la resolución de su petición quedará sujeta a los alcances de esta ley y no de otra, sin perjuicio de que cualquier modificación de las condiciones para acogerse a cualquiera de los beneficios penitenciarios contemplados por esta ley especial de ejecución penal, no podrá ser aplicable al caso concreto del solicitante, a no ser que la nueva ley, como dispone el artículo VII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, sea más favorable al interno.

11. Es menester enfatizar que los beneficios penitenciarios pueden ser estimados como derechos subjetivos de los internos, ciertamente condicionados, porque su aplicación no procede automáticamente por el solo hecho de que quien lo solicita se encuentra privado de su libertad, sino que está sujetos a presupuestos establecidos en la norma, los que aun si fueran cumplidos por el sentenciado no constituyen un factor decisivo para su concesión, pues su

otorgamiento estará librado a la evaluación judicial de si el condenado se encuentra apto para ser reincorporado a la sociedad, habida cuenta que la justificación de las penas privativas de la libertad es la de proteger a la sociedad contra el delito.

12. Por lo anteriormente expuesto, resulta de aplicación al presente caso el artículo 42° de la Ley N.° 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional, al haberse producido un quebrantamiento de forma en los términos que se detallan en el fundamento N.° 3 de la presente sentencia.

FALLO

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

Ha resuelto

1. Declarar nula la recurrida e insubsistente la apelada.
2. Declarar nulo todo lo actuado desde fojas 155.
3. Disponer que el Juez investigador cumpla con lo señalado en el fundamento N.° 3 de la presente sentencia.
4. Incorporar como parte integrante de este fallo las precisiones expuestas en los fundamentos N.° 9 y 10, que hacen referencia a la Ley N.° 27770.
5. Remitir copias de esta sentencia al Poder Judicial, al Consejo Nacional de la Magistratura y a la Fiscalía de la Nación, para los fines de ley.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REY TERRY
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

Exp. N° 2488-2002-HC/TC [Proceso de Hábeas Corpus promovido por Genaro Villegas Namuche. Sobre desaparición forzada de personas y el derecho a la verdad].

Fecha de Resolución: 18 de marzo de 2004

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 22 de marzo de 2004

Resumen: El presente caso es uno de desaparición forzada. Por ello, el Tribunal Constitucional expresó a través de esta causa que todas las sociedades tienen el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Y que tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores. El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo inalienable.

Por tanto, a juicio del Tribunal, existe una obligación específica del Estado de investigar y de informar, que no sólo consiste en facilitar el acceso de los familiares a la documentación que se encuentra bajo control oficial, sino también en la asunción de las tareas de investigación y corroboración de hechos denunciados. Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando ha señalado que la no investigación y sanción a los autores y cómplices de las desapariciones forzadas constituye una violación al deber estatal de respetar los derechos reconocidos por la Convención Americana, así como al de garantizar su libre y pleno ejercicio (Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*).

En tal sentido, el Tribunal mencionó que al lado de la dimensión colectiva el derecho a la verdad tiene una dimensión individual cuyos titulares son las víctimas, sus familias y sus allegados. En este sentido, las personas, directa o indirectamente afectadas por un crimen de esa magnitud, tienen derecho a saber siempre, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en la cual se cometió el ilícito, quién fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo, por qué se le ejecutó, dónde se hallan sus restos, entre otras cosas.

Asimismo, precisó que si bien el derecho a la verdad no tiene reconocimiento expreso en nuestra Constitución es un derecho plenamente protegido, derivado no sólo de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado peruano, sino de la propia Constitución, específicamente, del principio de dignidad humana así como de los artículos 3° y 44°.

Por otro lado, resaltó la especial relevancia que tiene la tutela judicial efectiva ante casos de violaciones de los derechos humanos, por cuanto no será posible garantizar el derecho a la verdad, ni ningún otro derecho, si no existe tutela judicial efectiva.

En el caso de autos, advirtió el Tribunal, estar ante lo que doctrinariamente se ha definido como *hábeas corpus instructivo*. Sin embargo, consideró que dada la carencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales el trámite que se realice será poco eficaz, procediendo disponer que el o los órganos competentes inicien y culminen las investigaciones necesarias destinadas a brindar la información requerida sobre la identificación de los responsables y la ubicación de la víctima o sus restos.

Finalmente, señaló que si bien cuando se produjo la presunta detención del recurrente no se encontraba vigente en nuestro Código Penal el delito de desaparición forzada, ello no constituye impedimento para que se lleve a cabo el correspondiente proceso penal y se sancione a los responsables por los otros delitos concurrentes en los hechos. Pues, no obstante la garantía de la ley previa derivada de principio de legalidad, la misma que comporta

la necesidad de que al momento de cometerse el delito esté vigente una norma penal que establezca una determinada pena; en casos de delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal.

Temas Claves: Derecho a la tutela procesal efectiva - derecho a la verdad - desaparición forzada - doble dimensión del derecho a la verdad - política de impunidad - principio de legalidad penal.

EXP. N.º 2488-2002-HC/TC
PIURA

GENARO VILLEGAS NAMUCHE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de marzo de 2004, el Pleno del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña María Emilia Villegas Namuche contra la sentencia de la Primera Sala Penal de Piura, de fojas 58, su fecha 13 de setiembre de 2002, que declaró fundada, en parte, la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

La recurrente, con fecha 2 de setiembre de 2002, interpone acción de hábeas corpus a favor de su hermano, Genaro Villegas Namuche, por la violación de sus derechos a la vida, al debido proceso, a la legítima defensa y a la libertad individual. Solicita que se obligue al Estado peruano a devolver con vida a su hermano o informar dónde se encuentran sus restos mortales, y la anulación del proceso penal que se le siguió en el Fuero Militar, en el cual se le condenó, en ausencia, a cadena perpetua por delito de traición a la patria. Refiere que el beneficiario de la presente acción de garantía, estudiante de la Facultad de Ingeniería de Minas de la Universidad Nacional de Piura, el día 2 de octubre de 1992 salió a trabajar, y que nunca más se le volvió ver. Asimismo, afirma que al día siguiente, hombres armados y encapuchados, en número de veinte, bajaron de carros portatropa e ingresaron violentamente a su domicilio, forzando la puerta, en busca de material subversivo. Sostiene que ante estos hechos decidió acudir a la Prefectura para pedir garantías, las cuales le fueron negadas, y que los abogados que contrataba fueron progresivamente detenidos.

El Séptimo Juzgado Penal de Piura, con fecha 4 de setiembre de 2003, declaró fundada la demanda, disponiendo la nulidad del proceso penal seguido contra el beneficiario en el Fuero Militar.

La recurrida confirmó la apelada e, integrándola, declaró inadmisibles el extremo en que se solicita la entrega con

vida del beneficiario de la acción de garantía o se indique el lugar donde descansan sus restos, por considerar que no se ha acreditado fehacientemente su desaparición o ausencia, de conformidad con lo prescrito por los artículos 47° y 66° del Código Civil.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación de la materia controvertida

1. De conformidad con el artículo 41° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el recurso extraordinario procede sólo ante resoluciones denegatorias de las acciones de garantía; por tanto, al haberse declarado fundado el hábeas hábeas en segunda instancia, decretándose la nulidad del proceso seguido contra el beneficiario en el Fuero Militar, este Colegiado sólo se pronunciará sobre el extremo de la demanda que fue declarado inadmisibles, en el cual se solicita al Estado peruano devolver con vida a Genaro Villegas Namuche o informar dónde se hallan sus restos.

§2. La desaparición forzada de personas

2. Los hechos denunciados por la recurrente constituyen en doctrina la figura denominada desaparición forzada. Según la Convención Americana sobre la Desaparición Forzada de Personas, ésta consiste en la "privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes".

3. La práctica de la desaparición forzada atenta contra diversos derechos fundamentales. Además de violar la libertad locomotora, impide interponer los recursos legales que permitan proteger los derechos conculcados, lesionando, así, el derecho de acudir a un tribunal a fin de que se decida, a la brevedad, sobre la legalidad de la detención, (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9.4 y Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 7.6). Asimismo, implica, generalmente, actos de tortura y tratos inhumanos y degradantes, por lo que también afecta el derecho a la integridad personal. De igual manera, esta práctica criminosa supone, con frecuencia, la ejecución extrajudicial de los detenidos, y el posterior ocultamiento de sus cadáveres. Lo primero lesiona el derecho a la vida, mientras que lo segundo procura la impunidad del hecho.

Así lo ha entendido también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de fondo, párrafo 155-157].

4. Aunque cuando se produjo la presunta detención del beneficiario no estaba vigente la Convención Americana contra la Desaparición Forzada de Personas, ni tampoco el delito de desaparición forzada se encontraba tipificado en nuestro Código Penal, tal situación no justifica de ninguna manera la comisión del delito, ni nos impide considerarlo como un grave atentado contra los derechos humanos, puesto que los derechos contra los que atenta este ilícito se encuentran protegidos por las Constituciones de 1979 y 1993, así como por instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Perú, como son la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

§3. La impunidad

5. La ejecución extrajudicial, la desaparición forzada o la tortura, son hechos crueles, atroces, y constituyen graves violaciones a los Derechos Humanos, por lo que no pueden quedar impunes; es decir, los autores materiales, así como los cómplices de conductas constitutivas de violación de derechos humanos, no pueden sustraerse a las consecuencias jurídicas de sus actos. La impunidad puede ser normativa, cuando un texto legal exime de pena a los criminales que han violado los derechos humanos; y también fáctica, cuando, a pesar de la existencia de leyes adoptadas para sancionar a los culpables, éstos se liberan de la sanción adecuada por la amenaza o la comisión de nuevos hechos de violencia.

6. Según Naciones Unidas, la impunidad es "la inexistencia, de hecho o de derecho de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condenas a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas" [Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad, E/CN.4/Sub.2/1977/20/Rev.1., Definiciones. A.]. Así, la impunidad es hoy considerada como:

1° Una situación que se opone al sentido comunitario de la justicia y provoca en el cuerpo social conmociones negativas: sentimientos de desánimo y desesperanza que afectan la vida de las personas en el plano cultural, político y económico.

2° Una violación de un conjunto de principios y normas del derecho internacional orientados a la promoción y protección de los derechos humanos.

3° Un factor que contribuye a la comisión de nuevos crímenes atroces, porque la falta de enjuiciamiento y de sanción adecuada para los responsables de los delitos cuya perpetración lesiona derechos básicos (vgr. la vida, la integridad personal, la libertad individual y la seguridad)

debilita la convicción común sobre la ilegalidad de sus conductas, le resta eficacia a las normas protectoras de esos bienes jurídicos y refuerza la comisión de sus comportamientos reprochables.

4° Un factor que tiende a generar más violencia, porque no sólo alienta la reiteración de los delitos, sino porque crea condiciones para que algunas víctimas busquen hacerse justicia por propia mano.

5° Un obstáculo para la paz, porque al amparar a los culpables siembra graves dudas sobre la justicia y la sinceridad del proceso desarrollado con miras a obtenerla. [Cfr. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Seminario Internacional Verdad y Justicia en Procesos de Paz o Transición a la Democracia. Memorias, Bogotá, junio de 2003, pp. 15 - 17].

7. El Gobierno, en cumplimiento del deber de adoptar las medidas más adecuadas para asegurar la plena vigencia de los derechos humanos, dictó el Decreto Supremo N.º 065-2001-PCM, que creó la Comisión de la Verdad, cuyo propósito no fue el de suplantarlo, sustituir o superponerse al Poder Judicial; antes bien, uno de sus objetivos fundamentales fue el de identificar los hechos y las responsabilidades de las violaciones de los derechos humanos, empeñándose, en lo posible, en tratar de determinar su real existencia y veracidad, y, complementariamente, en evitar la desaparición de pruebas vinculadas con tales hechos. Sus investigaciones, con loable criterio exhaustivo, han permitido conocer los sucesos acaecidos en nuestro país en estas últimas décadas, y contribuyen al imperativo de cumplir con la obligación internacional y constitucional de evitar la impunidad y restituir los derechos violados para conseguir la paz social y la reconciliación nacional.

§4. Derecho a la verdad

8. La Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores. El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo inalienable.

9. Al lado de la dimensión colectiva, el derecho a la verdad tiene una dimensión individual, cuyos titulares son las víctimas, sus familias y sus allegados. El conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones de los derechos humanos y, en caso de fallecimiento o desaparición, del destino que corrió la víctima por su propia naturaleza, es de carácter imprescriptible. Las personas, directa o indirectamente afectadas por un crimen de esa magnitud, tienen derecho a saber siempre, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en la cual se cometió el ilícito, quién fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo, por qué se le ejecutó, dónde se hallan sus restos, entre otras cosas. El derecho a la verdad no sólo deriva de las obligaciones

internacionales contraídas por el Estado peruano, sino también de la propia Constitución Política, la cual, en su artículo 44º, establece la obligación estatal de cautelar todos los derechos y, especialmente, aquellos que afectan la dignidad del hombre, pues se trata de una circunstancia histórica que, si no es esclarecida debidamente, puede afectar la vida misma de las instituciones.

Al respecto, similar y esclarecedor criterio tuvo el magistrado Manuel Aguirre Roca, en el Voto Singular emitido en la STC. N.º 013-96-AI/TC, sobre las Leyes de Amnistía N.ºs 26479 y 26492, estimando que no se agotan los efectos del derecho a la verdad.

10. Los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, constituyen el sustento y fundamento de todos los derechos humanos; por tal razón, su vigencia debe respetarse irrestrictamente, sin que sea moralmente aceptable estipular excepciones o justificar su condicionamiento o limitación. El respeto de ellos y de las garantías para su libre y pleno ejercicio, es una responsabilidad que compete al Estado. En el caso que en el sistema jurídico no se tenga norma explícita que los garantice, se debe adoptar, con arreglo a los procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención Americana, las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para hacerlos efectivos. Así lo disponen los artículos 1º y 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

11. Tanto la legislación supranacional como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana, definen los derechos que las personas humanas deben gozar; asimismo, algunos textos constitucionales se han impuesto el reconocimiento de nuevos derechos, en particular los vinculados directamente con el principio de dignidad, y con el propósito de entronizarlos en su condición de auténticos derechos fundamentales. Es evidente que ellos son consecuencia de la existencia de nuevas necesidades y de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales; por ello, de cara a este nuevo y diverso contexto las Constituciones suelen habilitar una cláusula de "desarrollo de los derechos fundamentales", cuyo propósito no sólo es prestarle el reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino, incluso, el de dotarlos con las mismas garantías de aquellos que sí las tienen expresamente.

12. Nuestra Constitución Política reconoce, en su artículo 3º, una "enumeración abierta" de derechos fundamentales que, sin estar en el texto de la Constitución, surgen de la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho o de la forma republicana de gobierno.

13. Así, el **derecho a la verdad**, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, **es un derecho plenamente protegido**, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente.

14. El Tribunal Constitucional considera que si bien detrás del derecho a la verdad se encuentra comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad o la seguridad personal, entre otros, éste tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al *telos* que con su reconocimiento se persigue alcanzar.

15. Sin perjuicio del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la verdad, éste también ostenta rango constitucional, pues es una expresión concreta de los principios constitucionales de la dignidad humana, del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno.

16. Es un derecho que se deriva directamente del principio de dignidad humana, pues el daño ocasionado a las víctimas no sólo se traduce en la lesión de bienes tan relevantes como la vida, la libertad y la integridad personal, sino también en la ignorancia de lo que verdaderamente sucedió con las víctimas de los actos criminales. El desconocimiento del lugar donde yacen los restos de un ser querido, o de lo que sucedió con él, es tal vez una de las formas más perversamente sutiles, pero no menos violenta, de afectar la conciencia y dignidad de los seres humanos.

17. Asimismo, el derecho a la verdad, en su dimensión colectiva, es una concretización directa de los principios del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno, pues mediante su ejercicio se posibilita que todos conozcamos los niveles de degeneración a los que somos capaces de llegar, ya sea con la utilización de la fuerza pública o por la acción de grupos criminales del terror. Tenemos una exigencia común de que se conozca cómo se actuó, pero también de que los actos criminales que se realizaron no queden impunes. Si el Estado democrático y social de derecho se caracteriza por la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, es claro que la violación del derecho a la verdad no sólo es cuestión que afecta a las víctimas y a sus familiares, sino a todo el pueblo peruano. Tenemos, en efecto, el derecho a saber, pero también el deber de conocer qué es lo que sucedió en nuestro país, a fin de enmendar el camino y fortalecer las condiciones mínimas y necesarias que requiere una sociedad auténticamente democrática, presupuesto de un efectivo ejercicio de los derechos fundamentales. Tras de esas demandas de acceso e investigación sobre las violaciones a los derechos humanos, desde luego, no sólo están las demandas de justicia con las víctimas y familiares, sino también la exigencia al Estado y la sociedad civil para

que adopten medidas necesarias a fin de evitar que en el futuro se repitan tales hechos.

18. De igual forma, el Tribunal Constitucional considera que el derecho a la verdad proviene de una exigencia derivada del principio de la forma republicana de gobierno. En efecto, la información sobre cómo se manejó la lucha antisubversiva en el país, así como de cómo se produjo la acción criminal de los terroristas, constituye un auténtico bien público o colectivo, y también contribuye con la realización plena de los principios de publicidad y transparencia en los que se funda el régimen republicano. Necesarios no sólo para conocer estos luctuosos hechos, sino también para fortalecer el control institucional y social que ha de fundamentar la sanción a quienes, con sus actos criminales, afectaron a las víctimas y en general a la sociedad y el Estado.

19. En torno a ello, existe una obligación específica del Estado de investigar y de informar, que no sólo consiste en facilitar el acceso de los familiares a la documentación que se encuentra bajo control oficial, sino también en la asunción de las tareas de investigación y corroboración de hechos denunciados. Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando ha señalado que la no investigación y sanción a los autores y cómplices de las desapariciones forzadas constituye una violación al deber estatal de respetar los derechos reconocidos por la Convención Americana, así como al de garantizar su libre y pleno ejercicio (Caso *Bámaca Velásquez*, sentencia, párrafo 129).

Además, en el caso de violaciones de derechos humanos, el derecho de la víctima no se limita a obtener una reparación económica, sino que incluye el de que el Estado asuma la investigación de los hechos. Así lo ha precisado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso *Castillo Páez, Reparaciones*, párrafo 168, y *Loayza Tamayo, Reparaciones*, párrafo 175), dado que el pleno conocimiento de las circunstancias de cada caso también es parte de una forma de reparación moral que el país necesita para su salud democrática.

20. De allí que para este Colegiado, si bien el derecho a la verdad no tiene un reconocimiento expreso, sí es uno que forma parte de la tabla de las garantías de derechos constitucionales; por ende susceptible de protección plena a través de derechos constitucionales de la libertad, pero también a través de ordinarios existentes en nuestro ordenamiento jurídico, pues se funda en la dignidad del hombre, y en la obligación estatal concomitante de proteger los derechos fundamentales, cuya expresión cabal es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

§ 5. Derecho a la tutela judicial efectiva

21. No es posible garantizar el derecho a la verdad, ni ningún otro derecho, si no existe tutela judicial efectiva. El derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido por nuestra Constitución en su artículo 139.3, cobra especial relevancia ante casos de violaciones de los derechos humanos, dada su naturaleza de medio de protección de los derechos y de contradictor de la impunidad.

Este sentido del derecho a la tutela judicial efectiva ya está previsto en el artículo 3, literal "a" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que "Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo". Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en su artículo 25.1, que "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención".

22. Este Colegiado considera que los derechos subjetivos precisan de mecanismos encargados de tutelarlos y de asegurar su plena vigencia. Así lo ha precisado la jurisprudencia de este Tribunal: [Exp. N° 1230-2002-HC] "A la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo. Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el *habeas corpus*, el amparo o el *habeas data*, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjetivo-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales".

23. Asimismo, corresponde al Estado el enjuiciamiento de los responsables de crímenes de lesa humanidad y, si es necesario, la adaptación de normas restrictivas para evitar, por ejemplo, la prescripción de los delitos que violenten gravemente los derechos humanos. La aplicación de estas normas permite la eficacia del sistema jurídico y se justifica por los intereses prevalentes de la lucha contra la impunidad. El objetivo, evidentemente, es impedir que ciertos mecanismos del ordenamiento penal se apliquen con el fin repulsivo de lograr la impunidad. Ésta debe ser siempre prevenida y evitada, puesto que anima a los criminales a la reiteración de sus conductas, sirve de caldo de cultivo a la venganza y corroe dos valores fundantes de la sociedad democrática: la verdad y la justicia.

§ 6. El *habeas corpus* instructivo

24. El *habeas corpus* es un proceso constitucional reconocido en el artículo 200.1 de la Constitución, que procede ante cualquier violación o amenaza de la libertad individual o derechos conexos. Ello puede suceder tanto respecto de derechos directamente conexos con el de la libertad, como respecto de derechos diferentes a la libertad, si su eventual lesión se genera, precisamente, como consecuencia directa de una situación de privación o restricción del derecho a la libertad individual. [Exp. N° 1429-2002-HC/TC].

En el caso de autos, estamos ante lo que doctrinariamente se ha definido como *habeas corpus instructivo*, en el cual, el juez constitucional "a partir de sus indagaciones sobre

el paradero del detenido-desaparecido, busca identificar a los responsables de la violación constitucional, para su posterior proceso y sanción penal en la vía ordinaria, en base al artículo 11° de la Ley 23506" [Landa Arroyo, César. Teoría del Derecho Procesal Constitucional, p. 117]. Esa deberá ser la labor que realice el juez del hábeas corpus al llevar a cabo la investigación sumaria que dispone la Ley N.º 23506, cuando se trate de un caso de desaparición forzada.

25. No obstante, dada la carencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales, el que se tramita será poco eficaz para lograr la identificación de los responsables y la consiguiente ubicación de la víctima o sus restos, por lo que no se podrá dispensar en esta vía una tutela en los términos en los que se ha solicitado; sin embargo, sí cabe disponer que el o los órganos competentes inicien y culminen las investigaciones necesarias destinadas a brindar la imperiosa información requerida.

§ 7. Procesos por desaparición forzada frente al principio de legalidad

26. Finalmente, si bien cuando se produjo la presunta detención de Genaro Villegas Namuche no se encontraba vigente en nuestro Código Penal el delito de desaparición forzada, ello no constituye impedimento para que se lleve a cabo el correspondiente proceso penal y se sancione a los responsables, por los otros delitos concurrentes en los hechos.

En todo caso, si bien el principio de legalidad penal, reconocido en el artículo 2.24.d de la Constitución, incluye entre sus garantías la de la *Lex previa*, según la cual la norma prohibitiva deberá ser anterior al hecho delictivo, en el caso de delitos de naturaleza permanente, la ley penal aplicable no necesariamente será la que estuvo vigente cuando se ejecutó el delito.

La garantía de la ley previa comporta la necesidad de que, al momento de cometerse el delito, esté vigente una norma penal que establezca una determinada pena. Así, en el caso de delitos instantáneos, la ley penal aplicable

será siempre anterior al hecho delictivo. En cambio, en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal.

Tal es el caso del delito de desaparición forzada, el cual, según el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, deberá ser considerado como delito permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

27. El Tribunal Constitucional, estima, por lo expuesto, que en el presente caso se ha violado el derecho a la verdad, reconocido en el artículo de 3º de nuestra Constitución vigente.

FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autorización que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

Ha resuelto

1. Declarar fundado el hábeas corpus, en el extremo materia del recurso.
2. Disponer que el Ministerio Público inicie la investigación correspondiente por la desaparición de Genaro Villegas Namuche.
3. Ordenar que el Juez de Ejecución dé cuenta a este Tribunal, cada seis meses, sobre el estado de las investigaciones.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
AGUIRRE ROCA
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA**

Exp. N° 1219-2003-HD/TC [Proceso de Hábeas Data promovido por Nuevo Mundo Holding. Sobre el secreto bancario y los límites al acceso a la información pública].

Fecha de Resolución: 21 de enero de 2004

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 22 de marzo de 2004

Resumen: En la sentencia de autos el Tribunal precisa los parámetros dentro de los cuales discurre el *derecho de acceso a la información*, pues ni siquiera la condición de libertad preferida que la caracteriza, hace de ella un derecho constitucional que no pueda ser objeto de limitaciones. En este sentido, recordó el Tribunal que el propio inciso 5) del artículo 2° de nuestra Ley Fundamental señala que su ejercicio no es absoluto, sino que está sujeto a límites o restricciones que se pueden derivar, ya sea de la necesidad de armonizar su ejercicio con otros derechos de la misma clase (v. gr. derecho a la intimidad personal), o bien por la necesidad de salvaguardar bienes constitucionalmente relevantes (v. gr. la seguridad nacional), y siempre que éstas hayan sido expresamente previstas por ley.

El Tribunal Constitucional comparte el criterio sostenido por los demandantes en el sentido de que un límite al ejercicio del derecho de acceso a la información pública lo constituye el secreto bancario, pues lo que se busca es asegurar la necesaria confidencialidad de las operaciones bancarias de los individuos o de las personas jurídicas de derecho privado, con cualquier ente público o privado perteneciente al sistema bancario o financiero. Vemos, pues, entonces que el secreto bancario forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, y su titular es siempre el individuo o la persona jurídica de derecho privado que realiza tales operaciones bancarias o financieras. En la medida en que tales operaciones bancarias y financieras forman parte de la vida privada, su conocimiento y acceso sólo pueden levantarse "a pedido del juez, del Fiscal de la Nación o de una Comisión Investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refiera al caso investigado". A diferencia de lo que sucede con la información pública, en la que la regla es su publicidad y transparencia, y la excepción es el secreto, tratándose del conocimiento de información vinculada a la vida privada de una persona, la regla es siempre el secreto o su confidencialidad en tanto que su publicidad, sujeta a un control intenso bajo el test de razonabilidad y proporcionalidad, la excepción.

Señaló, por tanto, que la SBS no es titular del derecho a la intimidad bancaria y financiera. Tampoco los bancos o entes financieros con los cuales se suscriben tal clase particular de actos jurídicos, sino el individuo o la persona jurídica que confía y celebra actos jurídicos con ellos. De ahí que su levantamiento, cuando no sea autorizado por su propio titular, sólo pueda ser autorizado por mandato judicial, el Fiscal de la Nación o por una Comisión Investigadora del Congreso de la República, y siempre que la información solicitada se refiera al caso investigado.

En este aspecto, precisó que la información que mantiene la SBS se presume pública, salvo las excepciones previstas en la Constitución y en la Ley N° 27806. Por tanto, la SBS tiene la obligación de entregar la información que demanden las personas, en aplicación del principio de publicidad, sin exigir expresión de causa. De manera que toda denegatoria de acceso a la información debe ser debidamente sustentada en las excepciones establecidas en los artículos 15 a 17 de la Ley N° 27806, vale decir en la necesidad de preservarse con ello derechos y bienes constitucionalmente relevantes. Asimismo, las limitaciones establecidas en la Ley N° 27806 y, en el caso de autos, en la Ley N° 26702, deben ser interpretadas de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

En el caso de autos, el Colegiado advirtió que a lo largo de todo el proceso la SBS no ha

alegado que “toda” la información solicitada esté sujeta al secreto bancario, ni ha cuestionado que no obren en su poder los documentos e informes solicitados por la demandante. En ese sentido, señaló que es la generalización de la negativa a entregar la información requerida la que se presenta como incompatible con el derecho de acceso a la información y con los principios de publicidad y transparencia que informan toda la información que posea el Estado. De igual modo, el Tribunal Constitucional consideró que la emplazada ha hecho una interpretación extensiva –y no restrictiva, como debió efectuarse– de las excepciones constitucionalmente establecidas para el ejercicio pleno del derecho en referencia, y, en concreto, sobre los alcances de aquello protegido por el secreto bancario.

Por otro lado, señaló también que, si bien la información requerida por Nuevo Mundo Holding S.A. era genérica e imprecisa, ya que no especifica el contenido de la información a la que quiere acceder, en el caso el juez en ejecución de sentencia habrá de realizar una discriminación de aquella información que no esté protegida por el secreto bancario de la que por el contrario sí lo esté atendiendo fundamentalmente a lo previsto en el artículo 142° de la Ley N° 26702 que regula aquella información que no está comprendida dentro de dicho secreto bancario.

Por consiguiente, determinó que con exclusión de la información relacionada con operaciones pasivas de los clientes (supuesto de secreto bancario) la SBS deberá entregar el resto de información proporcionada al Banco Interamericano de Finanzas.

Temas Claves: Derecho de acceso a la información pública - limitaciones del derecho de acceso a la información - secreto bancario.

EXP. N.º 1219-2003-HD

LIMA

NUEVO MUNDO HOLDING S.A.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de enero de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Aguirre Roca, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por Nuevo Mundo Holding S.A. (NMH) contra la resolución de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 597, su fecha 23 de enero del 2003, que declaró infundada la acción de hábeas data de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de agosto de 2001, el recurrente interpone acción de hábeas data contra la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), con el objeto de que se le proporcione la información denegada por carta notarial, de fecha 18 de julio de 2001. Alega que se vulnera su derecho de acceso a la información documentada, por cuanto no se le han proporcionado copias de los documentos que los interventores designados por la SBS en el Banco Nuevo Mundo (BNM) entregaron al Banco Interamericano de Finanzas (BIF). Agrega que el pedido incluye copias sobre cualquier data informática y las claves o códigos de acceso a información del BNM que pudiera haberseles entregado.

La demandada aduce que es falso que tenga la calidad de accionista del 99.9999% de las acciones representativas del capital social del Banco Nuevo Mundo (BNM), por lo que considera que la pretensión no tiene sustento, ni la actora legitimidad para interponerla, al carecer manifiestamente de la titularidad y/o legitimidad para formular las pretensiones reclamadas en el presente proceso. Añade que el BNM fue sometido a un régimen de intervención debido, única y exclusivamente, a la negligente administración del BNM, lo que incluso terminó con la apertura de un proceso penal ante el Trigésimo Séptimo Juzgado Penal de Lima contra el representante de NMH, señor Jaques Simón Levy Calvo, por la presunta comisión de delitos contra el orden financiero y monetario.

El Decimocuarto Juzgado Civil de Lima, con fecha 12 de agosto de 2002, declara fundado el hábeas data, por considerar que la demandada no ha cuestionado que no obren en su poder los documentos e informes solicitados en la carta de fojas 9, y porque la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, ni ninguna otra ley, limita el ejercicio del derecho de pedir información sobre una empresa intervenida por dicho organismo.

La recurrida, revocando la apelada, declaró infundada la demanda, por considerar que existe un proceso penal contra el accionante por hechos que guardan relación con lo actuado en el proceso investigatorio efectuado por la SBS. Sostiene, asimismo, que la información requerida puede considerarse incluida en el secreto bancario, por lo que es preciso para su conocimiento el pedido previo del Juez, del Fiscal de la Nación o de una Comisión Investigadora del Congreso, como se establece en el

párrafo final del inciso 5) del artículo 2° de la Constitución Política del Estado.

Con posterioridad a la vista de la causa, se solicitó que este Tribunal declarara la sustracción de la materia, lo que fue puesto en conocimiento del recurrente.

FUNDAMENTOS

§1. Petitorio

1. El objeto de la demanda es que la emplazada proporcione al recurrente la documentación que los interventores designados por la Superintendencia de Banca y Seguros en el Banco Nuevo Mundo hayan entregado, hasta el 18 de julio de 2001, al Banco Interamericano de Finanzas. El pedido incluye copias sobre cualquier data informática y las claves o códigos de acceso a información del Banco Nuevo Mundo.

§2. Análisis de una cuestión de forma

2. Antes de entrar a evaluar el fondo de la controversia, es preciso detenerse en un argumento expuesto por la demandada cuando la causa había quedado *ad portas* de expedirse sentencia. Éste es, en concreto, que en el caso se habría producido la sustracción de la materia, pues, con posterioridad a la expedición de la recurrida, la demandada habría encomendado el proceso de liquidación del Banco Nuevo Mundo al Consorcio DEFINE S.A., DIRIGE S.A.C. y Soluciones en Procesamiento S.A., mediante Resolución SBS N.°124-2003, de fecha 30 de enero de 2003. En su opinión, con dicha decisión, la representación legal del BNM pasó a ser asumida por el referido consorcio, por lo que es ella la que tiene actualmente toda la documentación del BNM, de modo que, a su juicio, si hubiera existido algún agravio, éste habría devenido en irreparable.

El Tribunal Constitucional no comparte dicho criterio. La causal de improcedencia contemplada en el inciso 1) del artículo 6° de la Ley N.° 23506, esto es, la imposibilidad de analizarse el fondo de la controversia por haberse producido la sustracción de la materia, sólo cabe válidamente invocarse cuando por el acontecimiento de hechos posteriores a la demanda, ya no pueda restablecerse el ejercicio del derecho constitucional alegado como lesionado, frustrándose el objeto del proceso señalado por el artículo 1° de la Ley N.° 23506; o cuando, en su defecto, el agravio denunciado haya cesado.

No es el caso, por cierto, de lo que sucede en el presente proceso. En efecto, el Tribunal considera que ninguna consecuencia jurídica se deriva del hecho de que mediante la Resolución SBS N.° 124-2003 se haya encomendado al referido consorcio "[...]que lleve a cabo, en nombre y representación de la Superintendencia de Banca y Seguros, el proceso de liquidación del Banco Nuevo Mundo en liquidación" y, a su vez, se le haya conferido la "representación y administración de la mencionada empresa en liquidación". Como se ha expuesto a lo largo del proceso, la demandante no ha solicitado que sea el Banco Nuevo Mundo el que otorgue determinado

tipo de información, sino a la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) respecto de documentos que los interventores designados por la SBS en el BNM entregaron al Banco Interamericano de Finanzas (BIF).

Tampoco considera este Tribunal Constitucional que la información solicitada en ejercicio del derecho de acceso a la información pública, como ha expuesto la demandada, no pueda ser proporcionada, so pretexto de que ésta ya no obre en su poder, tras haber sido entregada al consorcio al que se ha hecho referencia. Y es que si la información solicitada fue entregada por la SBS a un tercer banco, como es el BIF, entonces, es razonable entender que copia de dicha información obre en sus archivos, pues se trata de información sobre la que la SBS, por su propia naturaleza y las funciones que cumple, tiene el deber de conservar. Y si físicamente no lo tuviera, dado que el consorcio "en nombre y representación de la Superintendencia de Banca y Seguros" lleva el proceso de liquidación del Banco Nuevo Mundo en liquidación, puede perfectamente solicitarse o, en su defecto, ordenar su entrega.

§3. El proceso constitucional de hábeas data

3. El proceso constitucional de hábeas data tiene por objeto, entre otros derechos, la protección del derecho reconocido en el inciso 5) de la Constitución Política del Perú. Este reconoce el derecho de toda persona "a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública en el plazo legal, con el costo que suponga su pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan a la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado".

§4. Derecho de acceso a la información pública

4. En la sentencia recaída en el Exp. N.° 1707-2002- HD/TC, el Tribunal Constitucional señaló que el derecho de acceso a la información pública tiene una doble dimensión. Por un lado, se trata de un derecho subjetivo de carácter individual en virtud del cual se garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que las que se han previsto como constitucionalmente legítimas. Mediante dicho derecho, desde luego, no sólo se garantiza dicha esfera subjetiva, sino también se posibilita que puedan ejercerse otros derechos fundamentales, como la libertad de investigación científica, la libertad de opinión o expresión, etc., que requieren de aquél, pues, en ciertas ocasiones, el derecho de acceso a la información pública se presenta también como un presupuesto o medio para el ejercicio de otros derechos fundamentales. En este sentido, el derecho de acceso a la información pública, además de ser un derecho subjetivo, es también un derecho relacional.

5. Pero, en segundo lugar, el derecho de acceso a la información tiene también una dimensión colectiva, vinculada a las exigencias mínimas que se desprenden del principio democrático, mediante el cual se garantiza el derecho de todas las personas de recibir la información necesaria y oportuna que posibilite la formación libre y racional de la opinión pública, presupuesto de una sociedad democrática, basada en el pluralismo. Así, la información sobre la manera como se maneja la res pública, termina convirtiéndose en un auténtico bien de dominio público o colectivo, que tiene que estar al alcance de cualquier individuo, a fin de que los principios de publicidad y transparencia, en los cuales se sustenta el régimen republicano de gobierno, puedan alcanzar toda su efectividad. De ahí que este Tribunal haya señalado que la publicidad en la actuación de los poderes públicos debe necesariamente entenderse a modo de regla general, en tanto que el secreto o lo oculto es la excepción en los casos constitucionalmente tolerados.

6. Debido a las trascendentales funciones que el derecho de acceso a la información pública está llamado a cumplir en la consolidación del Estado democrático de derecho, este Tribunal ha señalado que se trata de una "libertad preferida". Tras de esa condición del derecho de acceso a la información, evidentemente, no existe una afirmación en el sentido de que en el seno de la Constitución exista un orden jerárquico entre los derechos fundamentales, de manera que una colisión de éste con otros derechos pueda resolverse, en abstracto, haciendo prevalecer al que tiene la condición de "libertad preferida". Todos los derechos constitucionales tienen formalmente la misma jerarquía, de modo que en supuestos de colisión entre ellos, la solución del problema no puede consistir en hacer prevalecer unos sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica.

Tratándose, sin embargo, de intervenciones estatales sobre cualquiera de las libertades preferidas, esta condición impone que el control sobre las normas y actos que incidan en ella no sólo se encuentren sujetos a un control jurisdiccional más intenso, a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sino, además, que en ese control tenga que considerarse que tales actos o normas que en él inciden carecen, *prima facie*, de la presunción de constitucionalidad. Tal presunción de inconstitucionalidad impone al Estado, y a sus órganos, la obligación de probar que existe, detrás de la reserva o el secreto de la información pública solicitada, un apremiante interés público por mantener (inversión de la carga de prueba) y, a su vez, la de justificar razonablemente que sólo manteniendo tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica. Con la consecuencia de que si el Estado no lo hace satisfactoriamente, debe hacerse efectiva la presunción de inconstitucionalidad sobre la norma o acto que restrinja el pleno ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

§5. Sobre las limitaciones del derecho de acceso a la información. El secreto bancario

7. Evidentemente, ni siquiera la condición de libertad preferida de la que goza el derecho de acceso a la información hace de ella un derecho constitucional que no pueda ser objeto de limitaciones. Como se encarga de recordar el propio inciso 5) del artículo 2° de nuestra Ley Fundamental, su ejercicio no es absoluto, sino que está sujeto a límites o restricciones que se pueden derivar, ya sea de la necesidad de armonizar su ejercicio con otros derechos de la misma clase (v. gr. derecho a la intimidad personal), o bien por la necesidad de salvaguardar bienes constitucionalmente relevantes (v. gr. la seguridad nacional), y siempre que éstas hayan sido expresamente previstas por ley.

Precisamente, la entidad emplazada ha justificado su negativa a entregar la información requerida, amparándose en los límites a tal derecho. A su juicio, la "información bancaria" que se solicita gozaría de la garantía del "secreto bancario" y, por lo tanto, sólo podría "levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación o de una Comisión Investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refiera al caso investigado". Asimismo, ha sostenido que dicha "información bancaria" habría sido producida en el marco de la investigación legal que realizó la SBS como consecuencia de la intervención al BNM, que ha culminado en abrir un proceso penal a don Jaques Levi Calvo –representante de Nuevo Mundo Holding–, por la presunta comisión del delito contra el orden financiero y monetario durante la administración del BNM. "En consecuencia, –ha sostenido– la información bancaria que solicita la demandante (producida durante la investigación sobre la administración del BNM) es relevante para ese proceso penal. De ahí que nos encontr(e)mos, entonces, ante la excepción a que se refiere la Constitución, pues una Ley vigente (artículo 73° del Código de Procedimientos Penales) establece que la investigación penal es reservada. Este deber de reserva impide que la Superintendencia de Banca y Seguros entregue a la demandante –cuyo representante es el acusado– la información bancaria solicitada. Sólo si el Juez a cargo del proceso penal lo requiere, la SBS estará obligada a entregar la información bancaria a dicho juez, pero no a la demandante ni a su representante".

8. El Tribunal Constitucional comparte el criterio sostenido por los demandantes, en el sentido de que un límite al ejercicio del derecho de acceso a la información pública lo constituye el secreto bancario. El problema, sin embargo, no es ese, pues con ello, en realidad, se está afirmando una cosa que se desprende directamente de la misma norma constitucional que reconoce el derecho *ius* fundamental. El quid del asunto, a juicio del Tribunal, es otro: Pasa por determinar si la información bancaria que se ha solicitado, aun en los términos tan genéricos como se ha requerido, está amparado con la garantía del secreto bancario y, al mismo tiempo, si la SBS es la titular de dicho secreto bancario.

9. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha de precisar que la protección constitucional que se dispensa con el secreto bancario busca asegurar la reserva o confidencialidad –términos ambos que aquí se utilizan

como sinónimos– de una esfera de la vida privada de los individuos o de las personas jurídicas de derecho privado. En concreto, la necesaria confidencialidad de las operaciones bancarias de cualquiera de los sujetos descritos que pudieran realizar con cualquier ente, público o privado, perteneciente al sistema bancario o financiero.

En ese sentido, el secreto bancario forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, y su titular es siempre el individuo o la persona jurídica de derecho privado que realiza tales operaciones bancarias o financieras. En la medida en que tales operaciones bancarias y financieras forman parte de la vida privada, su conocimiento y acceso sólo pueden levantarse “a pedido del juez, del Fiscal de la Nación o de una Comisión Investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refiera al caso investigado”. A diferencia de lo que sucede con la información pública, en la que la regla es su publicidad y transparencia, y la excepción es el secreto, tratándose del conocimiento de información vinculada a la vida privada de una persona, la regla es siempre el secreto o su confidencialidad, en tanto que su publicidad, sujeta a un control intenso bajo el test de razonabilidad y proporcionalidad, la excepción.

10. La demandada ha dejado entrever que entre los titulares del derecho también ella estaría comprendida. Ciertamente, el Tribunal Constitucional no puede compartir una afirmación de esa naturaleza. Como antes se ha sostenido, mediante el secreto bancario se garantiza la intimidad en materia financiera, es decir, que las operaciones realizadas por los clientes de una empresa financiera o bancaria sean manejadas con discreción y confidencialidad. Desde luego que la efectividad de ese derecho a la intimidad financiera y bancaria impone obligaciones de diversa clase a quienes tienen acceso, por la naturaleza de la función y servicio que prestan, a ese tipo de información. En primer lugar, a los entes financieros y bancarios, con quienes los particulares, en una relación de confianza, establecen determinada clase de negocios jurídicos. En segundo lugar, a la misma Superintendencia de Banca y Seguros, que, como organismo supervisor del servicio público en referencia, tiene acceso a determinada información, a la que, de otro modo, no podría acceder. En definitiva, como señala el artículo 140° de la Ley N.° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, “Es[tá] prohibido a las empresas del sistema financiero, así como a sus directores y trabajadores, suministrar cualquier información sobre las operaciones pasivas con sus clientes, a menos que medie autorización escrita de éstos o se trate de los supuestos consignados en los artículos 142° y 143°”.

No es, pues, la SBS la titular del derecho a la intimidad bancaria y financiera. Tampoco los bancos o entes financieros con los cuales se suscriben tal clase particular de actos jurídicos, sino el individuo o la persona jurídica que confía y celebra actos jurídicos con ellos. De ahí que su levantamiento, cuando no sea autorizado por su propio titular, sólo pueda ser autorizado por mandato judicial, el Fiscal de la Nación o por una Comisión Investigadora del

Congreso de la República, y siempre que la información solicitada se refiera al caso investigado.

De manera que la negativa a entregar la información solicitada, bajo esos criterios de justificación, no es admisible constitucionalmente, y no puede ser compartida por el Tribunal Constitucional.

11. No obstante lo anterior, cabe ahora que el Tribunal entienda la justificación de la demandada de esta otra forma: No la entregan, pues si lo hacen, se afectaría el secreto bancario de los individuos que hubieran celebrado actos jurídicos con el BNM. Desde esta perspectiva, la negativa a entregar tal información no se sustentaría en su derecho a mantener la confidencialidad de la información que maneja, sino en el deber especial de protección de los derechos fundamentales en la que, como todo órgano público, se encuentra, de cara a la especial información que pudiera tener registrada, esto es, como uno de los obligados a preservar la reserva de las operaciones financieras y bancarias que los privados hubieran celebrado con el BNM.

Si este fuera el sentido de la justificación de la emplazada, cabría entonces reparar en lo siguiente:

- a) Que la información que mantiene la SBS está sometida al principio de publicidad; en consecuencia, se presume pública toda la información que mantenga, salvo las excepciones previstas en la Constitución, desarrolladas ahora por la Ley N.° 27806 [y, por supuesto, a las que ella remite].
- b) La SBS tiene la obligación de entregar la información que demanden las personas, en aplicación del principio de publicidad.
- c) La SBS, en ningún caso, está facultada, a efectos de proporcionarla, para exigir expresión de causa.
- d) Toda denegatoria de acceso a la información debe ser debidamente sustentada en las excepciones establecidas en los artículos 15° a 17° de la Ley N.° 27806.
- e) Las limitaciones establecidas en la Ley N.° 27806 y, en el caso de autos, en la Ley N.° 26702, deben ser interpretadas de manera restrictiva, por tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

12. Antes de analizar la controversia en los temas que se ha propuesto, cabe aún precisar los alcances en los que en adelante se hará referencia a la Ley N.° 27806, una ley que, como indica su artículo 1°, tiene la finalidad de “regular el derecho fundamental de acceso a la información”. Y es que cuando se presentó la demanda (el 21 de agosto de 2001), y aún antes, cuando se requirió la información, ésta todavía no se encontraba vigente. Ciertamente, el Tribunal Constitucional no podría exigir de la emplazada ni evaluar su comportamiento, conforme a una ley que, cuando se solicitó la información, todavía no se encontraba vigente.

De ahí que sea preciso indicar que, en realidad, más que evaluar el comportamiento de la emplazada conforme a

la Ley N.º 27806, en verdad, lo que se pretende es hacer referencia a principios que forman parte del mismo ordenamiento constitucional que la ley no ha hecho sino reiterar. En efecto, que se sostenga que la información que mantiene la SBS está sometida al principio de publicidad; que ésta tiene la obligación de entregar la información que demanden las personas; que en ningún caso está facultada para exigir expresión de causa, como condición para proporcionarla; que toda denegatoria de acceso a la información debe estar debidamente sustentada en la necesidad de preservarse con ello derechos y bienes constitucionalmente relevantes; y, en fin, que las limitaciones a dicho derecho deben ser interpretadas de manera restrictiva, no son sino la concreción legislativa de principios constitucionales, cuya aplicabilidad, exigencia y respeto no puede entenderse que estuvo subordinada a la *interpositio* del legislador ordinario.

13. Pues bien, que la SBS es un órgano que se encuentra sujeto al principio de publicidad es una cuestión que no está en discusión. Ella está, en efecto, dentro de los alcances del artículo I del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En ese sentido, debe presumirse que la información que mantenga tiene carácter público, salvo las excepciones que la Constitución contempla. Lo que significa que la SBS tiene la obligación de entregar información que le sea solicitada por particulares, y no exigir para ello expresión de causa. Como se ha expresado en el fundamento 11 de esta sentencia, uno de los sentidos en los que puede entenderse la justificación para no entregar la información requerida, es que, si lo hacen, podría afectarse el secreto bancario de terceros.

14. Dado que la recurrente no ha especificado concretamente qué tipo de información es la requerida (se ha limitado a señalar que desean obtener una "copia de los documentos que los interventores designados por la SBS en el BNM hayan entregado hasta esa fecha al BIF", incluyendo dicho pedido "cualquier data informática que se le hubiese remitido y las claves o códigos de acceso a la información del BNM que pudiera haberseles entregado"), es evidente que el rechazo *in toto* de la información requerida se presenta, a la luz del contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública, como irrazonable.

Ciertamente la emplazada está en la obligación de preservar el secreto bancario. Pero también es claro que, con la generalidad con la que se ha planteado el pedido de información, toda ella no está, por la propia naturaleza de la función encomendada a los interventores, protegida por el secreto bancario. Es la generalización de la negativa a entregar la información requerida la que se presenta como incompatible con el derecho de acceso a la información; pero también con los principios de publicidad y transparencia que informan toda la información que posea el Estado. De igual modo, el Tribunal Constitucional considera que la emplazada ha hecho una interpretación extensiva –y no restrictiva, como debió efectuarse– de las excepciones constitucionalmente establecidas para el ejercicio pleno del derecho en

referencia, y, en concreto, sobre los alcances de aquello protegido por el secreto bancario.

15. A lo largo de todo el proceso, la SBS no ha alegado que "toda" la información solicitada esté sujeta al secreto bancario, y tampoco ha cuestionado que no obren en su poder los documentos e informes solicitados por la demandante. En su último escrito presentado ante el Tribunal Constitucional, la SBS ha aseverado que lo proporcionado al BIF contiene "información relativa al estado del Banco intervenido".

Y si bien la información requerida por Nuevo Mundo Holding S.A. es genérica e imprecisa, ya que no especifica el contenido de la información a la que quiere acceder, el Tribunal Constitucional considera que, en el caso, el juez, en ejecución de sentencia, habrá de realizar una discriminación de aquella información que no esté protegida por el secreto bancario, de la que, por el contrario, si lo esté, atendiendo, fundamentalmente, a lo previsto en el artículo 142º de la Ley N.º 26702, que regula aquella información que no está comprendida dentro de dicho secreto bancario.

Dice, en efecto, dicho artículo 142º: "El secreto bancario no impide el suministro de información de carácter global, particularmente en los siguientes casos:

1. Cuando sea proporcionada por la Superintendencia al Banco Central y a las empresas del sistema financiero para:

i. Usos estadísticos.
ii. La formulación de la política monetaria y su seguimiento.

2. Cuando se suministre a bancos e instituciones financieras del exterior con los que se mantenga corresponsalia o que estén interesados en establecer una relación de esa naturaleza.

3. Cuando la soliciten las sociedades de auditoría a que se refiere el numeral 1 del artículo 134º o firmas especializadas en la clasificación de riesgos.

4. Cuando lo requieran personas interesadas en la adquisición de no menos del treinta por ciento (30%) del capital accionario de la empresa.

No constituye violación del secreto bancario, la divulgación de información sobre las sumas recibidas de los distintos clientes para fines de liquidación de la empresa.

De manera que la información a la cual el recurrente podrá acceder tendrá que estar limitada y sólo basada en los supuestos establecidos por el artículo 140º de la respectiva ley.

Por consiguiente, con exclusión de la información relacionada con operaciones pasivas de los clientes (supuesto de secreto bancario), la SBS deberá entregar el resto de información proporcionada al Banco Interamericano de Finanzas.

16. Por otro lado, y en lo que hace al segundo requerimiento, esto es, la inclusión de copias sobre cualquier data informática que se le hubiese remitido, así como las claves o códigos de acceso a dicha información, el Tribunal Constitucional considera que debe actuarse de conformidad con lo expresado en el párrafo anterior. Y si acaso allí existiera información protegida por el secreto bancario, antes de entregarse la información que no lo está, en ejecución de sentencia, el juez deberá cancelar del soporte informático aquella información, antes de ordenar su entrega a la recurrente.

17. Cabe, finalmente, analizar un último argumento expresado por la SBS. A su juicio, no debería ordenarse la entrega de la información, pues el representante de la recurrente está procesado penalmente por la presunta comisión de delitos contra el orden financiero y monetario. De manera que la información que se solicita es relevante para ese proceso penal. Y sucede que, de conformidad con el artículo 73° del Código de Procedimientos Penales, la investigación penal tiene carácter reservado.

Independientemente de que entre la recurrente en este proceso y la investigada en el proceso penal no exista identidad –si es que acaso, tal identidad sea necesaria-, resulta claro, a partir de todo lo expuesto, que el artículo 73° del Código de Procedimientos Penales no es aplicable al caso de autos. En efecto, sucede que, de conformidad con el inciso 4) del artículo 139°, uno de los principios que informan todo proceso judicial es su publicidad, salvo que exista disposición contraria de la ley. Y si bien el artículo 73° del Código de Procedimientos Penales ha establecido, con carácter general (generalidad que ahora este Tribunal no va a juzgar), que la “instrucción tiene carácter reservado”, tal reserva no se extiende a toda actuación procesal. En lo que aquí interesa recordar, sólo

han de gozar de tal carácter, entre otras, las pruebas que en el proceso penal se hayan ofrecido entre el auto de apertura de instrucción y el auto en virtud del cual se ponga la instrucción “a disposición del defensor durante 3 días en el juzgado para que se informe de toda la instrucción [...] (art. 73 C.PP)”. Y sucede que, en el caso de la información requerida por la recurrente, la SBS no sólo no ha acreditado que ésta haya sido actuada en el proceso penal, y que se extienda sobre ella la cualidad de la reserva, sino, incluso, que dicha información haya sido ofrecida siquiera en el proceso penal.

De modo que tampoco este argumento puede justificar la negativa de la emplazada a entregar la información requerida.

FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar fundado el hábeas data
2. Ordenar que la Superintendencia de Banca y Seguros proporcione a Nuevo Mundo Holding S.A. la documentación requerida, para lo cual, en ejecución de sentencia, el juez de primera instancia deberá obrar conforme a los fundamentos 15 y 16 de esta sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**AGUIRRE ROCA
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA**

Exp. N° 1593-2003-HC/TC [Proceso de Hábeas Corpus promovido por Dionisio Llajaruna Sare. Sobre los beneficios penitenciarios y la libertad personal].

Fecha de Resolución: 30 de enero de 2004

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 30 de enero de 2004

Resumen: El objeto de la demanda en este proceso constitucional fue que se ordene el otorgamiento del beneficio penitenciario de libertad condicional dado que según el recurrente, al declararse improcedente su pedido se aplicó una ley que no se encontraba vigente al momento de cometerse el delito, por lo que consideró que se estaba lesionando su derecho constitucional a la libertad individual.

Vemos, que fueron temas de análisis por parte del Tribunal al expedir la sentencia de autos la determinación de la ley aplicable en el tiempo para resolver una solicitud de acogimiento a cierta clase de beneficios penitenciarios, como son la semilibertad y libertad condicional; además de la naturaleza de los beneficios penitenciarios y su relación con la libertad individual.

Así, expresó que las disposiciones que establecen los supuestos para conceder un beneficio penitenciario, como la liberación condicional y la semilibertad, no son normas materialmente penales, sino normas materialmente procesales o procedimentales. Que, se trata, en efecto, de normas que establecen los presupuestos para iniciar un procedimiento (artículos 50° y 55° del Código de Ejecución Penal) destinado a crear certeza en el juez penal de que el tiempo de prisión efectiva y el tratamiento penal efectuado, permiten concluir que el interno está apto para reincorporarse a la sociedad, pues fue reeducado y rehabilitado durante el tiempo que sufrió la condena. En ese sentido, señaló, que el problema de la ley aplicable en el tiempo ha de resolverse, *prima facie*, a la luz del principio de eficacia inmediata de las leyes, con las modulaciones que éste pueda tener como consecuencia del contenido constitucionalmente protegido del derecho "a no ser sometido a un procedimiento distinto de los previamente establecidos", al que se refiere el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución.

Entonces, una cuestión en debate en la presente causa fue determinar el momento que establece la legislación aplicable para resolver un determinado acto procedimental, como el que acontece con el de los beneficios penitenciarios. El Tribunal Constitucional consideró que es la fecha en la cual se inicia el procedimiento destinado a obtener el beneficio de semilibertad o liberación condicional, esto es, conforme se desprende de los artículos 50° y 55° del Código de Ejecución Penal, respectivamente, la fecha en la que se presenta la solicitud para acogerse a los beneficiarios. De modo que, cualquier modificación que se realice a las condiciones para acogerse a un beneficio penitenciario no podrá ser aplicable al caso concreto del solicitante, a no ser que la nueva ley, como dispone el artículo VII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, sea más favorable al interno. En este sentido, sin dejar de considerar que la ley aplicable es la vigente al momento de presentarse la solicitud de acogimiento a los beneficios penitenciarios, con el artículo VII del T.P. del C.E.P se determina que una nueva ley puede ser aplicable retroactivamente en aquellos casos en los que, a pesar de que la solicitud se presentó durante la vigencia de una ley anterior, la nueva ley establece condiciones más favorables para acceder a los beneficios penitenciarios.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional precisó que el otorgamiento de beneficios no está circunscrito únicamente al cumplimiento de los requisitos formales que la normatividad contempla (plazo de internamiento efectivo, trabajo realizado, etc), sino que se encuentra además subordinada a la evaluación del juez, quien estimará si los fines del régimen

penitenciario (artículo 139°, inciso 22 de la Constitución) se han cumplido, de manera que corresponda reincorporar al penado a la sociedad aún antes de que no se haya cumplido con la totalidad de la condena impuesta, si es que éste ya demuestra estar reeducado y rehabilitado. Señaló, que la justificación de las penas privativas de libertad es, en definitiva, la protección de la sociedad contra el delito, por ende, el periodo de privación de libertad, debe servir para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.

En resumen, refirió el Colegiado que, lo verdaderamente trascendental al momento de resolverse una solicitud de acogimiento a un determinado beneficio penitenciario, como la liberación condicional, es la evaluación del juez y no la opinión que sobre este tema tengan las autoridades competentes del Instituto Nacional Penitenciario, la cual sólo tiene un valor indiciario. Y es que si se admitiera que lo verdaderamente predominante para la concesión es el informe favorable expedido por el INPE en torno a si se cumplieron los fines de la pena, y se redujera la labor del juez a evaluar sólo si se cumplió el plazo que la ley exige como mínimo para su otorgamiento, entonces, se desvincularía al juez de la verificación de una tarea que constitucionalmente le compete.

Respecto al caso en concreto, sí remarcó el hecho de que si bien la resolución que deniega el beneficio penitenciario no constituye una violación del derecho a la libertad individual, sí podría configurarse una violación del derecho constitucional a la motivación de las resoluciones judiciales, susceptible de protección mediante un proceso constitucional distinto al hábeas corpus. Y es que la denegación de tales solicitudes de libertad no puede o debe ser resuelta de manera caprichosa o arbitraria por los jueces competentes, sino de manera especialmente fundamentada precisándose los argumentos fácticos y jurídicos en los cuales se sustenta en virtud del inciso 5) del artículo 139° de la Constitución.

En el caso de autos, el recurrente señaló que su solicitud de acogimiento a un beneficio penitenciario se había resuelto aplicando una ley que temporalmente no era la aplicable. Sobre el particular, el Tribunal advirtió de autos que dicha solicitud se había presentado antes que entrara en vigencia el Decreto Legislativo N° 927, es decir, durante la vigencia del artículo 19° del Decreto Ley N° 25475, que prohíbe la concesión de beneficios penitenciarios a los internos condenados por el delito de terrorismo.

Temas Claves: Beneficios penitenciarios - derecho a la motivación de resoluciones - libertad condicional - libertad personal - principio de irretroactividad de la ley - principio *tempus delicti comissi* - principio *tempus regit actum*.

EXP. N.º 1593-2003-HC/TC

TRUJILLO

DIONICIO LLAJARUNA SARE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Callao, a los 30 días del mes de enero de 2004, reunido el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Dionicio Llajaruna Sare contra la sentencia de la Cuarta Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de fojas 75, su fecha 5 de mayo de 2003, que declaró infundada la

acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 7 de abril de 2003, el recurrente interpone acción de hábeas corpus contra los magistrados de la Primera Sala Penal de Trujillo, por considerar que con la expedición de la resolución de fecha 28 de febrero de 2003, que declaró improcedente el beneficio de liberación condicional, se viola su derecho a la libertad individual. Alega que fue condenado por hechos que sucedieron entre 1989 y 1990, cuando no se encontraba vigente la Ley N.º 25475, sino la Ley N.º 25031 que, a su vez, modificó la Ley N.º 24700. Refiere que si bien el artículo 5° de la Ley N.º 24651 estableció que los sentenciados por terrorismo no tenían derecho a los beneficios penitenciarios, en la actualidad esta norma no está vigente, ni ninguna otra, dado que los Decretos Legislativos N.ºs 895 y 896 fueron declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.

Realizada la investigación sumaria, con fecha 8 de abril de 2003 el Juez del Segundo Juzgado Especializado en lo Penal de Trujillo declara infundado el hábeas corpus, por considerar que cuando el accionante cometió el delito se encontraba vigente la Ley N.º 24651, que prohibía la concesión de los beneficios penitenciarios, por lo que es de aplicación, en su caso, el Decreto Legislativo N.º 927, que establece dichos beneficios para quienes hubieran cumplido efectivamente las tres cuartas partes de la pena impuesta.

La recurrida confirma la apelada, por estimar que el recurrente no ha cumplido el requisito de haber cumplido los tres cuartos de la pena, exigido por el Decreto Legislativo N.º 927.

FUNDAMENTOS

§1. Petitorio

1. El objeto de la demanda es que se ordene que los emplazados otorguen el beneficio penitenciario de libertad condicional pues, al declarárselo improcedente, aplicaron una ley que no se encontraba vigente al momento de cometerse el delito, aduciendo que se lesiona su derecho constitucional a la libertad individual.

2. A juicio del recurrente, "(...) en el tiempo debe aplicarse la ley ultraactiva más benigna para resolver la petición del beneficio de liberación condicional planteada por el interno (...), por cuanto si una nueva ley resulta más gravosa o restrictiva para los derechos del procesado o condenado, el juzgador debe decidirse por la más benigna, es decir, por aquella que no importe una restricción más severa o penosa de su libertad individual (...)" (fs. 100).

A su vez, cuando interpuso el recurso extraordinario, y frente a lo expresado por la recurrida, de que actualmente se encuentra en vigencia el Decreto Legislativo N.º 927 [que contiene una prohibición semejante a la que en su momento establecía la Ley N.º 25031, que remitía a su vez a la Ley N.º 24651, vigente cuando se cometió el delito], el recurrente sostuvo que cuando solicitó la concesión del beneficio penitenciario de la libertad condicional, no se encontraba vigente ninguna disposición legal, pues ésta se presentó antes de que se expidiera el Decreto Legislativo N.º 927, y con posterioridad a la publicación de la sentencia dictada por este Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 0010-2002-AI/TC.

3. Diversos, pues, son los temas que se plantean en la demanda, pero también en los agravios expresados en el recurso extraordinario. A saber, la determinación de la ley aplicable en el tiempo para resolver una solicitud de acogimiento a cierta clase de beneficios penitenciarios (semilibertad y libertad condicional), la naturaleza de los beneficios penitenciarios y su relación con la libertad individual. Cada uno de estos aspectos será analizado, en lo que sigue, por este Tribunal Constitucional.

§2. Naturaleza de las normas del Derecho Penitenciario y la necesidad de considerar la materia que cada una de ellas regula

4. Si hay una cuestión que es relativamente pacífica en la doctrina y la jurisprudencia comparada es aquella

de que los criterios para resolver el problema de la ley aplicable en el tiempo están condicionados, en el sistema penal, a la verificación previa de si tal disposición es una que forma parte del derecho penal material o, en su defecto, del derecho procesal penal [Claus Roxin, *Derecho Penal*, T. 1, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 164]. En nuestro ordenamiento, tratándose de una disposición que forma parte del derecho penal material, la ley aplicable es la vigente al momento de cometerse el delito. Así se desprende del ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución, a tenor del cual: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley".

Rige, pues, el principio *tempus delicti commissi*, y está prohibido, conforme se enuncia en el artículo 103º de la misma Constitución, la aplicación retroactiva de las leyes, "salvo en materia penal cuando favorece al reo". Ese ha sido el criterio expuesto por este Tribunal en la STC N.º 1300-2002-HC/TC: "Nuestro ordenamiento prohíbe la aplicación retroactiva de las normas. Como excepción a la regla se permite la aplicación retroactiva en materia penal, cuando favorece al reo (...). Esta excepción es aplicable a las normas del derecho penal material, por ejemplo, en caso de que, posteriormente a la comisión del delito, entre en vigencia una norma que establezca una pena más leve. El artículo 6 del Código Penal prescribe que se aplicará la norma vigente al momento de la comisión del delito y, en caso de conflicto de normas penales en el tiempo, se aplicará la más favorable" [Fund. Jur. N.º 8].

5. A diferencia de lo que ocurre en el derecho penal material, la doctrina coincide en que en el derecho procesal penal la regla es distinta. "El ámbito de vigencia temporal de la ley penal se precisa a través de la prohibición de la retroactividad. La penalidad tiene que estar expresamente determinada, antes que el hecho sea cometido. La retroactividad de la ley penal hace referencia a la penalidad, a los fundamentos de la penalidad. La prohibición de la retroactividad tiene que ver con todos los presupuestos materiales de la pena, pero no con las normas procesales (...)" [Harro, Otto, *Grundkur Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter Berlin-New York, 2000, pág. 18-19; en similares términos, J. Wessels y W. Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, págs. 18-19].

Ese también ha sido el criterio sostenido por este Tribunal en la STC N.º 1300-2002-HC/TC. Respecto a la aplicación de normas en el tiempo, se precisó que "la regla general es su aplicación inmediata. Determinados hechos, relaciones o situaciones jurídicas existentes, se regulan por la norma vigente durante su verificación" [Fun. Jur. N.º 7], pues "(...) el proceso se desarrolla de acuerdo a las normas vigentes durante el mismo. Está prohibida la aplicación retroactiva de normas no sólo por estar prohibida constitucionalmente, sino porque debido a la naturaleza del proceso, como sucesión de actos, se debe aplicar la norma vigente al momento en que éstos se producen". [Fund. Jur. N.º 9].

6. Ahora bien, si el problema se aborda aplicando los criterios del derecho penal material [Cf. STC N.º 0804-2002-HC/TC], tendría que admitirse que la ley aplicable sería la ley vigente al momento de cometerse el delito. Sin embargo, una construcción de esa naturaleza adolece de un problema. Como antes se ha destacado [Fund. Jur. N.º 4], el principio *tempus delicti commissi* sólo es aplicable para el derecho penal material, que ciertamente no comprende a un tema como los beneficios penitenciarios, que es una materia propia del Derecho Penitenciario [Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, pág. 24].

El Tribunal Constitucional estima, además, que para la solicitud de los beneficios penitenciarios de liberación condicional y semilibertad tampoco es aplicable el inciso 11) del artículo 139º de la Constitución, según el cual uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional, es "La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales".

En primer lugar, el recurrente, que solicita acogerse a la liberación condicional, no tiene la condición de "procesado", sino la de "condenado", por virtud de una sentencia judicial firme en su contra.

En segundo lugar, pese a que existe un nexo entre la ley penal [que califica la conducta antijurídica y establece la pena], y la ley penitenciaria [que regula las condiciones en las que se ejecutará la pena impuesta], esta última no tiene la naturaleza de una "ley penal", cuya duda sobre sus alcances o eventual colisión con otras leyes, imponga al juzgador la aplicación de la ley más favorable.

7. Si, por el contrario, el mismo problema de aplicación de la ley para resolver una solicitud de otorgamiento del beneficio penitenciario, se resolviese conforme a las reglas del derecho procesal penal y, en ese sentido, se determinase que es la ley vigente al momento de presentarse la solicitud promovida por el recurrente, podría interpretarse que el Tribunal Constitucional desconoce que, en rigor, el tema de las condiciones en las que se ejecuta la pena, tampoco es un tema del derecho procesal penal, sino, una vez más, del Derecho Penitenciario [Josep-Maria Tamarit Sumalla et alt, *Curso de Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001, pág. 47 y sgtes.].

O, aún más, podría generarse una situación en la que, para resolver una controversia como la de autos, el Tribunal tenga que mediar en una polémica que en última instancia se deriva del reconocimiento o no de la autonomía científica del derecho penitenciario; y para lo cual, desde luego, este Colegiado no fue creado.

Y es que el Tribunal Constitucional no es una instancia donde se resuelvan las polémicas existentes en la academia o en el foro, sino un órgano que, en el seno de los procesos constitucionales, como el hábeas corpus, tiene que pronunciarse sobre si un acto vulnera o no un derecho constitucional. Le corresponde esclarecer la duda sobre la legitimidad constitucional de un determinado acto al cual se reputa agravio a un derecho reconocido en la Constitución. Tarea, que, desde luego, tampoco puede realizarse ignorando a la doctrina autorizada, pues el Derecho -

cualquiera sea la disciplina de la que se trate-, no es una ciencia cuya creación la realice, *ex novo*, este Tribunal.

8. Desde esa perspectiva, y al subrayar que en la doctrina especializada existe un debate inconcluso sobre el carácter de las disposiciones del denominado derecho penitenciario, es decir, si pertenecen al derecho penal material o al derecho procesal penal, o que en él existen, simultáneamente, normas de una y otra disciplina [Luis Gracia Martín (Coordinador), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 285], el Tribunal considera que el problema no debe resolverse en abstracto, sino teniendo en consideración la norma en concreto de cuya aplicación se trata. Y es que como afirma Maurach [*Derecho Penal. Parte General*, T. 1, 1994, pág. 198], "(...) La cuestión acerca de cuándo nos encontramos frente al derecho material y cuándo frente al derecho procesal no debe ser resuelta conforme a la, muchas veces, arbitraria acumulación de materias en las leyes, sino según su sustancia".

Desde esta perspectiva, este Tribunal estima que no son de aplicación retroactiva las disposiciones que tienen carácter sancionador, como, por ejemplo, las que tipifican infracciones, establecen sanciones o presupuestos para su imposición, o las restrictivas o limitativas de derechos. La aplicación de la norma vigente al momento de la comisión del hecho delictivo constituye, en efecto, una consecuencia del principio de legalidad penal, en su variante de *lex praevia*. La exigencia de ley previa constituye una garantía emergente de la propia cláusula del Estado de Derecho (art. 43º de la Constitución), que permite al ciudadano conocer el contenido de la prohibición y las consecuencias jurídicas de sus actos.

En cambio, tratándose de disposiciones de carácter procesal, ya sea en el plano jurisdiccional o netamente administrativo-penitenciario, el criterio a regir, *prima facie* y con las especificaciones que más adelante se detallarán, es el de la eficacia inmediata de la ley procesal.

§3. Ley aplicable y beneficios penitenciarios

9. Sobre el particular, en la STC N.º 2196-2002-HC/TC, el Tribunal ha sostenido que: "En el caso de las normas de ejecución penal, específicamente en lo que a la aplicación de determinados beneficios penitenciarios se refiere, resulta ejemplar la Ley N.º 27770 (que regula el otorgamiento de beneficios penales y penitenciarios a aquellos que cometen delitos graves contra la administración pública), que, a juicio de este Tribunal, por no tratarse de una ley penal material, sus disposiciones deben considerarse como normas procedimentales, por cuanto a través de ellas se establecen los presupuestos que fijan su ámbito de aplicación, la prohibición de beneficios penales y la recepción de beneficios penitenciarios aplicables a los condenados.

En suma, el problema de la ley aplicable en el tiempo en normas como la Ley N.º 27770 ha de resolverse bajo los alcances del principio *tempus regis actum*, pero morigerado por la garantía normativa que proscribe el sometimiento a un procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley, proclamado en el inciso

3) del artículo 139° de la Constitución, que vela porque la norma con la que se inició un determinado procedimiento no sea alterada o modificada con posterioridad por otra, de manera que cualquier modificación realizada con posterioridad al inicio de un procedimiento, como la de solicitar un beneficio penitenciario, no debe aplicarse" (Fund. Jur. Nos. 9 y 10).

§3.1. Alcances del artículo VIII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal

10. Antes de proseguir con el análisis del tema, conviene precisar los eventuales alcances que sobre el tema en cuestión pueda tener el artículo VIII del Código de Ejecución Penal, que dispone que: "La retroactividad y la interpretación de este Código se resuelven en lo más favorable al interno".

Dicha disposición, tomando en cuenta que la ley aplicable es la vigente al momento de presentarse, por ejemplo, la solicitud de acogimiento a los beneficios penitenciarios, determina que una nueva ley pueda ser aplicable retroactivamente en aquellos casos en los que, a pesar de que la solicitud se presentó durante la vigencia de una ley anterior, la nueva ley establece condiciones más favorables para acceder a los beneficios penitenciarios.

De manera que si, *prima facie*, tal solicitud debe resolverse conforme a la ley vigente al momento de presentarse tal petición, se aplicará la nueva ley, siempre que ésta regule tal materia de manera más favorable a las expectativas del interno.

En la dilucidación de la controversia que ahora nos ocupa, por cierto, no entra en juego la segunda parte del referido artículo VIII del Código de Ejecución Penal, esto es, el mandato de que el juzgador deberá interpretar las disposiciones de dicho Código de Ejecución de la manera más favorable al interno. En este último caso, en efecto, ya no se está frente a un supuesto de dos o más leyes que pugnan por ser aplicadas para resolver una determinada materia, sino frente a una sola disposición cuyo sentido prescriptivo admite diversas formas de comprensión. En tal supuesto, como dispone el artículo VIII del Código de Ejecución Penal, el operador jurídico ha de aplicar dicha disposición en el sentido interpretativo que sea más favorable al interno.

§3.2. Eficacia inmediata de la ley que regula las condiciones para acogerse a los beneficios penitenciarios y derecho al procedimiento preestablecido en la ley

11. Ahora bien, si las disposiciones que establecen los supuestos para conceder un beneficio penitenciario, como la liberación condicional y la semilibertad, no son normas materialmente penales, éstas deben considerarse, a los efectos de determinar la ley aplicable en el tiempo, como normas materialmente procesales o procedimentales, como se ha dicho.

Se trata, en efecto, de normas que establecen los presupuestos para iniciar un procedimiento (artículos 50° y 55° del Código de Ejecución Penal) destinado a crear certeza en el juez penal de que el tiempo de prisión efectiva y el tratamiento penal efectuado, permiten

concluir que el interno está apto para reincorporarse a la sociedad, pues fue reeducado y rehabilitado durante el tiempo que sufrió la condena.

En ese sentido, el problema de la ley aplicable en el tiempo ha de resolverse, *prima facie*, a la luz del principio de eficacia inmediata de las leyes, con las modulaciones que éste pueda tener como consecuencia del contenido constitucionalmente protegido del derecho "a no ser sometido a un procedimiento distinto de los previamente establecidos", al que se refiere el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución.

12. Sobre el particular, en la STC N.° 2928-2002-AA/TC, este Colegio destacó que el derecho al procedimiento establecido en la ley no garantiza que se respeten todas y cada una de las disposiciones legales que regulan el procedimiento, sea éste administrativo o jurisdiccional, sino que las normas con las que se inició un determinado procedimiento, "no sean alteradas o modificadas con posterioridad" por otra. De esta manera, iniciado un procedimiento determinado, cualquier modificación realizada a la norma que lo regulaba, no debe ser la inmediatamente aplicable al caso, pues el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución garantiza que "nadie puede ser sometido a un procedimiento distinto de los previamente establecidos".

Por lo tanto, la cuestión ahora en debate es: ¿cuál ha de ser el momento que establezca la legislación aplicable para resolver un determinado acto procedimental, como el que acontece, con el de los beneficios penitenciarios aquí abordados? El Tribunal Constitucional considera que ese *dies a quo* es la fecha en la cual se inicia el procedimiento destinado a obtener el beneficio de semilibertad o liberación condicional, esto es, conforme se desprende de los artículos 50° y 55° del Código de Ejecución Penal, respectivamente, la fecha en la que se presenta la solicitud para acogerse a los beneficiarios.

Desde ese momento, cualquier modificación que se realice a las condiciones para acogerse a un beneficio penitenciario no podrá ser aplicable al caso concreto del solicitante, a no ser que la nueva ley, como dispone el artículo VII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, sea más favorable al interno [Cf. Supra, Fun. Jur. N.° 12].

§4. Los criterios de aplicación de la Ley N.° 27770

13. Por todo lo expuesto, tratándose de cualquier norma que regule el tema de las condiciones para acogerse a un beneficio penitenciario de liberación condicional y semilibertad, como sucede también con el regulado por la Ley N.° 27770, su aplicación se efectúa de manera inmediata a todas aquellas solicitudes presentadas desde que ella entró en vigencia, con independencia de la ley que sobre la misma materia se encontraba vigente cuando se cometió el delito o la que estuvo vigente cuando se dictó la sentencia condenatoria.

Si, una vez presentada la solicitud, se realizase una modificación de leyes, cuyo sentido fuera prever un tratamiento diferente, esas solicitudes deberán ser resueltas conforme a la Ley N.° 27770, que se encontraba vigente al momento de presentarse la petición ante el

juez, pues la eventual aplicación de la nueva ley para resolver esa misma solicitud, sólo sería a condición de que esta última fuese más favorable al interno (Art. VIII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal).

§5. Necesaria evaluación judicial de las condiciones para conceder los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional

14. No obstante el Tribunal Constitucional considera oportuno precisar que el otorgamiento de beneficios no está circunscrito únicamente al cumplimiento de los requisitos que el legislador pudiera haber establecido como parte de ese proceso de ejecución de la condena.

La determinación de si corresponde o no otorgar a un interno un determinado beneficio penitenciario, en realidad, no debe ni puede reducirse a verificar si aquél cumplió o no con los supuestos formales que la normatividad contempla (plazo de internamiento efectivo, trabajo realizado, etc).

Dado que el interno se encuentra privado de su libertad personal por virtud de una sentencia condenatoria firme, la concesión de beneficios esta subordinada a la evaluación del juez, quien estimará si los fines del régimen penitenciario [inciso 22) del artículo 139° de la Constitución] se han cumplido, de manera que corresponda reincorporar al penado a la sociedad aún antes de que no se haya cumplido con la totalidad de la condena impuesta, si es que éste ya demuestra estar reeducado y rehabilitado.

15. En el Fundamento N.º 151 y siguientes. de la STC N.º 0010-2002-AI/TC, el Tribunal señaló que "En el Estado Democrático de Derecho, el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, lo cual, conforme a nuestra Constitución Política, artículo 139°, inciso 22), constituye uno de los principios del régimen penitenciario, que, a su vez, es congruente con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados".

[Dicha disposición constitucional](...), no por su condición de principio, carece de eficacia, ya que comporta un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea en el momento de regular las condiciones cómo se ejecutarán las penas o en el momento de establecer el *cuántum* de ellas.

Dentro de las condiciones cómo se ejecutará la pena, se encuentra, desde luego, la posibilidad de que el legislador autorice la concesión de determinados beneficios penitenciarios, pues ello es compatible con los conceptos de reeducación y rehabilitación del penado. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que estos principios suponen, intrínsecamente, la posibilidad de que el legislador pueda autorizar que los penados, antes de la culminación de las penas que les fueron impuestas, puedan recobrar su libertad si los propósitos de la pena hubieran sido atendidos. La justificación de las penas

privativas de libertad es, en definitiva, la protección de la sociedad contra el delito. Ello sólo puede tener sentido, "si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo".

16. En efecto, si mediante los beneficios penitenciarios, como la libertad condicional o la semilibertad, se autoriza legalmente que la pena impuesta por un juez pueda eventualmente suspenderse antes de su total ejecución, tal autorización está condicionada a que los fines de la pena, a los que se refiere el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución, se hayan cumplido. "Los beneficios penitenciarios tienen su razón de ser en los principios constitucionales de los fines de la pena (...), es decir, en la reeducación y en la inserción social: la prevención especial y el tratamiento y en los factores positivos en la evolución de la personalidad del recluso para individualizar la condena impuesta, haciendo así una aplicación del principio de sentencia indeterminada y ofreciendo al penado estímulos gratificantes para lograr su adhesión a esos modos de comportamiento que puedan valorarse como indiciarios de esa evolución positiva, cumpliendo las prescripciones de un programa de tratamiento individualizado" [Ignacio Berdugo Gómez y Laura Zúñiga Rodríguez, *Manual de Derecho Penitenciario*, Editorial Colez-Universidad de Salamanca, Madrid, 2001, pág. 377-378].

De modo que la concesión de un determinado beneficio penitenciario, como la libertad condicional o la semilibertad a favor de un interno, está condicionada a una evaluación judicial previa, consistente en analizar que el tratamiento penal brindado al condenado durante la ejecución de la pena, permita prever que éste está apto para ser reincorporado a la sociedad, precisamente por haber dado muestras, evidentes y razonables, de haberse reeducado y rehabilitado.

Ese es el criterio que se desprende de diversas disposiciones del Código de Ejecución Penal. Así, por ejemplo, su artículo 50°, *in fine*, establece que "El beneficio será concedido en los casos que la naturaleza del delito cometido, la personalidad del agente y su conducta dentro del establecimiento, permitan suponer que no cometerá nuevo delito...".

Del mismo modo, el artículo 55° del mismo cuerpo de leyes, precisa que: "La liberación condicional se concede por el Juzgado que conoció el proceso. Recibida la solicitud de otorgamiento del beneficio de liberación condicional, que debe estar acompañada de los documentos originales que acrediten el cumplimiento de los requisitos, el Juez la pone en conocimiento del Fiscal correspondiente, quien emite dictamen pronunciándose por su procedencia o denegatoria, en el plazo improrrogable de cinco días. Recibido el dictamen fiscal, el Juez resuelve dentro del término de diez días en Audiencia, que se realiza con la presencia del solicitante, el Fiscal y el Juez. En dicha diligencia se dará lectura a las piezas más importantes del expediente de petición. El Fiscal fundamentará oralmente las razones por las que conviene o rechaza la

petición de concesión del beneficio, luego hará uso de la palabra el Abogado Defensor, lo que constará en el Acta de la Audiencia. El beneficio será concedido en los casos que la naturaleza del delito cometido, la personalidad del agente y su conducta dentro del establecimiento, permitan suponer, que no cometerá nuevo delito. Contra la resolución procede recurso de apelación, en el plazo de tres días".

El mismo criterio ha sido establecido por este Tribunal en la STC N.º 1607-2003-HC/TC, en la cual sostuvo que "Conforme al artículo 139º, inciso 22), de la Constitución, el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Es por ello que en nuestro ordenamiento jurídico cuentan con cobertura beneficios, tales como la liberación condicional, que permiten al penado egresar del establecimiento penitenciario antes de haber cumplido la totalidad de la pena, siempre que se haya logrado su rehabilitación". De ahí que "(...) En atención a dicho fin preventivo de la pena que legitima el beneficio de liberación condicional, su concesión deberá requerir de parte del juzgador, además de una verificación del cumplimiento de los requisitos legales, de una actividad valorativa que determine si el tratamiento penitenciario ha logrado su cometido. Por ello que el artículo 55º del Código de Ejecución Penal señala que el beneficio de liberación condicional "[...] será concedido en los casos en que la naturaleza del delito cometido, la personalidad del agente y su conducta dentro del establecimiento, permitan suponer que no cometerá nuevo delito".}

17. En resumen, lo verdaderamente trascendental al momento de resolver una solicitud de acogimiento a un determinado beneficio penitenciario, como la liberación condicional, es la evaluación del juez, y no la opinión que sobre este tema tengan las autoridades competentes del Instituto Nacional Penitenciario, la cual sólo tiene un valor indicario. Y es que si se admitiera que lo verdaderamente predominante para la concesión es el informe favorable expedido por el INPE en torno a si se cumplieron los fines de la pena, y se redujera la labor del juez a evaluar sólo si se cumplió el plazo que la ley exige como mínimo para su otorgamiento, entonces, se desvincularía al juez de la verificación de una tarea que constitucionalmente le compete.

§6. Hábeas corpus y los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional

18. Ahora bien, que los beneficios penitenciarios constituyan derechos subjetivos expectativos previstos en la ley, no quiere decir que ellos tengan naturaleza constitucional o, acaso, que se encuentren constitucionalmente garantizados en virtud del derecho a la libertad individual.

Como antes se ha expuesto, desde que se expide la sentencia condenatoria, el sentenciado se encuentra temporalmente restringido en el ejercicio libre de su libertad locomotora. Tal restricción constitucionalmente ha de prolongarse hasta que se cumpla con la totalidad de la pena impuesta, de manera que una evaluación judicial que considere que el interno no se encuentra apto para ser reincorporado a la sociedad, antes de que

venza la pena, a través de la concesión de un beneficio penitenciario, no puede considerarse como una violación de dicha libertad individual.

19. Ello no quiere decir que la denegación de tales solicitudes de libertad puedan o deban ser resueltas de manera caprichosa o arbitraria por los jueces competentes. No se puede olvidar, sobre el particular, que la resolución que la concede o deniega debe atenerse escrupulosamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho reconocido en el inciso 5) del artículo 139º de la Constitución; es decir, que deberá resolverse de manera especialmente fundamentada, precisándose los argumentos fácticos y jurídicos en los cuales se sustenta.

Resulta claro que, inexistente o manifiestamente arbitraria dicha que sea fundamentación [Cf. STC 0806-2003-HC/TC], la resolución que deniega el beneficio penitenciario no constituye una violación del derecho a la libertad individual, sino, concretamente, del derecho constitucional a la motivación de las resoluciones judiciales, susceptible de protección mediante un proceso constitucional distinto al hábeas corpus. Y es que si se encuentra restringida temporalmente la libertad locomotora del sentenciado en virtud de una sentencia condenatoria firme, la denegación de tales beneficios penitenciarios no altera tal restricción.

20. En el caso de autos, el recurrente señala que su solicitud de acogimiento a un beneficio penitenciario se ha resuelto aplicando una ley que temporalmente no era la aplicable. Sobre el particular, y sin perjuicio de lo indicado en los fundamentos precedentes, debe precisarse que si bien en autos no se ha adjuntado tal solicitud, a fin de corroborar la fecha en la que ésta se presentó y determinar qué ley era la aplicable, es posible deducir, conforme se aprecia de los documentos obrantes de fojas 1 a 13, que ésta se presentó antes de que entrara en vigencia el Decreto Legislativo N.º 927, es decir, durante la vigencia del artículo 19º del Decreto Ley N.º 25475, que prohíbe la concesión de beneficios penitenciarios a los internos condenados por el delito de terrorismo.

FALLO

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

Ha resuelto

1. Declarar infundado el hábeas corpus.
2. Remitir copia autenticada de esta sentencia al Poder Judicial, al Ministerio Público y al Consejo Nacional de la Magistratura.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REY TERRY
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA**

Exp. N° 2579-2003-HD/TC [Proceso de Hábeas Data promovido por Julia Arellano Serquén. Se desarrolla la figura del estado de cosas inconstitucional y se establece el derecho de acceso de los magistrados a los videos de la entrevista personal y al acta de evaluación en el proceso de ratificación].

Fecha de Resolución: 06 de abril de 2004

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 16 de abril de 2004

Resumen: En el presente caso la recurrente alegó que no se le había proporcionado la información requerida respecto del proceso de ratificación al que fue sometida, tales como la copia del informe sobre su conducta e idoneidad en el cargo que venía ejerciendo, así como la copia de su entrevista personal y del acta del Pleno del CNM que contiene la decisión de no ratificarla en el cargo.

Sobre el derecho de acceso a la información pública, el Tribunal ya ha precisado en el fundamento jurídico 10 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1797-2002-HD las dimensiones individual y colectiva de este derecho; garantizándose, en el primer caso, que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas; mientras que, en el segundo caso, la información sobre la manera como se maneja la res pública termina convirtiéndose en un auténtico bien público o colectivo, que ha de estar al alcance de cualquier individuo.

Así, el Colegiado concluyó en la presente causa que la dimensión del derecho de acceso a la información pública alegada como lesionada era aquella a la que ha calificado como "individual". Por ello, precisó que los actos realizados por la emplazada, y las disposiciones sobre las cuales ha sustentado su negativa de proporcionar los documentos solicitados, tendrían que evaluarse con el test de razonabilidad y el de proporcionalidad, y no bajo las reglas del test judicial estricto el cual es aplicable a los actos y normas que inciden sobre un derecho que tiene la condición de libertad preferida.

A juicio del Tribunal, entre las disposiciones invocadas por el CNM para no entregar la información requerida la que aparentemente limita el ejercicio del derecho de acceso a la información pública es el artículo 43° de la LOCNM, que establece "es prohibido expedir certificaciones o informaciones de cualquier género a particulares o autoridades respecto a los datos contenidos en el registro; a excepción de lo dispuesto en el artículo 96° de la Constitución o de mandato judicial".

Así, el colegiado expresó que las informaciones que se encuentran en el registro que menciona el artículo 42° de la LOCNM constituyen "información pública", pues sobre la base de ellas el CNM, además de otros criterios, adopta una decisión tan delicada como nombrar, ratificar o destituir magistrados del Poder Judicial. Sin embargo, precisó que el propósito del artículo 43° de la LOCNM no es tanto negar el carácter de "información pública" a la información que se mantiene en el "registro", sino, esencialmente, disponer su confidencialidad, esto es, restringir el ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

Al respecto, señaló que no es constitucionalmente tolerable que una declaración de confidencialidad se legitime por el sólo hecho de ampararse en la ley. Los derechos constitucionales, como lo eran en el Estado legal de derecho, no valen en el ámbito de las leyes, sino a la inversa: las leyes valen en el ámbito de los derechos fundamentales [Herber Krüger]; de manera que si a través de una ley se limita el ejercicio de un derecho fundamental,

tal restricción necesariamente debe sustentarse en un fin constitucionalmente valioso, además de presentarse como una medida estrictamente necesaria y adecuada para conseguir lo que se persigue alcanzar.

En este sentido, señaló que entre las probables razones que habría servido al legislador para restringir el ejercicio de tal derecho en los términos mencionados, está el preservar el derecho a la intimidad, personal y familiar del sometido a un proceso de ratificación. Pero, tal restricción ha de entenderse sobre "los particulares o a autoridades" distintos del titular de los datos, no pudiéndose realizar una interpretación extensiva del concepto "particulares", utilizado por el artículo 43° de la LOCNM y comprender dentro de él al sometido al proceso de ratificación.

En ese contexto, el Tribunal Constitucional consideró que era arbitrario que la demandada haya denegado a la recurrente la copia de la entrevista personal a la que fue sometida en el proceso de ratificación. En primer lugar, porque es notorio que tal entrevista fue de carácter público, y si fue así, no habría razón alguna para que después ésta sea considerada como "confidencial"; en segundo lugar porque, tratándose de una solicitud planteada por la misma recurrente, sobre un acto a la que ella fue sometida no le era aplicable lo dispuesto por el artículo 43° de la LOCNM que como antes se señaló constituye una limitación para que terceros o autoridades, salvo las excepciones que dicha disposición prevé, puedan acceder a tal información. Asimismo, consideró que era insuficiente que la recurrida al revocar la apelada haya previsto que sólo se entregue el vídeo de la entrevista, y no el acta que sobre tal acto público se hubiese levantado, pues tratándose de información no sujeta a confidencialidad corresponde que se entre ambos.

En resumen, se consideró en la sentencia que el libre acceso a la información pública es regla general y que excepcionalmente el Estado puede reservar información en determinadas materias de su interés. Asimismo, que en el caso de la información contenida en el 'Registro de procesos de ratificación de magistrados' el legislador ha buscado preservar el derecho a la intimidad personal y familiar del sometido a un proceso de ratificación. Sin embargo, la restricción debe entenderse en cuanto a terceros y autoridades peticionantes, y no así cuando se trate de la propia persona sometida al proceso de ratificación. En ese sentido el Consejo Nacional de la Magistratura debe proporcionar la información solicitada al no ratificado, en tanto le asiste su derecho de acceso a información pública en su dimensión individual.

Por otro lado, dado que el Tribunal es competente para fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales consideró constitucionalmente exigible que se adopte la técnica del "estado de cosas inconstitucionales" que, en su momento, implementara la Corte Constitucional de Colombia a partir de la Sentencia de Unificación N° 559/1997.

Esta técnica comporta que una vez declarado el "estado de cosas inconstitucionales", se efectúe un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, *per se*, violatoria de derechos fundamentales que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración. Se trata, en suma, de extender los alcances *inter partes* de las sentencias a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas. Para que ello pueda realizarse es preciso que la violación de un derecho constitucional se derive de un único acto o de un conjunto de actos, interrelacionados entre sí, que además de lesionar el derecho constitucional de quien interviene en el proceso en el que se produce la declaración del estado de cosas inconstitucionales, vulnera o amenaza derechos de otras personas ajenas al proceso. Y, tratándose de actos individuales, esto es, que tengan por destinatarios a determinadas personas, la declaración del estado de cosas inconstitucionales se declarará si es que se sustenta en una interpretación constitucionalmente inadmisibles de una ley o una disposición reglamentaria por parte del órgano público.

De este modo, se precisó en la sentencia que si bien el CNM realizó un acto concreto de violación del derecho constitucional de la recurrente, éste se sustentó en una interpretación constitucionalmente incorrecta de una disposición legal que forma parte de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura. De ahí que, sin perjuicio de los alcances particulares del acto analizado en el presente caso, a fin de evitar que fundamentándose en igual criterio interpretativo puedan violarse derechos constitucionales de otras personas, el Tribunal Constitucional declaró que el estado de cosas que originó el hábeas data era incompatible con la Constitución.

Temas Claves: Consejo Nacional de la Magistratura - derecho a la información - doble dimensión del derecho al acceso a la información pública - estado de cosas inconstitucional - límites al derecho a la información - presunción de constitucionalidad de la ley.

**EXP. N.º 2579-2003-HD/TC
LAMBAYEQUE**

JULIA ELEYZA ARELLANO SERQUÉN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de abril de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen y Gonzales Ojeda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Julia Eleyza Arellano Serquén, Vocal Superior cesante del Poder Judicial, contra la resolución de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fojas 168, su fecha 21 de agosto de 2003, en el extremo que declaró improcedente la acción de amparo de autos respecto de la entrega de copias del informe de la comisión permanente de evaluación y ratificación.

ANTECEDENTES

Con fecha 5 de setiembre de 2002, la recurrente interpone acción de hábeas data contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), con el objeto que se le proporcione la información denegada mediante la carta notarial de fecha 5 de julio de 2002, respecto a: a) el informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación sobre la conducta e idoneidad en el cargo que ejercía la recurrente como Vocal Superior Titular del Distrito de Judicial de Lambayeque; b) la copia de la entrevista personal de la solicitante, realizada el día 31 de julio de 2001; y, c) la copia del Acta del Pleno del CNM, que contiene la decisión de su no ratificación en el cargo mencionado.

Alega que mediante Resolución N.º 159-2001-CNM, de fecha 17 de agosto de 2001, se decidió no ratificarla en el cargo que ejercía como Vocal Superior Titular del Distrito de Lambayeque, sin que se indiquen las razones ni motivos por las cuales el CNM adoptó dicha decisión.

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Consejo Nacional de la Magistratura señala que la recurrente no puede acceder a dicha información porque el artículo 28º de la Ley N.º 26397 –Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura–, no lo permite, debido a que

la norma prescribe la reserva respecto a las informaciones y deliberaciones que efectúen los miembros de dicho organismo. Agrega que la demandante no ha probado la supuesta afectación de sus derechos constitucionales protegidos por la acción de hábeas data.

El Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo, con fecha 4 de febrero de 2003, declara fundada, en parte, la demanda, ordenando que el CNM cumpla con entregar a la demandante copias del acta de la entrevista personal de fecha 31 de julio de 2001, e improcedente el otorgamiento de copias del Informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación sobre la conducta e idoneidad de la actora, y del Acta del Pleno del CNM que contiene la decisión de no ratificarla en el cargo desempeñado.

La recurrida confirma la apelada en el extremo que declara improcedente la entrega de copias del Informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación y del Acta del Pleno del Consejo; y la confirma en el extremo que declara fundada en parte la demanda; revocándola, no obstante, en la parte que dispone que el CNM cumpla con entregar a la demandante copias del acta de la entrevista personal del 31 de julio de 2001, para reformarla y disponer que la entidad antes citada entregue copias del video de la entrevista personal de la demandante.

FUNDAMENTOS

§1. Petitorio

1. La recurrente pretende que la emplazada le proporcione: a) copia del informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación sobre su conducta e idoneidad en el cargo que ejercía como Vocal Superior Titular del Distrito de Judicial de Lambayeque. b) copia de su entrevista personal, realizada el día 31 de julio de 2001; y, c) copia del Acta del Pleno del CNM, que contiene la decisión de no ratificarla en el cargo mencionado.

A su juicio, la negativa de la emplazada para entregarle la información requerida viola su derecho de acceso a la información pública, reconocido por el inciso 5) del artículo 2º de la Constitución.

§ 2. Competencia del Tribunal Constitucional

2. De conformidad con el inciso 2) del artículo 202º de la Constitución Política del Perú, el Tribunal Constitucional

es competente para conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de las acciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento.

En el caso, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque confirmó la apelada, que desestimó la petición de que se le entregue las copias a las que se refiere los ordinales "a" y "b" del fundamento anterior. Asimismo, variando la apelada, que había dispuesto que se entregue copia del acta de la entrevista personal a la que fue sometida la recurrente, ordenó que se entregue copia del video de la referida entrevista.

Respecto a este último extremo de la pretensión, la recurrente ha precisado, cuando interpuso su recurso extraordinario, que solicitó se le proporcione la "copia del acta de entrevista personal". Por tanto, el Tribunal Constitucional es competente para conocer el fondo de la controversia.

§3. Derecho de acceso a la información pública

3. A través del hábeas data se protege el derecho reconocido en el inciso 5) del artículo 2° de la Constitución. Dicho precepto constitucional dispone que "Toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional".

En la STC N.° 0950-2000-HD/TC, este Tribunal precisó que "La Constitución Política del Estado ha consagrado en estos términos el derecho fundamental de acceso a la información, cuyo contenido esencial reside en el reconocimiento de la facultad de toda persona de solicitar y recibir información de cualquier entidad pública (...) no existiendo, en tal sentido, entidad del Estado o entidad con personería jurídica de derecho público que resulte excluida de la obligación de proveer la información solicitada. Pero es además otra característica del derecho en cuestión la ausencia de expresión de causa o justificación de la razón por la que se solicita la información; este carácter descarta la necesidad de justificar la petición en la pretensión de ejercer otro derecho constitucional (v.gr. la libertad científica o la libertad de información) o en la existencia de un interés en la información solicitada, de modo tal que cualquier exigencia de esa naturaleza es simplemente inconstitucional (...)"

§4. Dimensión individual y colectiva del derecho de acceso a la información pública

4. A su vez, en el Fundamento Jurídico N.° 10 de la STC N.° 1797-2002-HD/TC, este Tribunal sostuvo que "El derecho de acceso a la información pública... se encuentra estrechamente vinculado a uno de los contenidos protegidos por la libertad de información. Y al igual de lo que sucede con esta última, debe indicarse que el derecho de acceso a la información pública tiene una doble dimensión. Por un lado, se trata de un derecho individual, en el sentido de que garantiza que nadie sea

arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas. A través de este derecho se posibilita que los individuos, aisladamente considerados, puedan trazar, de manera libre, su proyecto de vida, pero también el pleno ejercicio y disfrute de otros derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, en su dimensión individual, el derecho de acceso a la información se presenta como un presupuesto o medio para el ejercicio de otras libertades fundamentales, como puede ser la libertad de investigación, de opinión o de expresión, por mencionar alguna (...)"

5. En el Fundamento N.° 11 de la precitada sentencia, puntualizó que el derecho de acceso a la información también "(...) tiene una dimensión colectiva, ya que garantiza el derecho de todas las personas de recibir la información necesaria y oportuna, a fin de que pueda formarse una opinión pública, libre e informada, presupuesto de una sociedad auténticamente democrática (...)"

Desde este punto de vista, la información sobre la manera como se maneja la *res pública* termina convirtiéndose en un auténtico bien público o colectivo, que ha de estar al alcance de cualquier individuo, no sólo con el fin de posibilitar la plena eficacia de los principios de publicidad y transparencia de la Administración Pública, en los que se funda el régimen republicano, sino también para efectuar del mejor modo el control institucional sobre los representantes de la sociedad; y también, desde luego, para ejercer el control sobre aquellos particulares que se encuentran en la capacidad de poder inducir o determinar las conductas de otros particulares o, lo que es más grave, en una sociedad como la que nos toca vivir, su misma subordinación.

El Tribunal Constitucional destaca, por principio, que el derecho de acceso a la información pública es consustancial a un régimen democrático. (De manera que éste) "(...) no sólo constituye una concretización del principio de dignidad de la persona humana" (art. 1° de la Constitución), sino también un componente esencial de las exigencias propias de una sociedad democrática, ya que su ejercicio posibilita la formación libre y racional de la opinión pública. La democracia, se ha dicho y con razón, es por definición el "gobierno del público en público" (Norberto Bobbio).

Por ello, con carácter general, debe destacarse que la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción. Y es que si el Estado democrático de derecho presupone la división de poderes, el respeto de los derechos fundamentales y la elección periódica de los gobernantes, ciertamente éste no podría asegurarse si es que no se permitiera a las personas poder ejercer un control sobre las actividades de los representantes del pueblo. Uno de los modos posibles de cumplir dicho principio y, con ello, las demandas de una auténtica sociedad democrática, es precisamente reconociendo el derecho de los individuos de informarse sobre la actuación de los órganos estatales y sus representantes.

§5. El test judicial estricto y la protección de la dimensión colectiva del derecho de acceso a la información pública

6. Asimismo, este Colegiado ha relevado que cuando el ejercicio del derecho de acceso a la información pública está destinado a contribuir con la formación de una opinión pública, libre e informada, éste ha de considerarse como una "libertad preferida". Tal condición se ha precisado en el Fund. Jur. N.º 11 de la STC N.º 1797-2002-HD/TC: "(...) no quiere decir que al interior de la Constitución exista un orden jerárquico entre los derechos fundamentales que ella reconoce, en la cúspide del cual se encuentre o pueda encontrarse el derecho de acceso a la información u otros derechos que cuentan igualmente con idéntica condición. Y, en ese sentido, que una colisión de éste con otros derechos fundamentales [o con otros bienes constitucionalmente protegidos] se resuelva en abstracto, haciendo prevalecer al que tiene la condición de libertad preferida. Evidentemente ello no es así. Todos los derechos constitucionales tienen, formalmente, la misma jerarquía, por ser derechos *constitucionales*. De ahí que ante una colisión entre ellos, la solución del problema no consiste en hacer prevalecer unos sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica".

No obstante, tratándose de una intervención legislativa sobre una libertad preferida, esta condición impone que el control sobre las normas y actos que incidan sobre ella no sólo se sujeten a un control jurisdiccional más intenso, a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sino, además, que en ese control tenga que considerarse que tales actos o normas que sobre él inciden carecen, *prima facie*, de la presunción de constitucionalidad.

Esta presunción se traduce en exigir al Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un apremiante interés público por mantener en reserva o secreto la información pública solicitada y, a su vez, que con tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica. De modo que si el Estado no justifica dicha existencia, la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y, en esa medida, confirmarse su inconstitucionalidad; asimismo, ello implica que la carga de la prueba sobre la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado.

7. En el caso, la recurrente alega que no se le proporcionó información sobre el proceso de ratificación al que fue sometida. Así, puede colegirse que la dimensión del derecho de acceso a la información pública alegada como lesionada es la que este Tribunal ha calificado como "individual". De manera que los actos realizados por la emplazada, y las disposiciones sobre las cuales ha sustentado su negativa de proporcionar los documentos reseñados en el Fund. Jur. N.º 1 de esta sentencia, habrán de evaluarse con el test de razonabilidad y, en su caso, el de proporcionalidad, y no bajo las reglas del test judicial estricto, que como antes se ha anotado, se practica sobre actos y normas que inciden sobre un derecho que tiene la condición de libertad preferida.

§6. Disposiciones que no restringen el derecho de acceso a la información relativa con el proceso de ratificación judicial y que han servido de sustento para denegar la petición

8. Como se ha expuesto en los antecedentes de esta sentencia, el Consejo Nacional de la Magistratura sustenta su negativa a entregar la información requerida por la recurrente amparándose en la Ley N.º 26397, Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura (LOCNM), y, en particular, en lo dispuesto por sus artículos 28º ["Los consejeros deben guardar reserva respecto a las informaciones y deliberaciones que reciben y realicen con motivo de la evaluación de los candidatos"], 42º ["El Consejo lleva un registro de los resultados obtenidos en los procesos de evaluación para el nombramiento, ratificación y destitución de los Magistrados del Poder Judicial y miembros del Ministerio Público"] y, finalmente, en el 43º ["Es prohibido expedir certificaciones o informaciones de cualquier género a particulares o autoridades respecto a los datos contenidos en el registro; a excepción de lo dispuesto en el artículo 96º de la Constitución o de mandato judicial"].

9. Por tanto, a fin de absolver los términos de la controversia constitucional, es preciso dilucidar las siguientes cuestiones: a) si dichas disposiciones, en realidad, constituyen un límite al ejercicio del derecho de acceso a la información pública; b) si así lo fuera, debe analizarse con el test judicial estricto aludido, si existen intereses constitucionalmente relevantes que justifiquen la limitación del derecho de acceso a la información pública.

10. Planteado de ese modo el problema, lo primero que debe indicarse es que, a juicio del Tribunal Constitucional, de todas las disposiciones invocadas por la emplazada para negar la entrega de la información solicitada, sólo una de ellas podría entenderse, por decirlo así, como una restricción del derecho. En efecto, el sentido y la finalidad de lo regulado en los artículos 28º y 42º de la LOCNM no puede considerarse como restricciones del derecho de acceso a la información pública. Y es que en el primero de los citados dispositivos sólo se alude a un deber que, por razón del cargo, se ha impuesto a quienes tienen la condición de consejeros del CNM, concerniente a guardar reserva respecto de las información y deliberaciones que reciben y realicen con motivo de la evaluación de los candidatos a ocupar cargos en el Poder Judicial y en el Ministerio Público. Se trata de un deber que se ha impuesto, por la propia naturaleza de la función que desarrollan, a los *consejeros* del Consejo Nacional de la Magistratura, y no propiamente al órgano constitucional, que es el sujeto pasivo del derecho de acceso a la información pública.

El segundo exige al CNM la creación en su seno de un sistema de registro que contenga la información sobre los "resultados obtenidos" en materia de nombramiento, ratificación y destitución de magistrados del Poder Judicial y el Ministerio Público. Es decir, establece la obligación de organizar y mantener la información con la cual el CNM ejerce una competencia constitucional,

como es la ratificación, nombramiento y destitución de magistrados.

Ni el uno ni el otro, pues, limitan el derecho de la recurrente de acceder a la información solicitada.

§7. Los alcances del artículo 43° de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura (LOCNM)

11. A juicio del Tribunal, entre las disposiciones invocadas por el CNM para no entregar la información requerida, la que aparentemente limita el ejercicio del derecho de acceso a la información pública es el artículo 43° de la LOCNM. Dicha disposición establece que:

"Es prohibido expedir certificaciones o informaciones de cualquier género a particulares o autoridades respecto a los datos contenidos en el registro; a excepción de lo dispuesto en el artículo 96° de la Constitución o de mandato judicial".

12. Uno de los primeros sentidos interpretativos de esta norma excluye del conocimiento público la información que se pueda encontrar almacenada en el denominado "registro" [que contiene los resultados obtenidos en los procesos de evaluación para el nombramiento, ratificación y destitución de los magistrados del Poder Judicial y miembros del Ministerio Público], a no ser que ésta sea solicitada por un congresista o lo disponga un mandato judicial. Cabe, por tanto, interrogarse si acaso la información que se mantiene en el "registro" no tiene el carácter de información pública.

El segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Supremo N.° 043-2003-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, establece que "(...) se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa". El Tribunal Constitucional considera que la exigencia de que la documentación se encuentre financiada por el presupuesto público es irrazonablemente restrictiva de aquello que debe considerarse como "información pública". Lo realmente trascendental, a efectos de que pueda considerarse como "información pública", no es su financiación, sino la posesión y el uso que le imponen los órganos públicos en la adopción de decisiones administrativas, salvo, claro está, que la información haya sido declarada por ley como sujeta a reserva.

Evidentemente, las informaciones que se encuentren en el registro que menciona el artículo 42° de la LOCNM tienen esa naturaleza, es decir, constituyen "información pública", pues sobre la base de ellas el CNM, además de otros criterios, adopta una decisión tan delicada como nombrar, ratificar o destituir magistrados del Poder Judicial.

13. No obstante, conviene precisar que el propósito del artículo 43° de la LOCNM no es tanto negar el carácter de "información pública" a la información que se mantiene en el "registro", sino, esencialmente, disponer su confidencialidad, esto es, restringir el ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

El inciso 6) del artículo 17° de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, establece que "El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente: (...) 6°. Aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República".

Si así fuere, entonces, habría que analizar tal limitación bajo los alcances del test judicial estricto precisado en el Fundamento Jurídico N.° 4 de esta sentencia, es decir, "a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad", partiendo del dato a priori de que la disposición que restringe "carece, *prima facie*, de la presunción de constitucionalidad" [STC N.° 1797-2002-HD/TC].

Como antes se ha mencionado, esta presunción de inconstitucionalidad se traduce en exigir del Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un bien, principio o valor constitucionalmente relevante que justifique que se mantenga en reserva, secreto o confidencialidad la información pública solicitada y, a su vez, que sólo si se mantiene tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica. De manera que si el Estado no justifica la existencia del apremiante interés público para negar el acceso a la información, la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y confirmarse su inconstitucionalidad; y, consecuentemente, la carga de la prueba sobre la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado.

14. En la contestación de la demanda, tanto la Procuradora Pública encargada de los asuntos judiciales del CNM, como el Presidente de este órgano constitucional, han sostenido que no entregaron la información requerida por la recurrente, acatando la prohibición que establece el artículo 43° de la LOCNM: *...la información en comento, ha sostenido el primero de los emplazados nombrados, no se encuentra disponible al libre tráfico informativo; siendo así al constar el carácter confidencial de la información y que por ende no se encuentra dentro del tráfico documentario, no se justifica que sea brindada a la demandante.*

A su vez, el Presidente del CNM ha sostenido que *concordante con esta normatividad legal, el Reglamento de Evaluación y Ratificación de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público, establece que las grabaciones de las entrevistas, cuando se realicen, tendrán carácter reservado.*

Al margen de que este Colegiado más adelante analice si un acto realizado en público, como la entrevista a la que fue sometida la recurrente, pese a ello, y culminado el proceso de ratificación, pueda terminar después clasificada como confidencial, considera que ninguno de los argumentos expresados por los emplazados busca preservar fines constitucionalmente valiosos que sustenten la confidencialidad de la información.

Evidentemente, no es constitucionalmente tolerable que una declaración de confidencialidad se legitime por el sólo hecho de ampararse en la ley. Los derechos constitucionales, como lo eran en el Estado legal de

derecho, no valen en el ámbito de las leyes, sino a la inversa: las leyes valen en el ámbito de los derechos fundamentales [Herber Krüger]; de manera que si a través de una ley se limita el ejercicio de un derecho fundamental, tal restricción necesariamente debe sustentarse en un fin constitucionalmente valioso, además de presentarse como una medida estrictamente necesaria y adecuada para conseguir lo que se persigue alcanzar.

Sin embargo, la ausencia de argumentos constitucionales destinados a justificar la limitación del derecho no debe necesariamente atribuirse a los emplazados. Después de todo, el CNM sólo se ha limitado a aplicar una disposición que pertenece a su Ley Orgánica, y por cuya condición es elaborada por el Congreso de la República. Es éste, en concreto, quien debería expresar esas razones, pues es el órgano legislativo quien, en principio, está facultado para realizar una ponderación sobre los intereses comprometidos con la declaración de confidencialidad.

No obstante, dado que se trata de un proceso de hábeas data, y no de uno de inconstitucionalidad, es deber de este Tribunal, como juez de los derechos fundamentales, elucidar las probables razones que habrían servido al legislador para restringir el ejercicio del derecho en los términos que se han anotado.

15. Los fines constitucionales que el legislador habría buscado preservar esencialmente, se circunscriben, esencialmente, a los siguientes:

En primer lugar, por los sujetos a los que se dirige la restricción de acceso a la información mantenida en el registro, esto es, particulares y autoridades, su objeto es preservar el derecho a la intimidad, personal y familiar del sometido a un proceso de ratificación. Es decir, impedir que terceros y autoridades, según sea el caso, puedan acceder a determinado tipo de información privativa del sometido a proceso de ratificación. Tal supuesto además se encuentra previsto, de modo general, como uno de los criterios a tomarse en cuenta por el inciso 5) del artículo 17° de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

En el caso, dado que quien peticona la entrega de información es la propia persona sometida al proceso de ratificación, no se analizará si la restricción genérica tiene justificación constitucional. Es decir, no se dará respuesta a la siguiente interrogante: ¿todos los datos contenidos en el registro están protegidos por el derecho a la intimidad personal y familiar del sometido al proceso de ratificación?

Sí, en cambio, cabe deslindar si dentro de los sujetos a los cuales está destinada la restricción no se encuentra el titular de los datos que se mantienen en el registro. La restricción ha de entenderse, en efecto, sobre "los particulares o a autoridades" distintos del titular de los datos, no pudiéndose realizar una interpretación extensiva del concepto "particulares", utilizado por el artículo 43° de la LOCNM, y comprender, dentro de él, al sometido al proceso de ratificación.

El criterio de interpretación extensiva de una disposición que restringe el ejercicio de un derecho constitucional, como el que ahora se discute, se encuentra vedado

implícitamente por el principio general que se deriva del inciso 9) del artículo 139° de la Constitución, y está desarrollado por el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil; asimismo, está precisado, de mejor forma aún y de modo categórico, por el artículo 18° de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, a tenor del cual los límites al derecho de acceso a la información pública "deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental".

16. En ese contexto, el Tribunal Constitucional considera que es arbitrario que la demandada haya denegado a la recurrente:

a) La copia de la entrevista personal a la que fue sometida en el proceso de ratificación. Manifiestamente arbitrario, en un doble orden de razones: en primer lugar, porque es notorio que la entrevista a la que fue sometida fue de carácter de público, y si fue así, no hay razón alguna para que después ésta pueda ser considerada como "confidencial".

En segundo lugar porque, tratándose de una solicitud planteada por la misma recurrente, sobre un acto a la que ella fue sometida, no le era aplicable lo dispuesto por el artículo 43° de la LOCNM, que, como antes se señaló, constituye una limitación para que terceros o autoridades, salvo las excepciones que dicha disposición prevé, puedan acceder a tal información.

Asimismo, el Tribunal Constitucional considera insuficiente que la recurrida, al revocar la apelada, haya previsto que sólo se entregue el vídeo de la entrevista, y no el acta que sobre tal acto público se hubiese levantado. Dado que se trata de información no sujeta a confidencialidad, corresponde que se entregue ambos.

b) La copia de la parte del acta del Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura, que contiene la votación y acuerdo de no ratificación de la recurrente. La carencia de fundamento constitucional para denegar tal petición, además, es un hecho que el propio CNM ha replanteado, al modificar su posición original sobre el tema y autorizar su entrega, conforme se observa del Acuerdo N.º 514-2003, si bien respecto a una persona distinta a la recurrente.

17. Respecto de la petición de la recurrente para que también se le conceda copia del Informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación, el Tribunal Constitucional considera que, dado que el artículo 41° de la LOCNM estipula que "El Consejo Nacional de la Magistratura actúa en plenario y en comisiones", y además que dicha información se encuentra comprendida dentro del supuesto contemplado en el inciso 1) del artículo 17° de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información, el juez, en ejecución de sentencia, deberá apreciar si en el acuerdo de no ratificación de la recurrente se hace referencia al referido Informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación. Si así lo fuera, el carácter confidencial de aquel informe habrá cesado, y deberá ordenarse que se entregue a la recurrente.

§5. Estado de cosas inconstitucionales y efectos de la sentencia

18. Por su propia naturaleza, y a diferencia de lo que sucede con otra clase de remedios procesales constitucionales que tienen una marcada dimensión objetiva [como sucede con el proceso de inconstitucionalidad de las leyes y el conflicto entre órganos constitucionales], en el caso de los procesos constitucionales de la libertad (hábeas corpus, amparo y hábeas data), lo resuelto con la sentencia vincula únicamente a las partes que participan en él.

En efecto, de acuerdo con el artículo 8° de la Ley N.° 23506, la resolución final constituye cosa juzgada únicamente si es favorable al recurrente, aunque también "puede oponerse a quien pretendiera ejecutar o ejecutase igual agresión". Y, de conformidad con el artículo 9° de la misma Ley N.° 23506, las sentencias "... sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general", debiendo, en todo caso, observarse que, en concordancia con la Primera Disposición General de la LOTC, "Los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos".

Excepto el supuesto de que sobre una persona que haya obtenido una sentencia en su favor, un tercero pretenda o realice un acto similar de agravio, al que se refiere el artículo 9° de la Ley N.° 23506, lo normal es que la sentencia dictada en estos procesos sólo se pueda oponer al "vencido" en juicio. Si un tercero, en las mismas circunstancias, agravada por el mismo acto, o como consecuencia de una interpretación *contra constitutionem* de una ley o una disposición reglamentaria, quisiera acogerse a los efectos del precedente obligatorio o a la doctrina constitucional sentada por este Tribunal Constitucional, no tendrá otra opción que iniciar una acción judicial e invocar en su seno el seguimiento de aquel precedente o de la doctrina constitucional allí contenida.

Tal práctica, no prevista originalmente por el legislador, ha generado una serie de problemas en la justicia constitucional, que no han sido ajenas a este Tribunal. Ello se expresa, por un lado, en el incesante crecimiento del número de demandas destinadas a obtener similares términos de tutela y, de otro, en la consiguiente saturación y el eventual colapso de la justicia constitucional de la libertad.

Para hacerle frente, en algunas ocasiones este Colegiado ha tenido que recurrir a ciertas instituciones del derecho procesal general, como la acumulación de procesos o la reiteración de jurisprudencia. Con el primero, controversias sustancialmente análogas, han sido resueltas mediante una sola sentencia. Y mediante la segunda, el Tribunal se ha ahorrado el deber de expresar sus razones sobre cada uno de los puntos controvertidos, para simplemente expresarlas por remisión.

Sin embargo, el uso que este Tribunal ha hecho de ambas instituciones procesales ha contribuido muy escasamente a la solución de esta problemática, dado que para su

activación es preciso que el afectado en sus derechos inicie también una acción judicial.

19. El problema, sin embargo, no es estrictamente procesal o se basa en razones de eficiencia en la prestación de la justicia constitucional. El Tribunal estima que esa práctica también contrae un problema que atañe a la propia naturaleza y el carácter vinculante que tienen los derechos fundamentales sobre los órganos públicos. En diversas oportunidades, en efecto, se ha advertido que, pese a existir una inveterada tradición jurisprudencial en determinado sentido, diversos órganos públicos han mantenido y, lo que es peor, continuado, la realización de actos considerados como lesivos de derechos constitucionales.

¿Cómo explicar tal situación? Seguramente, entre muchas otras opciones, debido al desconocimiento de aquellos criterios, pero también por la desidia o los efectos patrimoniales que se pudieran generar. En efecto, resulta muy cómodo para un órgano público argüir que tal o cual acto se justifica con el cumplimiento de una sentencia, antes que justificarlo con una decisión unilateral, por ejemplo alegando que se actúa de conformidad con los derechos fundamentales.

En tal concepción subyace, evidentemente, un problema de comprensión del significado y valor de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho. Éste no es otro que asumir que tales derechos sólo vinculan porque existe una sentencia que así lo establece. La *interpositio sententiae* se convierte, así, en una condición del ejercicio pleno de los derechos fundamentales, y su ausencia, por decirlo así, determina que los derechos apenas si tengan un valor vinculante.

Definitivamente no se puede compartir un criterio de tal naturaleza. Sin embargo, el Tribunal no sólo puede limitarse a condenar el desconocimiento del carácter vinculante de los derechos; es decir, la insensatez de que no se comprenda que, en particular, todos los órganos públicos tienen un deber especial de protección con los derechos fundamentales, y que la fuerza de irradiación de ellos exige de todos los operadores estatales que realicen sus funciones del modo que mejor se optimice su ejercicio. Es urgente, además, que adopte medidas más audaces que contribuyan a hacer aún más efectiva su función pacificadora de los conflictos de la vida constitucional. Por ello, dado que este Tribunal es competente para fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales, considera constitucionalmente exigible que se adopte la técnica del "estado de cosas inconstitucionales" que, en su momento, implementara la Corte Constitucional de Colombia, a partir de la Sentencia de Unificación N.° 559/1997.

Ésta técnica, en un proceso constitucional de la libertad, comporta que, una vez declarado el "estado de cosas inconstitucionales", se efectúe un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, *per se*, violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera

subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración.

Se trata, en suma, de extender los alcances *inter partes* de las sentencias a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas.

Para que ello pueda realizarse es preciso que la violación de un derecho constitucional se derive de un único acto o de un conjunto de actos, interrelacionados entre sí, que además de lesionar el derecho constitucional de quien interviene en el proceso en el que se produce la declaración del estado de cosas inconstitucionales, vulnera o amenaza derechos de otras personas ajenas al proceso. Y, tratándose de actos individuales, esto es, que tengan por destinatarios a determinadas personas, la declaración del estado de cosas inconstitucionales se declarará si es que se sustenta en una interpretación constitucionalmente inadmisibles de una ley o una disposición reglamentaria por parte del órgano público.

20. Una modulación de los efectos de las sentencias dictadas en el seno de estos procesos constitucionales de la libertad se justifica, como lo ha expresado la Corte Constitucional colombiana, "(...) en el deber de colaborar armónicamente con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines. Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito [artículo 11° de la Ley N.° 23506], no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política".

"El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de [amparo, hábeas corpus o hábeas data]. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través de la cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución [artículo 201 de la Constitución] y de la efectividad de sus mandatos".

21. De modo que, y a fin de que se respeten plenamente los pronunciamientos de esta naturaleza que de ahora en adelante se emitan, este Colegiado enfatiza que, si con posterioridad a la fecha de expedición de una sentencia de esta clase, llegase al Tribunal o a cualquier órgano judicial competente un caso análogo, cuyos hechos se practiquen con fecha posterior a la de esta sentencia, aparte de que se ordene la remisión de copias de los actuados por la violación del derecho constitucional concretamente afectado, también se dispondrá que se abra proceso penal por desacato de una sentencia del Tribunal Constitucional.

22. En el caso, si bien el CNM realizó un acto concreto de violación del derecho constitucional de la recurrente, éste se sustentó en una interpretación constitucionalmente incorrecta de una disposición legal que forma parte de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura. De ahí que, sin perjuicio de los alcances particulares del acto analizado en el presente caso, a fin de evitar que, fundamentándose en igual criterio interpretativo, puedan violarse derechos constitucionales de otras personas, el Tribunal Constitucional declara que el estado de cosas que originó el hábeas data es incompatible con la Constitución.

FALLO

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

Ha resuelto

1. Declarar **FUNDADA** la acción de hábeas data.
2. Ordena que se entregue a la recurrente: a) copia del Informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación, referente a su conducta e idoneidad en el cargo que ejercía como Vocal Superior de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque; b) copia del acta de la entrevista personal y copia del video de la referida entrevista personal; y c) copia de la parte pertinente del acta de sesión del Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura que contiene la decisión de no ratificarla en su condición de Magistrada del Poder Judicial.
3. Declárese que el estado de cosas que originó el hábeas data, y que ha sido objeto de la controversia en este proceso, es contrario a la Constitución Política del Perú.
4. Remítase, por Secretaría General del Tribunal Constitucional, la presente sentencia a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, a fin de que en un plazo de 90 días hábiles a partir de la notificación de ésta, adopten las medidas necesarias y adecuadas a fin de corregir, dentro de los parámetros constitucionales, las solicitudes de entrega de información sobre el proceso de ratificación judicial.
5. Prevéngase a los consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura para que eviten volver a incurrir en las acciones u omisiones ilegítimas que originaron el presente proceso, de conformidad con lo expuesto en el Fundamento Jurídico N.° 21.
6. Dispone que las medidas que se adopten se pongan en conocimiento del juez de ejecución de la sentencia, quien, al décimo (10) día hábil de culminado el plazo otorgado en la presente, informará a la Secretaría General del Tribunal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA**

Exp. N° 2945-2003-AA/TC [Proceso de Amparo promovido por Azanca Alhelí Meza García. Sobre el derecho a la salud, a la vida, el tratamiento para el VIH/SIDA y el suministro de medicamentos].

Fecha de Resolución: 20 de abril de 2004

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 12 de julio de 2004

Resumen: Se admitió por primera vez la posibilidad de proteger mediante proceso de amparo derechos económicos y sociales, como el caso del derecho a la salud pública a propósito del estado crítico de la paciente, así como a su situación de pobreza.

Así, en el caso de autos el Tribunal observó que el grave estado de salud de la recurrente llegaba a comprometer inminentemente su propia vida, pues para diagnosticarse SIDA, el contenido de CD4 en la sangre debe ser inferior a 100 mm3, siendo que, en el presente caso, el nivel de CD4 era de 37 mm3, muy por debajo del referido promedio, lo que, por las características de esta enfermedad, representaba un riesgo para la paciente de contraer cualquier otra enfermedad adicional, ya que el organismo no cuenta con defensas suficientes para autoprotgerse; situación que se agravaba, además, por el hecho de padecer de cáncer a la tiroides.

El Tribunal señaló al respecto que la salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida, y la vinculación entre ambos derechos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de la vida. Entonces, es evidente la necesidad de proceder a las acciones encaminadas a instrumentalizar las medidas dirigidas a cuidar la vida, lo que supone el tratamiento orientado a atacar las manifestaciones de cualquier enfermedad para impedir su desarrollo o morigerar sus efectos, tratando, en lo posible, de facilitar los medios que al enfermo le permitan desenvolver su propia personalidad dentro de su medio social. Por tanto, el Estado debe proteger tratando de que todas las personas cada día tengan una mejor calidad de vida para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido.

Además, que los derechos sociales como la salud pública no pueden ser exigidos de la misma manera en todos los casos, pues no se trata de prestaciones específicas, en tanto dependen de la ejecución presupuestal para el cumplimiento de lo exigido, lo contrario supondría que cada individuo podría exigir judicialmente al Estado un puesto de trabajo o una prestación específica de vivienda o salud en cualquier momento. En consecuencia, la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales.

En este sentido, dejó establecido que el principio de progresividad presupuestaria contenido en la undécima disposición final y transitoria de la Constitución que señala: "las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente", no puede ser entendida con carácter indeterminado a fin de justificar la inacción del Estado ya que en su opinión la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas. Precisó, por tanto, que si bien en el caso de países en desarrollo, como el nuestro, resulta difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales

para la totalidad de la población, tal justificación es válida solo cuando se observen concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, esta falta de atención devendría en situaciones de inconstitucionalidad por omisión.

Así, el Tribunal dejó sentada su posición respecto a la ejecución de políticas sociales para la máxima realización de los derechos que estas involucran. Remarcó que es responsabilidad del Estado priorizar la recaudación y la distribución presupuestal en este tipo de planes; y, que es importante que la ejecución presupuestal en las políticas sociales deje de ser vista como un mero gasto y se piense, más bien, en inversión social en aras del cumplimiento de un fin comunitario, pues en la medida que todos los ciudadanos gocen de garantías mínimas de bienestar podrán realizar satisfactoriamente sus planes de vida y, por consiguiente, brindar un mejor aporte a la sociedad en su conjunto, lográndose, de este modo, un mayor desarrollo como país.

Por ello, precisó que la inversión social en casos como el de autos no se restringe a la atención de la persona ya infectada con VIH/SIDA, buscando paliar los efectos de la enfermedad, de modo tal que dicho individuo continúe aportando socialmente a través de sus capacidades, sino que se debe contar con un enfoque mayor en la etapa de prevención de la enfermedad mediante programas de educación sexual e información pública sobre las consecuencias que genera la enfermedad tanto en la persona como en la sociedad.

De este modo, el Tribunal concluye concediendo protección jurídica a un derecho social como lo es el derecho a la salud, fundándose no sólo en la afectación potencial del derecho fundamental a la vida, sino en la propia legislación de la materia que ha dispuesto los cauces para la máxima protección de los enfermos de SIDA, mediante la promulgación de la Ley N° 28243, que modifica la Ley N° 26626; más aún considerando la implementación de una campaña de tratamiento gratuito de antirretrovirales para pacientes en condiciones de extrema pobreza, en cuyo grupo debe ser considerada la recurrente, toda vez que cuenta a su favor con una medida cautelar otorgada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Temas Claves: Derecho a la dignidad humana - derecho a la salud - derecho a la vida - derechos económicos y sociales - Estado social y democrático de Derecho - principio de progresividad - principio de solidaridad - salud pública.

EXP. N.º 2945-2003-AA/TC
LIMA

AZANCA ALHELÍ MEZA GARCÍA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de abril de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncian la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Azanca Alhelí Meza García contra la sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 270, su fecha 13 de agosto de 2003, que se limitó a declarar fundada, *en parte*, la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 13 de agosto del 2002, la recurrente interpone acción de amparo contra el Estado peruano, representado en este caso por el Ministerio de Salud, solicitando que

se le otorgue atención médica integral en su condición de paciente con VIH/SIDA, la que deberá consistir en a) la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento del VIH/SIDA, que deberá efectuarse a través del programa del hospital Dos de Mayo, y b) la realización de exámenes periódicos, así como las pruebas de CD4 y carga viral, ambos a solicitud del médico tratante y/o cuando la necesidad de urgencia lo requiera.

Afirma que desde la fecha en que fue diagnosticada de tener VIH (1996), el Estado no ha cumplido con otorgarle un tratamiento integral, recetándole únicamente medicinas para tratamientos menores; que al no contar, en modo alguno, con los recursos económicos necesarios para afrontar el alto costo del tratamiento de esta enfermedad, la cual se está agravando al habersele detectado cáncer de tiroides, impetra al Estado que cumpla su obligación de atender la salud de la población en general, tal como se les provee a los enfermos de tuberculosis, fiebre amarilla y otras enfermedades, en consonancia con el principio de respeto a la dignidad de la persona, a la protección de sus derechos a la vida y la salud, así como su derecho a una atención médica integral para la enfermedad de VIH/

SIDA, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley N.° 26626.

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente, argumentando que no se ha constatado en el presente caso la violación o amenaza concreta de ningún derecho. Asimismo, señala que si bien los derechos consagrados en el artículo 1° e inciso 1), artículo 2, de la Constitución, referentes al respeto de la dignidad de la persona, así como a la vida e integridad física, constituyen derechos fundamentales de observancia obligatoria, ello no implica una obligación por parte del Estado de prestar atención sanitaria ni facilitar medicamentos en forma gratuita a la demandante ni a otra persona, siendo la única excepción el caso de las madres gestantes infectadas con el VIH y todo niño nacido de madre infectada, según lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto Supremo N.° 004-97-SA, Reglamento de la Ley N.° 26626; añadiendo que, según los artículos 7° y 9° de la Constitución, el derecho a la salud y la política nacional de salud constituyen normas programáticas que representan un mero plan de acción para el Estado, más que un derecho concreto.

El Cuadragésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 29 de octubre de 2002, declaró fundada la demanda, sustentando que la Ley N.° 26626 establece que las personas con VIH/SIDA tienen atención a un tratamiento médico integral, por lo que no es admisible pretender que solo las gestantes infectadas con el VIH y todo niño nacido de madre infectada tenga derecho al tratamiento antiviral, más aun cuando las limitaciones a derechos se establecen por ley y no vía reglamento.

La recurrida, revocando la apelada, declara fundada, en parte, la demanda, considerando que la situación de la demandante (madre de familia, enferma de cáncer, sin recursos económicos y sin amparo familiar previsible) debe equipararse excepcionalmente a lo previsto en el artículo 10° del Decreto Supremo N.° 004-97-SA.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. El objeto de la presente demanda es que el Estado peruano otorgue atención médica integral a la recurrente mediante la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento del VIH/SIDA, así como la realización de los exámenes periódicos y pruebas de CD4 y carga viral que el médico tratante disponga.

2. La recurrente señala que es obligación del Estado brindarle la atención integral para la protección de su salud, pues así lo disponen los artículos 7° y 9° de la Constitución, al igual que el artículo 7° de la Ley N.° 26626, Ley del Plan Nacional de Lucha contra el Sida y ETS, lo que no está siendo cumplido por el Estado, generando un riesgo contra su vida.

3. Por su parte, la procuraduría pública del Ministerio de Salud, en representación del Estado, ha señalado que la distribución gratuita de medicamentos a todo enfermo de

SIDA en el país no se encuentra prevista en la normativa y que para ello, habría que habilitar una partida presupuestaria con arreglo a la Política de Nacional de Salud.

Derechos protegidos por la acción de amparo

4. La acción de amparo es un proceso constitucional que tiene por objeto la protección de los derechos establecidos en el artículo 24° de la Ley N.° 23506 (Ley de Hábeas Corpus y Amparo). Por su parte, el artículo 25° de la referida norma, en concordancia con la Constitución de 1993, precisa que no dan lugar a la acción de amparo los derechos a que se refiere la undécima disposición final y transitoria de la actual Constitución, en tanto que la misma establece que las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente.

5. Esta disposición está referida a la exigencia de los denominados derechos económicos y sociales -es el caso del derecho a la salud invocado por la recurrente- que, en tanto obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercerlos de manera plena, en cuyo caso, el legislador ha dispuesto que no cabe su invocación vía la acción de amparo.

6. Si bien en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales establecidos en el artículo 2° de la Constitución, sino más bien se lo reconoce en el capítulo de los derechos económicos y sociales a que se refieren los artículos 7° y 9° de la Constitución, este Tribunal, al igual que nuestro similar colombiano, considera que cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho adquiere carácter de derecho fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía la acción de amparo (STC N.° T-499 Corte Constitucional de Colombia).

7. No obstante lo dicho, dada la peculiaridad del presente caso, por tratarse de una solicitud de tratamiento médico integral gratuito a favor de la recurrente, es pertinente que este Tribunal se pronuncie sobre la naturaleza de los derechos económicos y sociales, como es el caso del derecho a la salud y su afectación concurrente con otros derechos. Asimismo, corresponde analizar la obligación del Estado en materia asistencial -para el caso de prestaciones de salud- conforme a los artículos 7°, 9°, la undécima disposición final y transitoria de la Constitución, en concordancia con el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los derechos económicos y sociales: ¿derechos programáticos?

8. Conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el caso Roberto Nesta Brero y más de 5000 ciudadanos contra la Presidencia del Consejo de Ministros (Expediente N.° 008-2003-AI/

TC), el Estado peruano, definido por la Constitución de 1993 presenta las características básicas de un Estado social y democrático de derecho, en el cual se requiere la configuración de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales mínimas para alcanzar sus presupuestos, y la identificación del Estado con los fines de su contenido social (*Fund. Jur.12*).

9. Este mínimo vital busca garantizar la igualdad de oportunidades en todo nivel social, así como neutralizar las situaciones discriminatorias y violatorias de la dignidad del hombre; por ello, el logro de estas condiciones materiales mínimas para existencia debe motivar la intervención del Estado y la sociedad de manera conjunta para la consecución de este fin.

10. Es ahí donde se hace necesaria la exigencia de los derechos sociales y económicos, también llamados derechos prestacionales, como la seguridad social, salud pública, vivienda, educación y demás servicios públicos, pues ellos representan los fines sociales del Estado a través de los cuales el individuo puede lograr su plena autodeterminación.

Debe entenderse, empero, que cuando se habla de *exigencia*, nos referimos al derecho de requerir que el Estado adopte las medidas adecuadas para el logro de fines sociales, pues no en todos los casos los derechos sociales son por sí mismos jurídicamente sancionables, al ser necesario el soporte presupuestal para su ejecución.

Ahora bien, denominábase comúnmente derechos sociales a las facultades tuitivas dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos con características accidentales diferenciadas con relación a otros por factores culturales, o que se encuentran en situación de desventaja por razones económico-sociales, es decir, con una posición o ubicación depreciada en sus estándares de vida, no acordes con la dignidad humana.

Marcial Rubio Correa [Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo 2, Lima: Fondo editorial de la PUCP, 1999, pág. 9] señala al respecto que "son reglas dictadas por el Estado para asegurar ciertas condiciones de relación de los seres humanos de una sociedad entre sí, y prestaciones que el Estado regula y [que] en algunos casos debe prestar directamente a las personas, generalmente cuando están en incapacidad de proveer para ellos por sí mismas".

11. No se trata, sin embargo, de meras normas programáticas de *eficacia mediata*, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de *eficacia inmediata*, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente.

Al respecto, Germán Bidart Campos [Teoría general de los derechos humanos. Buenos Aires: Astrea, 1991, pág.

335] consigna que "los derechos sociales no son distintos de los derechos individuales, sino que consisten en una ampliación del alcance de estos". En puridad, todos los derechos humanos constituyen un complejo integral único e indivisible, en el que los diferentes derechos se encuentran necesariamente interrelacionados y son interdependientes entre sí.

En ese sentido, Jorge Adame Goddard [Derechos fundamentales y Estado. Instituto de Investigaciones Jurídicas N.º 96, México 2002, pág.70] sostiene que "los derechos sociales son pretensiones [...] para que el Estado adopte determinadas políticas económicas y sociales encaminadas a ciertos fines promordiales. Por eso, en vez de hablar de un derecho al trabajo, a la educación, a un nivel de vida digno o a la salud, debe hacerse referencia de un derecho a exigir la implantación de medidas adecuadas para conseguir esos fines.

Lo que [...] denominábase derechos, en realidad, son los fines a los que han de tender las medidas que adopte el Estado".

12. Si bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población.

13. De manera que los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución. Así, en algunos casos han sido planteados incluso como deberes de solidaridad que involucran no solo obligaciones del Estado, sino de toda la sociedad (Adame, Jorge Goddard. op.cit. pp. 59-85).

14. El reconocimiento de estos derechos implica, entonces, superar su concepción programática, perfeccionando los mandatos sociales de la Constitución, así como la obligación del Estado, en la cual se impongan metas cuantificables para garantizar la vigencia del derecho (José Luis Cascajo Castro. *La tutela constitucional de los derechos sociales. Cuadernos y Debates N.º 5. Madrid. 1998, pág. 53*).

15. Esta nueva visión de los derechos sociales permite reconocer, en su contenido esencial, principios como la solidaridad y el respeto a la dignidad de la persona, los que, a su vez, constituyen pilares fundamentales del Estado social de derecho.

El principio de solidaridad

16. Es indubitable que en cualquier forma de vida comunitaria se hace necesario que esta se instaure y organice en relación con un fin compartido y cuyos logros,

de alguna manera, alcancen a todos los que la conforman.

De ahí que al percibirse los denominados derechos sociales como fines esenciales de toda comunidad política, se deduzca que toda persona o grupo intermedio tenga que regir sus relaciones coexistentiales bajo el principio de solidaridad.

La solidaridad implica la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo sino consustancial.

El principio de solidaridad promueve el cumplimiento de un conjunto de deberes, a saber:

a) El deber de todos los integrantes de una colectividad de aportar con su actividad a la consecución del fin común. En esa orientación se alude a la necesidad de verificar una pluralidad de conductas (cargos públicos, deberes ciudadanos, etc.) a favor del grupo social.

b) El deber del núcleo dirigenal de la colectividad política de redistribuir adecuadamente los beneficios aportados por sus integrantes; ello sin mengua de la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar los fines sociales.

El principio de dignidad de la persona

17. Partiendo de la máxima kantiana, la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente en todas las planes de acción social del Estado suministrando una base constitucional a sus políticas, pues en el Estado social el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas.

En razón de ello, en sede jurisdiccional ningún análisis puede desarrollarse sin verificar el respeto a la dignidad del hombre, tanto en la actuación del Estado como en la de los particulares.

18. Este Tribunal considera erróneo el argumento de la defensa del Estado cuando señala que el derecho a la salud y la política nacional de salud constituyen normas programáticas que representan un plan de acción para el Estado, más que un derecho concreto. Debe recordarse, entonces, que toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, esta no debe considerarse como un gasto sino como una inversión social.

Por esta razón, sostener que los derechos sociales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, no solo es una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución (*Morón Diaz, Fabio. La dignidad y la solidaridad como principios rectores*

del diseño y aplicación de la legislación en materia de seguridad social. Anuario de Derecho Constitucional. CIEDLA. Buenos Aires 2000. Pág. 668).

19. El principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada.

20. Bajo este principio, el Estado no solo actuará con respeto de la autonomía del individuo y de los derechos fundamentales como límites para su intervención – obligaciones de *no hacer*–, sino que deberá proporcionar, a su vez, los cauces mínimos para que el propio individuo pueda lograr el desarrollo de su personalidad y la libre elección de sus planes de vida –*obligaciones de hacer*–.

21. El Tribunal Constitucional ya ha señalado anteriormente que no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real (*García Pelayo, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo. Madrid: Editorial Alianza. 1980, pág. 26*), lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas (*Roberto Nesta Brero y más de 5,000 ciudadanos contra la Presidencia del Consejo de Ministros, N° 0008-2003-AI/TC*) y que sirvan de garantía para el goce de los denominados derechos económicos, sociales y culturales.

22. Es innegable que en el caso de las personas diagnosticadas con VIH/SIDA y que padecen de la enfermedad, se carece de realismo al reconocerles algún estado de libertad o autonomía personal cuando la falta de recursos económicos - como en el caso de la recurrente- no les permite costear su tratamiento y conllevar las implicancias de esta enfermedad con dignidad.

Únicamente mediante un tratamiento adecuado y continuo pueden reducirse las manifestaciones no solo físicas, sino psicológicas de la enfermedad, logrando que en muchos casos el normal desenvolvimiento de las actividades del paciente no se vea afectado en un lapso de tiempo mayor que en aquellos casos donde la asistencia médica es casi nula. Es en este último caso donde la dignidad, la libertad y la autonomía de la persona se ven afectadas a consecuencia del deterioro de la salud y riesgo de vida del paciente, tornando a estos individuos en una suerte de parias sociales, lo que de ninguna manera puede ser admitido desde el punto de vista constitucional.

Los derechos económicos y sociales como deberes de solidaridad

23. Como ya se ha expuesto, la moderna concepción de los derechos sociales implica que no solo constituyan obligaciones de hacer del Estado, sino de toda la sociedad en su conjunto; por ello, la doctrina ha empezado a

denominarlos deberes de solidaridad (*fundamento 13, supra*).

24. En una sociedad democrática y justa, la responsabilidad por la atención de los más necesitados no recae solamente en el Estado, sino en cada uno de los individuos en calidad de contribuyentes sociales. Es así como adquieren mayor sentido las sanciones jurídicas frente al incumplimiento de estos deberes, por ejemplo, las sanciones que se imponen ante la omisión del pago de impuestos, pues justamente a través de ellos se garantiza la recaudación y una mayor disponibilidad presupuestal para la ejecución de planes sociales.

25. Como bien lo ha señalado Jorge Adame (*op.cit.* pág. 82), reconocer los derechos sociales como deberes de solidaridad sirve a su vez para que cada individuo enfoque sus máximos esfuerzos en obtener aquellos bienes que representan sus derechos sociales, superando de este modo la visión paternalista que exige que la satisfacción de necesidades esté enfocada en manos del Estado. Para este Tribunal, conseguir bienestar y un nivel de vida digno es un deber conjunto, tanto de la sociedad como del propio individuo y el Estado, pero no exclusivamente de este.

El derecho a la salud y su relación inseparable con el derecho a la vida

26. Actualmente, la noción de Estado social y democrático de derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida y, en esas circunstancias, se impone principalmente a los poderes públicos la promoción de esas condiciones. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado. Dichos postulados propenden a la realización de la justicia que avala los principios de dignidad humana y solidaridad y traspasa el reducido marco de la legalidad con el que se identificaba la noción clásica de Estado de derecho. Ahora el Estado está comprometido a invertir los recursos indispensables para desarrollar las tareas necesarias que le permitan cumplir con el encargo social de garantizar el derecho a la vida, la libertad, la seguridad y la propiedad privada.

27. Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos.

28. La salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida, y la vinculación entre ambos derechos es irresoluble, ya que la presencia de una

enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de la vida. Entonces, es evidente la necesidad de proceder a las acciones encaminadas a instrumentalizar las medidas dirigidas a cuidar la vida, lo que supone el tratamiento orientado a atacar las manifestaciones de cualquier enfermedad para impedir su desarrollo o morigerar sus efectos, tratando, en lo posible, de facilitar los medios que al enfermo le permitan desenvolver su propia personalidad dentro de su medio social.

El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido.

El derecho a la salud

29. La recurrente sostiene que es obligación del Estado brindarle el tratamiento integral del SIDA –enfermedad que se le diagnosticó en el año 1996– invocando lo dispuesto en los artículos 7° y 9° de la Constitución, desarrollado en el artículo 7° de la Ley N.° 26626, Ley del Plan Nacional de Lucha contra el SIDA.

30. La salud puede ser entendida como el funcionamiento armónico del organismo tanto del aspecto físico como psicológico del ser humano. Es evidente que, como tal, constituye una condición indispensable para el desarrollo y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.

Así, la salud implica el gozo del normal desarrollo funcional de nuestro organismo, lo que ha motivado que la Organización Mundial de la Salud (OMS) estime que dicho concepto no se limita a asociarlo con la ausencia de enfermedad, sino con el reconocimiento de una condición física mental saludable.

El artículo 7 de la Constitución, cuando hace referencia al derecho a la protección de la salud, reconoce el derecho de la persona de alcanzar y preservar un estado de plenitud física y psíquica. Por ende, tiene el derecho de que se le asignen medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica, correspondiente al nivel que lo permiten los recursos públicos y la solidaridad de la comunidad.

Dicho derecho debe ser abordado en tres perspectivas, a saber: la salud de cada persona en particular, dentro de un contexto familiar y comunitario.

Por lo expuesto, los servicios públicos de salud cobran vital importancia en una sociedad, pues de ellos depende no solo el logro de mejores niveles de vida de las personas,

sino que incluso en la eficiencia de su prestación está en juego la vida y la integridad de los pacientes.

31. Es evidente que, en el caso de la recurrente, su grave estado de salud llega a comprometer inminentemente su propia vida, pues conforme se aprecia a fojas 48 del cuadernillo del Tribunal, para diagnosticarse SIDA, el contenido de CD4 en la sangre debe ser inferior a 100 mm³, observándose que, en su caso, el nivel de CD4 es de 37 mm³, muy por debajo del referido promedio, lo que, por las características de esta enfermedad, representa un riesgo para la paciente de contraer cualquier otra enfermedad adicional, ya que el organismo no cuenta con defensas suficientes para autoprotegerse; situación que se agrava por el hecho de padecer de cáncer a la tiroides, conforme se advierte de fojas 7 a 13.

32. Como se ha señalado anteriormente, los derechos sociales, como la salud pública, no pueden ser exigidos de la misma manera en todos los casos, pues no se trata de prestaciones específicas, en tanto dependen de la ejecución presupuestal para el cumplimiento de lo exigido, lo contrario supondría que cada individuo podría exigir judicialmente al Estado un puesto de trabajo o una prestación específica de vivienda o salud en cualquier momento.

33. En consecuencia, la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales.

El sentido de la undécima disposición final y transitoria de la Constitución de 1993

34. La defensa del Estado, en su escrito de fecha 13 de abril del 2004, sostiene que la undécima disposición final y transitoria que señala: "*Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente*", debe observar el principio de legalidad presupuestaria del gasto público, por lo que el Estado no podría atender lo solicitado por la recurrente, ya que se trata de un gasto no presupuestado.

35. Al respecto, este Tribunal considera que aun cuando el presupuesto de la República se sustenta en el principio de legalidad, y que es inadmisibles la ejecución de gastos no aprobados en la Ley de Presupuesto Anual, ello no resulta un alegato con fuerza suficiente frente a la amenaza o vulneración de derechos, pues es el caso que, *sin involucrar mayores recursos de los ya presupuestados, los mismos puedan destinarse priorizando la atención de situaciones concretas de mayor gravedad o emergencia, como en el caso de autos.*

Por consiguiente, consideramos que la recaudación presupuestal no puede ser entendida literalmente como un objetivo en sí mismo, olvidando su condición de medio para conseguir el logro de objetivos estatales, con fines de lograr una máxima atención a la protección de los derechos de los ciudadanos.

36. La realidad política de los últimos años ha revelado cómo la corrupción en el uso de los recursos públicos afectó de manera indirecta la atención de derechos como la educación, salud y vivienda. En razón de ello, el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la undécima disposición final y transitoria de la Constitución, no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas.

37. Lo declarado en la undécima disposición final y transitoria de nuestra Constitución es concordante con el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que precisa que los estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se disponga para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos la salud. Es evidente que el Estado peruano no puede eximirse de esta obligación, ni tampoco asumirla como un ideal de gestión, pues se trata de una obligación perentoria a ser cumplida, si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas.

38. Así lo ha señalado este Tribunal en anteriores sentencias, indicando que los derechos económicos, sociales y culturales en cuya concreción reside la clave del bien común, no deben aparecer como una mera declaración de buenas intenciones, sino como un compromiso con la sociedad dotado de metas claras y realistas. En esa línea, se afirma que la realización progresiva de los derechos humanos a lo largo de un determinado período no debe interpretarse en el sentido de que prive de todo contenido significativo las obligaciones de los estados establecidas en los pactos internacionales (*Bernaldes Ballesteros, Enrique. En: El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas. Comisión Andina de Juristas. Lima, 2004*).

39. En consecuencia, como jueces constitucionales, sin entrar a cuestionar la política de salud, *per se*, consideramos necesario analizar la actuación del Estado en el presente caso, al haberse alegado la afectación de derechos de la demandante que ponen en riesgo su propia vida. Si bien es cierto que en el caso de países en desarrollo, como el nuestro, resulta difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales para la totalidad de la población, este Tribunal reitera que tal justificación es válida solo cuando se observen concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, esta falta de atención vendría en situaciones de inconstitucionalidad por omisión.

Sobre aspectos jurídicos relacionados con los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) y la salud pública en los países en desarrollo

40. Si bien el tema no se deriva directamente del petitorio de la demanda, este Tribunal considera conveniente

pronunciarse sobre los aspectos relativos a derechos de propiedad intelectual reconocidos en compromisos internacionales; así como sobre las excepciones que establecidas y reconocidas formalmente en diversos documentos internacionales en el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC), de la cual el Perú es país miembro desde 1995.

En efecto, cuando se advierta alguna dificultad en el cumplimiento de objetivos nacionales referidos a la salud pública, con la consiguiente afectación del derecho mismo y de a la vida de los ciudadanos -específicamente en los casos relacionados con enfermedades como VIH/SIDA, tuberculosis, paludismo y otras epidemias-, se ha establecido, mediante la Declaración Ministerial de DOHA del 14 de noviembre del 2001 relativa al acuerdo sobre propiedad intelectual y la salud pública (DOHA Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health), que si bien la protección de la propiedad intelectual es importante para el desarrollo de nuevas medicinas, no puede dejarse de lado la preocupación respecto a su efecto en los precios; de modo que los acuerdos sobre protección de propiedad intelectual no significarán una obstrucción a los países miembros para tomar las medidas necesarias para proteger la salud pública y, particularmente, la promoción de medicinas para todos.

41. En tal sentido, dadas las dificultades para la provisión de medicinas esenciales para el tratamiento de enfermedades como el VIH/SIDA, es recomendable que el Estado peruano, dentro de su política de salud concerniente a la prevención y protección contra el SIDA, y como sujeto de derechos y deberes como país miembro de la OMC, utilice el máximo de provisiones y medidas que mediante una interpretación flexible del tratado sobre protección a la propiedad intelectual, claro está, dentro de los márgenes establecidos en el acuerdo del DOHA, le permita el cumplimiento de sus objetivos trazados en su política de salud.

42. Es importante recordar, entonces, que en el marco del acuerdo del DOHA, se convino en que los países miembros menos adelantados -como es nuestro caso- no están obligados, con respecto a los productos farmacéuticos, a implementar o aplicar las secciones 5 y 7 (referidos al tema de las patentes) de la Parte II del Acuerdo sobre Propiedad Intelectual (*Agreement on Trade-related aspects of Intellectual Property Rights*), ni a hacer respetar los derechos previstos en estas secciones hasta el 1 de enero de 2016, sin perjuicio de nuevas prórogas.

La ejecución presupuestal en el caso de derechos sociales, económicos y culturales como inversión estatal

43. Es importante que, a colación del presente caso, el Tribunal deje sentada su posición respecto a la ejecución de políticas sociales para la máxima realización de los derechos que estas involucran y, en ese sentido, considera que es responsabilidad del Estado priorizar la recaudación y la distribución presupuestal en este tipo de planes.

44. Es importante que la ejecución presupuestal en las políticas sociales deje de ser vista como un mero gasto y se piense, más bien, en inversión social en aras del

cumplimiento de un fin comunitario. Únicamente cuando todos los ciudadanos gocen de garantías mínimas de bienestar, podrán realizar satisfactoriamente sus planes de vida y, por consiguiente, brindar un mejor aporte a la sociedad en su conjunto, lográndose, de este modo, un mayor desarrollo como país.

45. La inversión social en casos como el de autos no se restringe a la atención de la persona ya infectada con VIH/SIDA, buscando paliar los efectos de la enfermedad, de modo tal que dicho individuo continúe aportando socialmente a través de sus capacidades, sino que se debe contar con un enfoque mayor en la etapa de prevención de la enfermedad, mediante programas de educación sexual e información pública sobre las consecuencias que genera la enfermedad, tanto en la persona como en la sociedad.

La provisión de tratamiento para los enfermos de VIH/SIDA según la legislación nacional

46. La Constitución de 1993, en sus artículos 7° y 9°, establece que todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa, siendo responsabilidad del Estado determinar la política nacional de salud, al igual que normar y supervisar su aplicación.

47. Mediante la Ley de Desarrollo Constitucional N.º 26626 se encargó al Ministerio de Salud la elaboración del Plan Nacional de Lucha contra el VIH/SIDA y las enfermedades de transmisión sexual. En esta ley se establecen los principios que rigen el Plan de Lucha, destacando, entre ellos, el artículo 7° de la referida norma, en cuyo texto se reconoce a toda persona con VIH/SIDA el derecho a la atención integral y a la prestación previsional que el caso requiera.

48. La atención integral de una enfermedad - *conforme se ha establecido mediante Ley*- debe entenderse como la provisión continua de la totalidad de requerimientos médicos (exámenes, medicinas, etc.) para superar sus consecuencias; por ello, este Tribunal no comparte los argumentos de la procuraduría del Ministerio de Salud cuando, invocando una disposición reglamentaria, señala que únicamente las madres gestantes infectadas y los niños nacidos de madres infectadas recibirán tratamiento antiviral gratuito.

La Ley N.º 28243, publicada el 01 de junio de 2004, modifica la Ley N.º 26626 estableciendo que la atención integral de salud es continua y permanente, indicando que *la gratuidad es progresiva para el tratamiento antirretroviral, con prioridad en las personas en situaciones de vulnerabilidad y pobreza extrema*.

Esta disposición está en consonancia con los principios de justicia y equidad en un Estado de derecho, pues evidentemente la satisfacción de necesidades debe enfocarse de manera prioritaria en aquellos que no pueden cubrir las por sí mismos cuando se encuentren en situaciones de pobreza extrema.

Desde esta perspectiva, el Ministerio de Salud ha iniciado una campaña de tratamiento gratuito de terapia antirretroviral para los pacientes de bajos recursos afectados con el VIH/SIDA, que representa una de las primeras acciones que se viene adoptando para cumplir con el derecho a la atención integral que estas personas requieren.

49. Conforme lo hemos venido señalando a lo largo de esta sentencia, los derechos sociales, como es el caso de la salud pública, no representan prestaciones específicas por sí mismas, pues dependen de la disponibilidad de medios con que cuente el Estado, lo que, sin embargo, de ninguna manera puede justificar la inacción prolongada, como se ha subrayado en los fundamentos anteriores, ya que ello devendría en una omisión constitucional.

Es necesario, entonces, recomendar acciones concretas por parte del Estado para la satisfacción de estos derechos, sea a través de acciones legislativas o de ejecución de políticas, como se ha podido observar en el caso de autos, en la medida en que el Ministerio de Salud viene implementando acciones concretas para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA.

50. De este modo, este Tribunal concluye concediendo protección jurídica a un derecho social, como lo es el derecho a la salud, pues en este caso en particular se han presentado las condiciones que así lo ameritan.

Este pronunciamiento a favor de la recurrente se fundamenta no solo por la afectación potencial del derecho fundamental a la vida, sino por *razones fundadas* en la propia legislación de la materia que ha dispuesto los cauces para la máxima protección de los enfermos de SIDA, mediante la promulgación de la Ley N.º 28243, que modifica la Ley N.º 26626; más aún cuando

actualmente se viene promocionando una campaña de tratamiento gratuito de antirretrovirales para pacientes en condiciones de extrema pobreza, en cuyo grupo debe ser considerada la recurrente, toda vez que cuenta a su favor con una medida cautelar otorgada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (*fojas 23-75 del cuadernillo del Tribunal*).

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la acción de amparo.
2. Ordena que se considere a la recurrente en el grupo de pacientes que recibirán tratamiento integral contra el VIH/SIDA por parte del Ministerio de Salud, lo que incluirá la provisión de medicamentos y análisis correspondientes, según lo dispuesto por los médicos del hospital tratante y bajo su responsabilidad.
3. Exhorta a los poderes públicos a que se cumpla lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley N.º 26626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA.
4. Ordena que la dirección del hospital tratante dé cuenta a este Tribunal, cada 6 meses, de la forma como viene realizándose el tratamiento de la recurrente.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA**

Exp. N° 3283-2003-AA/TC [Proceso de Amparo promovido por "Taj Mahal Discoteque" y otra. Sobre la libertad religiosa y cierre de establecimientos públicos por Semana Santa].

Fecha de Resolución: 15 de junio de 2004

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 16 de junio de 2004

Resumen: Respecto de la libertad religiosa, el Tribunal señaló que ella se configura como una "zona reservada" y, por tal, prohibida a la injerencia del Estado o de la sociedad. Así, se tiene que la libertad religiosa comporta el establecimiento de los cuatro atributos jurídicos siguientes: a) Reconocimiento de la facultad de profesión de la creencia religiosa que libremente elija una persona, b) reconocimiento de la facultad de abstención de profesión de toda creencia y culto religioso, c) reconocimiento de la facultad de poder cambiar de creencia religiosa, y, d) reconocimiento de la facultad de declarar públicamente la vinculación con una creencia religiosa o de abstenerse de manifestar la pertenencia a alguna.

Asimismo, que el reconocimiento de la profesión religiosa genera, por derivación, los derechos a practicar los actos de culto y a recibir la asistencia religiosa de la propia confesión; a conmemorar las festividades y a celebrar los ritos matrimoniales; y a recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole de acuerdo con las propias convicciones. De acuerdo con dichas facultades se generan los principios de inmunidad de coacción y de no discriminación. El principio de inmunidad de coacción consiste en que ninguna persona puede ser obligada a actuar contra sus creencias religiosas, es decir, que no podrá ser obligada o compelida jurídicamente a obrar de manera opuesta a dichas convicciones. El principio de no discriminación establece la proscripción de un trato que excluya, restrinja o separe, menoscabando la dignidad de la persona e impidiendo el pleno goce de los derechos fundamentales. Éste es aplicable a la diferenciación no justificable en el ámbito laboral, educativo, etc., o al desempeño de cargos o funciones de naturaleza pública que estén condicionados a la adhesión o no adhesión a una filiación religiosa.

Se refirió, además que la libertad religiosa se configura como un derecho individual y colectivo, pues se predica tanto de la persona en sí misma como de la pluralidad de ellas asociadas en una Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa. Y, que ella no sólo se expresa positivamente en el derecho a creer, sino también en el derecho a practicar. En ese contexto aparece la libertad de culto, entendida como la atribución que tiene toda persona para ejecutar actos y participar en ceremonias representativas vinculadas con su creencia religiosa.

A este respecto, también, señaló que nuestra Constitución proclama la libertad de religión como un atributo esencial de toda persona (artículo 3°, inciso 2 de la Constitución) y que una lectura sistémica de la Constitución nos revela que el Estado disocia los asuntos temporales de los asuntos espirituales; es decir, que los aspectos vinculados con la fe trascendente y la moral están librados única y exclusivamente a la conciencia de cada persona. Empero, explicó, que no puede soslayarse que la religión católica ha sido y es la fe tradicional del pueblo peruano –la cual por varias razones se articula a nuestro concepto mismo de nación– y ha determinado que el artículo 50° de la Constitución establezca, como un reconocimiento a su raigambre institucional, que "dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú y le presta su colaboración".

Tal colaboración se formalizó a través del Concordato con la Santa Sede de 1980, en el se establece un régimen especial que rige las subvenciones para personas, obras y servicios de la

Iglesia, amén de las exoneraciones, beneficios y franquicias tributarias; la plena libertad para el establecimiento de centros educativos bajo administración eclesial; la asignatura de religión como materia ordinaria en el currículo escolar, entre otros acuerdos. Asimismo, establece, entre otras formas de colaboración, el compromiso de prestación religiosa para el personal católico de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional a través de un vicario castrense, y de servicios religiosos para los fieles de dicha confesión internados en centros hospitalarios, tutelares y penitenciarios del Estado.

Sin embargo, aclaró que el deber de colaboración estatal a favor de la Iglesia Católica como reconocimiento del importantísimo papel que tuvo en la formación histórica, cultural y moral del país, no supone que se permita la invasión a la esfera de otras creencias o maneras de pensar, pues de ser así no tendría sentido que la propia Constitución proclame una libertad que luego se esforzaría en neutralizar.

En este sentido, consideró que, aun cuando existiesen costumbres religiosas arraigadas en nuestra colectividad, ello no significa que el Estado, en sentido lato, esté facultado para establecer prohibiciones a conductas no compatibles con los dogmas y ritos católicos; claro está, siempre que tales comportamientos no ofendan a la moral pública ni transgredan el orden público. Por tanto, si algún organismo del Estado prohibiera a las personas que actúen según las exigencias derivadas de sus costumbres religiosas, estaría violentando el principio de inmunidad de coacción y, por ende, transgrediendo el derecho a la libertad de conciencia y de religión.

Bajo este contexto el Tribunal apreció que ni en la parte considerativa, ni en la parte resolutive de la Ordenanza Municipal N° 039-MPH-CM, expedida por la Municipalidad Provincial de Huancayo, se advierte como fundamento de la prohibición del consumo de licor durante la denominada Semana Santa, la invocación o justificación de las costumbres religiosas del lugar. Por el contrario, consideró que la *ratio juris* de dicha disposición se sustentó en la defensa del orden público.

Temas Claves: Amparo contra ordenanzas - carácter vinculante o no vinculante de las costumbres religiosas - competencias de los gobiernos municipales - libertad de conciencia y religión - libertad de empresa - libertad de trabajo - principio de inmunidad de coacción - principio de no discriminación - principio de no lesión de los derechos de terceros.

**EXP. N.º 3283-2003-AA/TC
JUNÍN**

TAJ MAHAL DISCOTEQUE Y OTRA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima a los 15 días del mes de junio de 2004, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos singulares de los magistrados Aguirre Roca y Revoredo Marsano

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por "Taj Mahal Discoteque" y otra contra la sentencia de la Primera Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín, de fojas 65, su fecha 9 de octubre de 2003, que declara fundada la excepción de caducidad y concluido el proceso.

ANTECEDENTES

Con fecha 14 de abril de 2003, "Taj Mahal Discoteque" representada por don Teodoro Camayo Quinte, y "El Jeque Discoteque", representada por doña Gloria Camayo de Ruiz, interponen acción de amparo contra la Municipalidad Provincial de Huancayo, por amenaza de sus derechos constitucionales a la libertad de conciencia y religión, a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa.

Alegan que se configura tal amenaza con la emisión de la Ordenanza Municipal N.º 039-MPH-CM, del 29 de marzo de 2001, que impide fácticamente el funcionamiento de sus establecimientos comerciales durante la denominada Semana Santa, puesto que el artículo 1º de la citada norma prohíbe la venta y consumo de licor en los bares, video pubs, discotecas, clubes nocturnos y similares desde la 00:00 horas del Viernes Santo hasta las 06:00 horas del Sábado Santo.

Asimismo sostienen que, conforme a lo establecido en su artículo 3.º, el incumplimiento de lo dispuesto motiva la

imposición de sanciones equivalentes al 50% del costo de la Unidad Impositiva Tributaria.

A su juicio, la citada disposición impone la denominada "Ley seca" por razones religiosas en toda la ciudad de Huancayo, no obstante que el inciso 3) del artículo 2.º de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de culto, pretendiéndose así anteponer los dogmas y costumbres de la Iglesia Católica sobre todas las personas, creyentes, o no. Manifiestan que, de igual manera, se restringe la libertad de trabajo y de empresa de quienes se ven obligados a acatar la ordenanza, por lo que dicho acto administrativo es, evidentemente, inconstitucional.

La Municipalidad Provincial de Huancayo contesta la demanda deduciendo la excepción de caducidad, y niega y contradice la demanda expresando que la Ley Orgánica de Municipalidades confiere a las entidades ediles competencia y atribuciones para adoptar las medidas que sean pertinentes para regular la función de los establecimientos comerciales, pudiendo incluso ordenar su clausura cuando contraríen las normas reglamentarias.

Sostiene que la Ordenanza cuestionada no restringe el derecho a la libertad de trabajo por cuanto dichos negocios deben operar de acuerdo con las normas que contiene la Ordenanza N.º 039-MPH-CM, dado que se trata de establecimientos inmersos en la actividad de giro especiales, y están sujetos a la forma de ofrecer sus servicios en los días feriados.

El Primer Juzgado Civil de Huancayo, con fecha 4 de julio de 2003, declara fundada la excepción de caducidad, la nulidad de todo lo actuado y la conclusión del proceso, estimando que la Ordenanza objetada fue expedida el 29 de marzo de 2001, mientras que la acción de amparo fue promovida con fecha 14 de abril de 2003.

La recurrida confirma la apelada, por los mismos argumentos.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda es cuestionar la Ordenanza Municipal N.º 039-MPH-CM del 29 de marzo de 2001, aduciéndose que a través de ésta se amenaza los derechos constitucionales a la libertad de conciencia y religión, a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa.

2. A tenor de lo expuesto por las partes, este Colegiado considera que, para dilucidar la controversia, es necesario analizar las cuestiones siguientes:

A. Las condiciones de procedibilidad de la demanda. Para tal efecto se planteará dicho tema desde la óptica de la procedencia o improcedencia de las acciones de garantía en términos latos a legislación procesal y la doctrina, así como las específicas aplicables a los procesos de garantías constitucionales y, por ende, correspondientes a la presente litis.

B. La determinación de las competencias de los gobiernos municipales respecto a las empresas comerciales que operan dentro de sus jurisdicciones.

C. El carácter vinculante, o no vinculante, de las costumbres religiosas en la determinación de la limitación de algunos derechos constitucionales.

A) Las condiciones de procedibilidad de la demanda

Legislación procesal constitucional aplicable a la presente litis

3. El artículo 6.º de la Ley N.º 23506 precisa las causales de improcedencia de las acciones de garantías. La *ratio juris* de dicho dispositivo, al igual que en el ámbito procesal civil, es limitar la utilización perniciosa de las acciones de garantía. La experiencia jurisdiccional ha demostrado que el uso indiscriminado e irrazonable de las acciones de garantía genera, de un lado, la depreciación de la majestad de la justicia constitucional; y, de otro, la cuasi "unificación insana" de toda la actividad procesal a través del iter establecido en la Ley N.º 23506.

4. A modo de introducción, es conveniente puntualizar que en muchas circunstancias la declaración de procedencia o improcedencia de una acción de garantía está sujeta al tiempo de realización de los actos que requieren tutela constitucional. En este contexto, cabe distinguir los siguientes:

a) Actos pretéritos.

Son aquellos hechos, sucesos, acontecimientos o manifestaciones de voluntad suscitados en el pasado que sólo requerirán la tutela jurisdiccional constitucional a condición de que se acredite que los derechos fundamentales vinculados a ellos, sea por una violación o amenaza de violación de los mismos, pueden ser objeto de reparación mediante la intervención jurisdiccional.

b) Actos presentes.

Son aquellos hechos sucesos, acontecimientos o manifestaciones de voluntad que se vienen realizando al momento de la interposición de una acción de garantía; y que seguirán subsistiendo hasta el momento de resolver en última instancia.

c) Actos de tracto sucesivo.

Son aquellos hechos sucesos, acontecimientos o manifestaciones de voluntad que se han generado y se seguirán generando sin solución de continuidad; es decir, tienen una ejecución sucesiva, y sus efectos se producen y reproducen periódicamente.

d) Actos en expectativa.

Son aquellos que no se han realizado en su integridad pero que desde ya se convierten en una amenaza cierta e inminente de violación de un derecho constitucional.

5. La finalidad de la interposición de las acciones de garantía consiste, tal y conforme lo describe el artículo 1.º de la Ley N.º 23506, en "reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional". Por ende, no cabe autorizar jurisdiccionalmente el trámite de una acción de Hábeas

Corpus o de Amparo cuando se acredita fehacientemente la cesación del acto violatorio de un derecho constitucional.

6. Ahora bien, la declaración o improcedencia de una acción de garantía está sujeta a las siguientes ocho hipótesis:

Primera hipótesis

De conformidad con lo establecido en el inciso 1) del artículo 6.º de la Ley N.º 23506, no proceden las acciones de garantía "En caso de haber cesado la violación o la amenaza de violación de un derecho constitucional, o si la violación se ha convertido en irreparable [...]". La acreditación de la cesación del acto violatorio se efectuará cuando objetiva e indubitablemente conste que una determinada conducta, que por acción u omisión violentaba un derecho constitucional, ha acabado, concluido o finalizado con anterioridad a la fecha de presentación de la acción de garantía correspondiente.

En ese orden de ideas, cabe consignar que los hechos que motivan una acción de garantía deben haber desaparecido o cesado *in totum*, habida cuenta que su mera suspensión o archivamiento provisional, no convierten en improcedente la acción de garantía incoada.

En el caso que la cesación del acto violatorio de un derecho constitucional se hubiese generado con posterioridad a la interposición de la acción de garantía, cuando se dicte sentencia se deberá declarar la sustracción de la materia; esto es, no habrá pronunciamiento sobre el fondo, debido a que sin directa intervención jurisdiccional las cosas han sido repuestas al estado anterior a la violación, otrora objeto de litis constitucional.

Respecto a la amenaza, se trata de actos que por acción expresa configuran una advertencia, intimidación, ultimátum o apercibimiento, o por omisión una dejación, inercia o pasividad funcional en la ejecución de actos de cumplimiento obligatorio, que de manera cierta e inminente se ciernen potencialmente sobre los derechos constitucionales de una persona. Cuando dicha amenaza cesa antes de la interposición de la demanda, la acción de garantía presentada deberá también ser declarada improcedente.

Segunda hipótesis

De acuerdo con lo establecido por el inciso 2) del artículo 6º de la Ley N.º 23506, no proceden las acciones de garantía "Contra resolución emanada de un procedimiento regular". Debe precisarse que por procedimiento se entiende al conjunto de reglas que determinan la organización judicial, la tramitación de las controversias y la ejecución de la decisión judicial. En suma, plantea el itinerario a seguir para alcanzar una determinación del órgano juzgador. En ese orden de ideas, el concepto de procedimiento regular se adscribe a lo prescrito en la ley para tramitar una causa judicial.

El procedimiento será calificado como regular cuando la autoridad judicial competente para el caso concreto -por razones de turno, materia, función, cuantía y

territorio- resuelva, previo cumplimiento de todos los actos judiciales señalados por la ley, dentro del orden y la sucesión previamente establecidos.

La irregularidad se presenta cuando la decisión judicial no ha sido emitida conforme a las formalidades procesales exigidas por la ley. Debe ser de tal magnitud que comprometa decididamente la tutela procesal efectiva, y que, por ende, desnaturalice el resultado natural del proceso.

En ese sentido, la irregularidad procedimental consistiría en impedir o restringir a una de las partes intervinientes en un proceso el ejercicio pleno de las garantías de la administración de justicia, consagradas en el artículo 139.º de la Constitución, así como de los demás derechos referidos al debido proceso y la tutela judicial efectiva derivados de los convenios internacionales de los cuales el Estado peruano es suscriptor. A guisa de ejemplo, un procedimiento irregular sería aquél en que se condena en ausencia, se vulnera el derecho de libre acceso al órgano jurisdiccional, se impide o limita el derecho de defensa, se incumple el deber de motivar las resoluciones judiciales, se cercena el derecho a la instancia plural, se desconocen los efectos de la cosa juzgada, se vulnera el principio de predeterminación del juez natural, se aplica una ley por analogía en el ámbito penal, no se aplica la disposición más favorable al reo, etc.

La irregularidad necesariamente tiene que ser de naturaleza procesal; no comporta un cuestionamiento del fondo del asunto.

Asimismo, el artículo 10.º de la Ley N.º 25398 preceptúa que "Las anomalías que pudieran cometerse dentro del proceso al que se refiere el inciso 2) del artículo 6.º de la Ley N.º 23506, deben ventilarse y resolverse dentro de los mismos procesos mediante el ejercicio de los recursos que las normas procesales específicas establecen". Las anomalías hacen referencia a yerros e incoherencias procesales leves y no significantes que, por tales, no ponen en cuestión el debido proceso, entre las cuales se encuentran el retardo en la resolución de un proceso, o la notificación indebida, etc. Por ello es que en la propia vía se deben ejercitar las acciones impugnativas correspondientes que permitan subsanar los actos morosos por acción u omisión.

Amparo contra Amparo

Singular tratamiento tienen los procesos de garantías denominados "amparo contra amparo". Al respecto, en el caso Ministerio de Pesquería vs. La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia (Exp. N.º 200-2002-AA/TC), este colegiado precisó que sólo es admisible la interposición de una acción de amparo contra una resolución expedida en otra acción de amparo cuando:

a) La violación al debido proceso resulte manifiestamente evidente. En este caso la carga de la prueba se convierte en una necesaria obligación del actor, ya que deberá demostrar fehacientemente la inconstitucionalidad que afirma.

b) En la acción de amparo que se cuestiona, se hubiesen agotado la totalidad de los recursos que le franquea la ley al justiciable, necesarios para que la violación a algún derecho constitucional pueda ser evitada, y no obstante ello, el juzgador constitucional hiciese caso omiso de tales dispositivos, lo que se condice con lo dispuesto por el artículo 10.º de la Ley N.º 25398.

c) Sólo se ventilen aspectos estrictamente formales del debido proceso, excluyendo toda posibilidad de análisis sobre el fondo.

d) En el caso de sentencias constitucionales definitivas, éstas no tengan carácter favorable a la parte actora, de conformidad con lo establecido por el artículo 8.º de la Ley N.º 23506, ya que de lo contrario se contravendría el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada.

e) Se trate de resoluciones emitidas en procesos constitucionales provenientes del Poder Judicial, y no del Tribunal Constitucional, toda vez que es el intérprete supremo de la Constitución y se pronuncia en última instancia en los procesos constitucionales de defensa de derechos amenazados o violados, por lo que resulta imposible que sus resoluciones sean inconstitucionales.

Amparo contra ley

La Constitución Política de 1993, en su artículo 200º, inciso 2), prescribe que "La Acción de Amparo procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular."

Esta prohibición constitucional debe interpretarse dentro de un todo constitucional, como lo sostiene Marcial Rubio Correa ["Estudio de la Constitución Política de 1993 Tomo 6", Perú, PUCP, 1999, págs. 70, 71], al precisar que "(...) Estas reglas, por demás ciertas, deben ser sin embargo armonizadas con la existencia de las normas autoaplicativas, porque en la esencia de ellas mismas está el ser hechos que, si mal concebidos desde el punto de vista constitucional, agravan derechos".

Al respecto, un amplio sector doctrinario considera que no es conveniente impedir el empleo del Amparo contra normas legales –Amparo Directo, según la denominación otorgada por la doctrina–, pues existen normas legales de ejecución inmediata (conocidas como normas autoaplicativas), que no requieren de ningún acto adicional para ser aplicadas a casos concretos, ya que desde su vigencia lesionan derechos constitucionales. Como ejemplos de normas autoaplicativas tenemos a las normas que declaran nulidad de actos o las que expropian un determinado bien.

Esta postura ha sido adoptada por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el caso Elva Bertila Herrera Mirabal vs. Ministerio del Interior (Exp. N.º 1152-97-AA/TC), precisando que "(...) no cabe invocar la causal de improcedencia prevista el segundo párrafo del inciso 2) del artículo 200.º de la Constitución Política del Estado,

habida cuenta de que la regla según la cual no procede el amparo contra normas legales, si bien tiene asidero cuando se trata de normas heteroaplicativas, no rige para casos como el presente, en que se trata del cuestionamiento de una norma de naturaleza autoaplicativa o, lo que es lo mismo, creadora de situaciones jurídicas inmediatas, sin la necesidad de actos concretos de aplicación. De allí que para este último supuesto, (...) sí es viable interponer la acción constitucional correspondiente directamente contra la norma estimada como violatoria de derechos, a efectos de solicitar su inaplicabilidad, como se ha hecho en el presente caso".

La inaplicabilidad de la norma legal violatoria de derechos fundamentales está prevista en el artículo 3.º de la Ley N.º 23506, de Hábeas Corpus y Amparo; en el artículo 33.º de su complementaria, Ley N.º 25398; y en la segunda Disposición General de la Ley N.º 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional.

Tercera hipótesis

De conformidad con lo establecido en el inciso 3) del artículo 6.º de la Ley N.º 23506, no proceden las acciones de garantía "Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria". Este dispositivo hace referencia a la denominada vía paralela; es decir, aquella vía que tópicamente satisface la defensa de un derecho constitucional y consigue la reposición de las cosas al estado anterior de una violación constitucional.

Germán Bidart Campos ["Régimen legal y jurisprudencial del amparo", Buenos Aires, Ediar, 1968, págs. 186-187], afirma que la vía paralela es todo aquel medio de defensa del que dispone el supuesto afectado con la violación de un derecho constitucional para articular ante una autoridad competente una pretensión jurídica al margen de la acción de amparo. De igual manera, Samuel Abad Yupanqui ["Acción de Amparo y vías paralelas", Cit. en "Lecturas sobre Temas Constitucionales N.º 4", 1990, Comisión Andina de Juristas, Lima, pág. 140] concibe como vías paralelas "(...) convergentes o concurrentes, a todo procedimiento judicial (ordinario, sumario, especial, etc) distinto al amparo, mediante el cual se puede obtener la protección del derecho constitucional o amenazado".

La jurisprudencia del extinto Tribunal de Garantías Constitucionales [Caso Gilberto Cueva Martín vs. Vigésimo Tercer Juzgado Civil de Lima y Otros/1986; Caso Luis Gamio García vs. Banco de la Nación/1986] establece que el inciso 3) del artículo 6º de la Ley N.º 23506, reconoce al supuesto afectado el derecho de opción para utilizar la vía judicial ordinaria o la vía constitucional del amparo; vale decir, subraya la recurrencia alternativa y no residual de la acción de amparo.

Así, cuando el supuesto afectado elige la vía ordinaria concurrente o paralela, cancela ineludiblemente la posibilidad de utilizar simultáneamente la acción de amparo; con ello se evita que existan sincrónicamente dos relaciones procesales con el mismo objeto, que se expidan resoluciones contradictorias o que se admitan potestades procesales atentatorias al principio de igualdad.

Como expone Abad Yupanqui en la lectura precitada, "(...) se niega la posibilidad de obtener pronunciamiento de mérito, es decir, sobre el fondo del problema planteado, si es que el agraviado utilizó una vía judicial y esta se encuentra en trámite o si dicha vía ha concluido causando cosa juzgada".

La persona afectada por la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional podrá, en principio, escoger entre dos o más acciones judiciales para procurar el goce efectivo de su derecho conculcado. La adopción de una de ellas generará, *ipso facto*, la imposibilidad jurídica de ejecutar simultáneamente la otra.

Cuarta hipótesis

Según el inciso 4) del artículo 6.º de la Ley N.º 23506, no proceden las acciones de garantía "De las dependencias administrativas incluyendo las empresas públicas, contra los poderes del Estado y los organismos creados por la Constitución por los actos efectuados en el ejercicio regular de sus funciones". Al respecto, cabe señalar que los derechos constitucionales se constituyen en la forma más efectiva para proteger a la persona humana frente al ejercicio abusivo del poder, siendo evidente que los órganos del Estado no tienen derechos o facultades, por su propia naturaleza, sino competencias previas y taxativamente señaladas por la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad. Por ende, no les alcanza lo previsto en el numeral 24., inciso a) del artículo 2.º de nuestro Texto Fundamental, que expresamente dispone que: "Toda persona tiene derecho: [...] A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a) Nadie esta obligado, a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe".

El mandato del inciso 4) de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, impide a las instituciones públicas descentralizadas, sociedades de beneficencia, empresas públicas y demás dependencias administrativas en general, la interposición de acciones de garantía contra los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y demás organismos creados por la Constitución, por los actos efectuados en el ejercicio regular de sus funciones.

Quinta hipótesis

A tenor del artículo 37.º de la Ley N.º 23506, no procede la interposición de la acción de amparo por prescripción extintiva de la acción. El referido artículo precisa que "El ejercicio de la Acción Amparo caduca a los sesenta días hábiles de producida la afectación siempre que el interesado, en aquella fecha, se hubiera hallado en la posibilidad de interponer la acción. Si en dicha fecha esto no hubiere sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento". El Tribunal Constitucional, en vía de interpretación mutativa, considera la caducidad como una prescripción extintiva.

Así, en la acción de amparo de Eteselva S.R.L. vs. Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (Exp. N.º 1049-2003-AA/TC), estimó que "Teniendo en cuenta que por su propia naturaleza y que por que así

lo establece la Primera Disposición General y Transitoria de la Ley N.º 26435, el Tribunal Constitucional realiza la interpretación de la Constitución y las leyes [...]. Por otro lado, ante la interposición de una demanda de amparo extemporánea el transcurso del plazo no extingue el derecho constitucional invocado, toda vez que su defensa podrá realizarse en las vías procesales ordinarias – distintas del amparo- que ofrezca el ordenamiento. Por lo tanto [...] interpreta que el plazo indicado en el artículo 37.º de la Ley N.º 23506 no es un plazo de caducidad, pues su transcurso no extingue el derecho constitucional agraviado sino, simplemente, cancela la posibilidad de la vía procesal urgente del amparo para su protección (...); y agrega que "(...) si el transcurso del plazo extinguiere el derecho constitucional cuya protección se solicita, entonces este Colegiado necesariamente se debería expresar en términos de caducidad. Dado que no es así, en función de lo expuesto se puede concluir que, independientemente del defecto en el *nomen iuris* utilizado por el legislador, el artículo 37.º de la Ley N.º 23506 regula el plazo de prescripción extintiva para la interposición de la demanda de amparo".

De otro lado, el artículo 26º de la Ley N.º 25398 establece que el plazo de prescripción extintiva se computa desde el momento en que se produce la afectación, aun cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad.

En caso que la afectación y la orden que la ampara se ejecuten simultáneamente, el cómputo del plazo de prescripción se iniciará en dicho momento. Si los actos que constituyen la afectación son continuados o de tracto sucesivo, el plazo se computará desde la última fecha en que se realizó la última agresión.

Sexta hipótesis

De conformidad con el inciso a) del artículo 16.º de la Ley N.º 25398, no procede la acción de hábeas corpus "Cuando el recurrente tenga instrucción abierta o se halla sometido a juicio por los hechos que originen la acción de garantía". La citada causal plantea dos posibilidades procesalmente sucesivas:

a) La primera se refiere a la instrucción abierta, que es la primera etapa del proceso penal, y que eventualmente permite recolectar la prueba de la realización de un acto ilícito y, por ello, autoriza al representante del Ministerio Público para decidir la formulación de acusación penal. Por ende, tiene como finalidad determinar si la conducta inculpada es delictiva, las circunstancias o móviles de su perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.

b) La segunda, en puridad, se refiere al juzgamiento, que es la segunda etapa del proceso penal, la cual tiene por objeto emitir una decisión exculpatoria o inculpatoria respecto a la acusación formulada por el representante del Ministerio Público.

En ambas circunstancias se declarará improcedente la acción de hábeas corpus, puesto que los hechos que los originan son los mismos.

Séptima hipótesis

Según el inciso b) del artículo 16.º de la Ley N.º 25398, no procede la acción de hábeas corpus "Cuando la detención que motiva el recurso ha sido ordenada por juez competente dentro de un proceso regular". La detención, entendida como la privación de la libertad con carácter preventivo dentro del ámbito de un proceso judicial, debe ser dictada por juez dotado con poder jurisdiccional para conocer el caso del afectado, y dentro de un proceso en donde se encuentren garantizados el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

En cuanto a la competencia del juez penal, se determina por razón del territorio, función (condicionada a la estructura jerárquica del Poder Judicial), conexión, naturaleza de la infracción penal y la función o cargo público que ocupe el imputado; y en cuanto al juez civil, se establece por razón de la materia, territorio, cuantía y función.

Como bien puntualiza Alberto Borea Odría [*"Evolución de las Garantías Constitucionales"*, Lima, Grigley, 1996, pág. 208], "(...)en el caso de un procedimiento regular que está siendo tramitado por los jueces competentes, no procede la Acción de Hábeas Corpus, (*puesto*) que lo relativo a la libertad de la persona tiene que ser visto por el propio juez y dentro del mismo procedimiento en el que se está esclareciendo su situación jurídica (...)".

Octava hipótesis

Finalmente, el inciso c) del artículo 16º de la Ley N.º 23598 preceptúa que no procede la acción de hábeas corpus "En materia de liberación del detenido, cuando el recurrente sea prófugo de la justicia, o desertor de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional o evasor de la conscripción militar, o militar en servicio arrestado por sus jefes o esté cumpliendo pena privativa de la libertad ordenada por los jueces".

Como corolario, es menester enfatizar que no existe impedimento para la interposición de una acción de hábeas corpus cuando una persona se encuentre procesada por el delito de traición a la patria previsto en el artículo 325.º del Código Penal, en cuyo caso se aplicarán las reglas previstas en las Leyes N.ºs 23506 y 25398. La frase "o traición a la patria" que consigna el artículo 6.º de Decreto Ley N.º 25659, modificado por el artículo 2.º de la Ley N.º 26248, relativo a las acciones de hábeas corpus, fue declarada inconstitucional por este Colegiado en la sentencia recaída en el caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos vs. Estado (Exp. N.º 010-2002-AI/TC). Debido a ello, el citado artículo subsiste de la siguiente manera: "La acción de hábeas corpus es procedente en los supuestos previstos en el artículo 12.º de la Ley N.º 23506, en favor de los detenidos, implicados o procesados por los delitos de terrorismo, debiendo observarse las siguientes normas de procedimiento: (...)".

Similar situación se produce con lo originariamente establecido en el artículo 38º de la Ley N.º 23506, es decir, que "No proceden las acciones de Hábeas Corpus

y Amparo respecto de las garantías y derechos señalados específicamente en el artículo 231º de la Constitución Política (hace referencia al texto de 1979)". Ello porque dicha norma fue derogada implícitamente por el artículo 200º de la Constitución de 1993, que expresamente establece que "El ejercicio de las acciones de Hábeas Corpus y de Amparo no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137º de la Constitución".

El caso de las condiciones de procedibilidad en la presente litis

7. Por lo expuesto precedentemente, debe desestimarse la excepción de caducidad prevista en el artículo 37º de la Ley N.º 23506, deducida por la emplazada, dado que lo que se cuestiona mediante el presente proceso es, *prima facie*, un estado de amenaza cierta, pues existe una norma jurídica que justifica los actos cuestionados, y además inminente, debido a que existe fecha determinada para la consolidación de tales actos. En el mismo sentido, si la demanda hubiese sido planteada mucho tiempo después de haberse aprobado la Ordenanza en referencia, no se cancelaría la posibilidad de objetarla mediante el amparo constitucional, teniendo en cuenta que lo que se cuestiona no es el contenido total de dicha norma, sino específicas restricciones condicionadas a determinados periodos de tiempo.

8. Asimismo, tampoco debe omitirse que si la norma respectiva establece las restricciones antedichas de una forma tal que las mismas se reiteran una vez por año o en cada oportunidad en que acaee la Semana Santa, se configura un contexto de amenazas o transgresiones de naturaleza sucesiva, frente a las cuales, y como ya lo ha señalado este Colegiado en jurisprudencia uniforme y reiterada, no cabe contabilizar término de prescripción alguno. Es evidente, entonces, que en el caso de autos se presenta una coexistencia de los denominados actos en expectativa y actos de tracto sucesivo, por lo que resulta inaplicable la causal de improcedencia establecida en el inciso 1) del artículo 6.º de la Ley N.º 23506, que dispone que no proceden las acciones de garantía "En caso de haber cesado la violación o la amenaza de violación de un derecho constitucional, o si la violación se ha convertido en irreparable [...]", pues los hechos que motivan la presente acción de garantía no han desaparecido o cesado en su totalidad.

9. Tampoco cabe considerar que en el caso de autos se ha producido sustracción de materia, pues aunque la demanda fue interpuesta faltando pocos días para la concreción de la amenaza señalada, y su trámite prosiguió aún después de verificada ésta, debe volverse a reiterar que, en el presente caso, una situación semejante o prácticamente igual se vuelve a configurar por cada periodo anual, sin que pueda afirmarse que porque ya transcurrió una primera Semana Santa desde que las demandantes interpusieron el presente proceso, no pueda ello, en lo sucesivo, volverse a repetir en idénticas condiciones, tanto más si la norma materia de autos se encuentra vigente para todos sus efectos.

Amparo contra ordenanzas

10. Un segundo aspecto a tomar en cuenta tiene que ver con el cuestionamiento directo las demandantes a la Ordenanza emitida por la Municipalidad emplazada, norma que tiene rango de ley, según lo contempla la Constitución, y que establece además que contra ella procede la acción de inconstitucionalidad. Aunque sobre este aspecto se ha invocado el precepto constitucional según el cual no procede el amparo contra normas legales, este Tribunal considera pertinente precisar que en el caso de autos, y en tanto la Ordenanza cuestionada dispone restricciones y sanciones sobre todos aquellos que incumplan en abstracto sus disposiciones, queda claro que por sus alcances se trata, en el supuesto examinado, de una norma de naturaleza autoaplicativa que, como tal, no requiere actos concretos de utilización, ya que desde su sola entrada en vigencia genera una serie de efectos jurídicos, que son los que precisamente se cuestionan mediante la presente demanda. Por consiguiente, tomando en consideración lo expuesto en el Fundamento N.º 6, *supra*, por tratarse la ordenanza materia de controversia de una disposición autoaplicativa, no opera la prohibición de interponer demandas de amparo contra normas, razón por la cual debe desestimarse el argumento de la demandada referido a la inexistencia de este requisito de procedibilidad.

Verificadas las condiciones de procedibilidad de la presente acción, este Tribunal se encuentra en condiciones de resolver sobre el fondo del asunto controvertido.

B. La determinación de las competencias de los gobiernos municipales en relación a las empresas comerciales que operan dentro de sus jurisdicciones.

11. Las Municipalidades son definidas como gobiernos locales que ejercen su competencia en la circunscripción de las provincias y distritos del Estado, y tienen una pluralidad de tareas, las cuales le son asignadas atendiendo a lo siguiente:

a) Competencia por territorio.

Según ésta, las municipalidades, sean provinciales, distritales o delegadas, cuando ejercen sus atribuciones normativas, administrativas o económicas, sólo deben referirse a las circunscripciones geográficas para las cuales han sido elegidas (esto se conoce como la Jurisdicción).

b) Competencia por grado.

Se refiere a que, sin perjuicio de su autonomía, entre las municipalidades provinciales, distritales y delegadas existen dos tipos de relaciones: de coordinación, para las labores conjuntas, y de subordinación de las segundas para con las primeras, en el sentido que deben someterse a la decisión final o a su autorización que según el caso emitan. Se establece, así, un criterio de jerarquía.

c) Competencia por materia.

Según la cual, los campos específicos en los cuales las municipalidades pueden actuar, se encuentran enumerados en la Ley Orgánica de Municipalidades.

12. En principio, es inobjetable que los gobiernos municipales gozan de determinadas competencias por la materia relacionadas a los establecimientos comerciales, sobre todo en lo vinculado a la autorización de funcionamiento y control de sus operaciones, de modo que se garantice el cumplimiento de las normas legales, el orden público, las buenas costumbres y el respeto a los derechos de los ciudadanos, conforme lo estableció en su momento el inciso 7) del artículo 68.º de la Ley Orgánica de Municipalidades (vigente al momento de plantearse la presente controversia), concordante con los artículos 80.º y 83.º de la nueva Ley Orgánica de Municipalidades (N.º 27972).

13. Dentro de dicho contexto, queda claro que la regulación y fiscalización de una determinada actividad comercial son actividades plenamente legítimas. Por ende, determinados derechos relacionados con dicha actividad pueden –relativamente– ser objeto de reglamentación.

El carácter vinculante o no vinculante de las costumbres religiosas

Carlos Santiago Nino [Fundamentos de derecho constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2002, Pág. 280] expresa que es objetivamente claro "que la libertad para profesar cualquier creencia y, en especial, la de adherir a cualquier culto religioso o no adherir a ninguno es una derivación central del principio de autonomía de la persona".

14. En el mismo sentido, J. Hervada, expone que: ("Los eclesialicistas ante un espectador". Pamplona. Eunsa, 1999, pág. 25) "la libertad es algo que el hombre ya tiene por naturaleza y que posee en el orden del ser, bien como dimensión ontológica, bien como derecho natural". En esa perspectiva, una persona puede optar por establecer una relación con lo que estime un ser trascendente, divinidad o Dios. Por consiguiente, la libertad religiosa no es una aspiración a alcanzar, sino un atributo instalado en la voluntad de la persona humana.

15. La religión es el conjunto de creencias y dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y de normas para ajustar la conducta individual. En esa orientación, Gregorio Badeni ("Instituciones de Derecho Constitucional". Buenos Aires. Ad hoc, 2000. Pág. 283] sostiene que se trata de "un conjunto fundamental de creencias o dogmas sobre la divinidad, que se traduce en una serie de convicciones de carácter metafísico que impulsan al hombre a adoptar determinados comportamientos y a cumplir con ciertos ritos acordes con aquellas creencias". Por su parte, Máximo Pacheco ("Teoría del derecho". Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976] manifiesta que es la potestad de profesar la confesión religiosa que cada uno considere como verdadera, así como la de sostener su creencia dentro de su entorno social.

16. Ninguna persona puede ser impedida de ejercer su opción de adorar a alguna divinidad, pues se trata de una de las manifestaciones de la libertad de conciencia, ya que previamente parte del reconocimiento de la existencia

de una esfera reservada al individuo, en la que no cabe interferencia o intromisión alguna por parte de terceros.

17. Entonces, la libertad religiosa se configura como una "zona reservada" y, por tal, prohibida a la injerencia del Estado o de la sociedad. Como enfatiza Isaiah Berlin ["Cuatro Ensayos sobre la libertad". Madrid. Alianza, 1998, pág. 220] se trata de una libertad negativa; vale decir que, respecto a ella, el Estado debe sólo limitarse a prohibir o restringir determinadas conductas (no convicciones) que atenten contra la libertad religiosa de los demás o el orden público y la moral social.

18. En dicho contexto, el reconocimiento y protección constitucional de la libertad religiosa comporta el establecimiento de los cuatro atributos jurídicos siguientes:

- a) Reconocimiento de la facultad de profesión de la creencia religiosa que libremente elija una persona.
- b) Reconocimiento de la facultad de abstención de profesión de toda creencia y culto religioso.
- c) Reconocimiento de la facultad de poder cambiar de creencia religiosa.
- d) Reconocimiento de la facultad de declarar públicamente la vinculación con una creencia religiosa o de abstenerse de manifestar la pertenencia a alguna. Es decir, supone el atributo de informar, o no informar, sobre tal creencia a terceros.

19. El reconocimiento de la profesión religiosa genera, por derivación, los derechos a practicar los actos de culto y a recibir la asistencia religiosa de la propia confesión; a conmemorar las festividades y a celebrar los ritos matrimoniales; y a recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole de acuerdo con las propias convicciones. De acuerdo con dichas facultades se generan los principios de inmunidad de coacción y de no discriminación.

El principio de inmunidad de coacción consiste en que ninguna persona puede ser obligada a actuar contra sus creencias religiosas; es decir, que no podrá ser obligada o compelida jurídicamente a obrar de manera opuesta a dichas convicciones. Tal exención alcanza al ateo o al agnóstico, que en modo alguno puede ser apremiado a participar en alguna forma de culto, o a comportarse en coincidencia con los ritos y prácticas derivados de un dogma religioso, o a prestar juramentos bajo dichas formas y convicciones.

Javier Saldaña ["Libertad Religiosa y Pluralidad Religiosa". En Derechos Fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica Núm. 96, 2002, pág. 666] expone que, conforme a este principio "nadie debe ser objeto de coacción que pueda menoscabar su libertad de tener una religión o convicciones de su elección". El Estado no puede prohibir que las personas actúen o dejen de actuar de conformidad con sus creencias

religiosas, mientras no perjudiquen ni ofendan a terceros, o quebranten el orden político o la moral social. Dicha consideración es, también, válida para los no creyentes.

La inmunidad de coacción implica que la conducta de las instituciones estatales debe estar predeterminada; tal cuestión ya había sido concebida por Thomas Jefferson en El Proyecto para la Libertad Religiosa (Estado de Virginia, 1786) en los siguientes términos: "Que el magistrado civil se inmiscuya con los poderes de la opinión, para restringir la profesión o propagación de principios, por una supuesta tendencia maligna, es una peligrosa falacia que destruye la verdadera libertad religiosa; y "que es tiempo para los propósitos correctos del gobierno civil y que sus funcionarios intervengan sólo cuando los principios se tornan en actos abiertos contra la paz y el buen orden".

El principio de no discriminación establece la proscripción de un trato que excluya, restrinja o separe, menoscabando la dignidad de la persona e impidiendo el pleno goce de los derechos fundamentales. Éste es aplicable a la diferenciación no justificable en el ámbito laboral, educativo, etc., o al desempeño de cargos o funciones de naturaleza pública que estén condicionados a la adhesión o no adhesión a una filiación religiosa.

20. La libertad religiosa se configura como un derecho individual y colectivo, pues se predica tanto de la persona en sí misma como de la pluralidad de ellas asociadas en una Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa. En este último caso se expresa en el derecho a establecer lugares de culto, a formar y nombrar operadores religiosos, a divulgar y propagar la fe de la asociación religiosa, etc.

21. La libertad religiosa no sólo se expresa positivamente en el derecho a creer, sino también en el derecho a practicar. En ese contexto aparece la libertad de culto, entendida como la atribución que tiene toda persona para ejecutar actos y participar en ceremonias representativas vinculadas con su creencia religiosa. Así, formada la convicción religiosa, la fe trasciende el fuero interno del creyente y se manifiesta socialmente, percibiéndose como la facultad de la concurrencia a lugares de culto y la práctica de los ritos de veneración o adoración a "su" divinidad, e incluso como la adopción de determinadas reglas de trato social (saludo, vestimenta, etc.). La existencia del culto religioso apareja la posibilidad de poder erigir construcciones sacras; el empleo de fórmulas y objetos rituales; la exhibición de símbolos; la observancia de las fiestas religiosas; y hasta la prerrogativa de solicitar y recibir contribuciones de carácter voluntario. En torno a ello, Gregorio Badeni ["Instituciones de Derecho Constitucional". Buenos Aires. Ad hoc, 2000, pág. 283] acota que, "(...) en la medida que genera relaciones sociales que gravitan sobre la configuración de la vida social, (el culto) puede ser objeto de reglamentación legal, pero solamente en sentido negativo. La Ley no puede indicar cuál debe ser el contenido del culto, sino limitarse a describir los comportamientos vedados, con motivo de la práctica religiosa".

En ese orden de ideas, se sustenta el principio de no lesión de los derechos de terceros.

Dicha pauta basililar, que contiene un límite objetivo a la libertad de cultos, consiste en la proscripción de conductas perniciosas o de molestias efectuadas durante el ejercicio de un culto o práctica religiosa, que dañen o menoscaben los derechos que la Constitución y las leyes reconocen a los no creyentes o creyentes de confesiones distintas.

Sobre tal cuestión, Carlos Santiago Nino [Fundamentos de derecho constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2002, pág. 281] remarca que "(...) el daño a terceros no puede consistir en la molestia que ellos sufren al presenciar o conocer el ejercicio de cultos que no comparten a causa de sus propias actitudes de intolerancia respecto de tales cultos". El **daño** que proviene de que no se acepte la autonomía personal en los asuntos de conciencia, jamás podrá computarse a los efectos de la aplicación de este principio.

22. Dentro de un Estado a confesional la relación entre el cuerpo político y las iglesias surgidas del reconocimiento al pluralismo religioso se rige por el principio de incompetencia recíproca; vale decir que, de un lado, el Estado reconoce la existencia de "espacios" en la vida de las personas en los que le está vedado regular y actuar. De manera concordante, las Iglesias aceptan como valladar ético y jurídico la intervención institucional en asuntos propiamente estatales.

Al respecto, Robert Audi [Trad: La separación de la Iglesia y el Estado y las obligaciones de los ciudadanos. En: Filosofía y Asuntos Públicos. EEUU: 1989 Volumen 18 N3, págs. 259 y s.s.] sostiene que en esos Estados existe la denominada separación institucional, según la cual el cuerpo político no debe interferir en las cuestiones religiosas e, idénticamente, las Iglesias u otras instituciones de la misma naturaleza no deben interferir en cuestiones políticas.

En el mismo rango de ideas, Jorge De Estelson y Pedro J. Gonzales Trevijano [Curso de Derecho Constitucional Español. Madrid: Rumograf, 1993 Tomo II, pág. 56] definen al Estado a confesional como aquél "en donde no existe una religión oficial y que permite la existencia de varias, pero en el que se reconoce la especial colaboración del Estado con uno de ellas, que es la preponderante".

En dicha modalidad estadual queda asignada la atribución personal de alcanzar como finalidad sustancial, según las propias convicciones de conciencia –aceptando o negando la existencia de un Dios-, la plenitud espiritual incondicionada. Por ende, se niega al poder político la facultad de afirmar una verdad teológica, aunque éste puede reconocer el papel histórico, social o cultural desempeñado por una Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa en favor de la institucionalización y desarrollo de dicha sociedad política.

23. Otro aspecto a esclarecer tiene que ver con las implicancias de la religión católica en un Estado como el nuestro y su relación con el ejercicio de los diversos derechos fundamentales de las personas, sean éstas naturales o jurídicas. A este respecto, nuestra Constitución

proclama la libertad de religión como un atributo esencial de toda persona (artículo 3°, inciso 2).

La lectura sistémica de la Constitución no deja duda alguna de que el Estado disocia los asuntos temporales de los asuntos espirituales; es decir, que los aspectos vinculados con la fe trascendente y la moral están librados única y exclusivamente a la conciencia de cada persona.

Empero, no puede soslayarse que la religión católica ha sido y es la fe tradicional del pueblo peruano –la cual por varias razones se articula a nuestro concepto mismo de nación– y ha determinado que el artículo 50.º de la Constitución establezca, como un reconocimiento a su raigambre institucional, que "Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú y le presta su colaboración".

Tal colaboración se formalizó a través del Concordato con la Santa Sede de 1980, en el se establece un régimen especial que rige las subvenciones para personas, obras y servicios de la Iglesia, amén de las exoneraciones, beneficios y franquicias tributarias; la plena libertad para el establecimiento de centros educativos bajo administración eclesial; la asignatura de religión como materia ordinaria en el currículo escolar, entre otros acuerdos. Asimismo, establece, entre otros formas de colaboración, el compromiso de prestación religiosa para el personal católico de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional a través de un vicario castrense, y de servicios religiosos para los fieles de dicha confesión internados en centros hospitalarios, tutelares y penitenciarios del Estado.

24. No obstante, el deber de colaboración estatal a favor de la Iglesia Católica como reconocimiento del importantísimo papel que tuvo en la formación histórica, cultural y moral del país, no supone que se permita la invasión a la esfera de otras creencias o maneras de pensar, pues de ser así no tendría sentido que la propia Constitución proclame una libertad que luego se esforzaría en neutralizar.

25. Este Colegiado considera que, aun cuando existiesen costumbres religiosas arraigadas en nuestra colectividad, ello no significa que el Estado, en sentido lato, esté facultado para establecer prohibiciones a conductas no compatibles con los dogmas y ritos católicos; claro está, siempre que tales comportamientos no ofendan a la moral pública ni transgredan el orden público.

26. Por ello, si algún organismo del Estado prohibiera a las personas que actúen según las exigencias derivadas de sus costumbres religiosas, estaría violentando el principio de inmunidad de coacción y, por ende, transgrediendo el derecho a la libertad de conciencia y de religión.

27. Bosquejado este marco conceptual, cabe sin embargo precisar que ni en la parte considerativa, ni en la parte resolutive de la Ordenanza Municipal N.º 039-MPH-CM, expedida por la Municipalidad Provincial de

Huancayo, se aprecia como fundamento de la prohibición del consumo de licor durante la denominada Semana Santa, la invocación o justificación de las costumbres religiosas del lugar. Por el contrario, la *ratio juris* de dicha disposición se sustenta en la defensa del orden público.

28. El orden público es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. El orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad.

29. En ese contexto, el Estado puede establecer medidas limitativas o restrictivas de la libertad de los ciudadanos con el objeto que, en el caso específico de la defensa de valores como la paz o de principios como la seguridad, se evite la consumación de actos que puedan producir perturbaciones o conflictos. De allí que en resguardo del denominado orden material –elemento conformante del orden público– el Estado procure la verificación de conductas que coadyuven al sostenimiento de la tranquilidad pública, el sosiego ciudadano, etc.

30. Por tales razones, este Colegiado estima que la Ordenanza cuestionada tiene como finalidad contribuir a que las celebraciones de la Semana Santa –que involucra a cientos de miles de fieles, y en donde se conjuga la costumbre religiosa y el fervor popular– se lleven a cabo en armonía con el deseado orden material. De allí que la prohibición de consumo de alcohol en esa particular circunstancia obtenga justificación jurídica. Al respecto, no debe olvidarse que acontecimientos con numerosa participación ciudadana (tales los casos de los censos nacionales, la celebración de comicios electorales, etc.), pueden ser objeto de perturbaciones en su desarrollo cuando, como consecuencia de la acción individual o grupal de personas con signos de intoxicación alcohólica, se pudieran generar actos de violencia callejera, desasosiego social, y cuyas consecuencias atenten contra la vida o la integridad física de los participantes en dichos actos.

31. En el texto mismo de la Ordenanza Municipal N.º 039-MPH-CM, se constata que la *ratio juris* de la prohibición de la venta y consumo de bebidas alcohólicas en los bares, videopubs, discotecas, clubes nocturnos y similares durante la Semana Santa no se sustenta en consideraciones de carácter religioso, sino en la defensa del orden público. Ello se evidencia del contenido del artículo 2.º de la norma, que dispone “Ratificar con carácter de riguroso el cumplimiento de la Ordenanza Municipal N.º 002-96-MPH-CM; respecto a la prohibición de consumo de licor en los parques, plazas y vías de la ciudad”. Asimismo, se corrobora cuando se establece en el artículo 5.º “Encargar a la Dirección General de Comercialización y Ferias para que con el Apoyo de la

Dirección general de Participación Vecinal y Seguridad Ciudadana tener las acciones necesarias para el cabal cumplimiento de la presente(...)”.

32. En consecuencia, la referida prohibición tiene como elemento justificante la conservación del orden y la preservación de la seguridad ciudadana durante la celebración de un culto religioso que moviliza por las calles a miles de personas, ya que ha tenido en cuenta, como ya se expresó anteriormente, que la religión católica es mayoritariamente profesada en nuestro país. En suma, el interés público subyacente guarda relación con el mantenimiento del orden público, mas no con una exigencia de conducta impuesta por una determinada confesión religiosa.

33. Se denomina como interés público al conjunto de actividades o bienes que, por criterio de coincidencia, la mayoría de los ciudadanos estima, merita o tasa como “algo” necesario, valioso e importante para la coexistencia social.

En otras palabras, todo aquello que, por consenso, se comparte y considera como útil, valioso y hasta vital para la sociedad, al extremo de obligar al Estado a titularizarlo como uno de los fines que debe perseguir en beneficio de sus miembros. Por tal imperativo, el cuerpo político jamás podrá tener como objetivo la consagración de intereses particulares.

En el interés público confluyen las expectativas de la sociedad civil y la actuación del Estado. Elizabeth Salmón [Las acciones de interés público y el derecho internacional de los derechos humanos. En Ensayos de interés público. Gorki Gonzales editor. Lima: PUCP, 2002, págs. 81-82] sostiene que el papel del Estado consiste en reconocer la coincidencia de opinión de los ciudadanos en relación a “algo” considerado como necesario e importante; y en ese contexto crear los instrumentos eficaces de protección e instaurar las acciones que viabilicen la defensa de dicho interés público.

A lo expuesto habría que agregar que el papel del Estado no absorbe la actividad de la sociedad civil en la defensa y promoción del interés público, ni tampoco se limita a la regulación normativa, sino que se orienta a las responsabilidades de ejecución y administración propiamente dichas.

Por consiguiente, este Colegiado considera que el interés público emanado del sentimiento y convicción ciudadana, expresado en que todas las actividades que se realicen con participación masiva de niños, ancianos, jóvenes y adultos, requiere de la preservación de un orden; y que el Estado puede y debe adoptar las medidas que estime menester para este propósito, conforme a las reglas de razonabilidad, proporcionalidad y racionalidad. Y más aún en aquellos lugares en donde los bares, pubs, discotecas u otros, se ubiquen en lugares relativamente cercanos a la realización de dichas actividades.

34. Por las razones expuestas, la presente demanda no puede ser amparada, habida cuenta que la ordenanza

materia de *litis* ha sido emitida dentro de las facultades ediles de control o fiscalización municipal y gestión de los intereses propios de la colectividad.

FALLO

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

Ha resuelto

Declarar **INFUNDADA** la acción de amparo de autos.

Publíquese y notifíquese.

SS

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
AGUIRRE ROCA
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

EXP.N.º 3283-2003-AA/TC

JUNIN
TAJ MAHAL DISCOTEQUE
Y OTRA

FUNDAMENTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
MANUEL AGUIRRE ROCA

De acuerdo con el sentido del FALLO o parte dispositiva de esta Sentencia, pero no con buena parte de sus

apreciaciones y disquisiciones doctrinarias –que, por lo demás, a mi criterio no son parte inseparable de la materia controvertida en estos autos–, con el debido respeto de las opiniones de mis distinguidos colegas, debo aquí dejar constancia de que el respaldo que expresa mi voto no implica la aprobación de todos sus extensos y complejos fundamentos, si bien considero que, por respeto a los sentimientos del pueblo y a las tradiciones sociales, así como por las concomitantes exigencias del orden público que invoca esta Sentencia –y con los que sí coincido básicamente–, mal puede sostenerse que sea fundada la demanda –esto es, que la ordenanza, municipal impugnada viole los derechos constitucionales en ella invocados–, la misma que, por otro lado, – y en esto concuerdo con el fundamento 7 de esta Sentencia– ciertamente no está incurso en la causal de caducidad.

SR.

AGUIRRE ROCA

EXP. N.º 3283-2003-AA/TC
JUNÍN

TAJ MAHAL DISCOTEQUE
Y OTRA

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA
DELIA REVOREDO MARSANO

Suscribo la presente sentencia en atención – exclusivamente– a los fundamentos 7 y 25 al 34.

SRA.

REVOREDO MARSANO

Exp. N° 0090-2004-AA/TC [Proceso de Amparo promovido por Juan Carlos Callegari Herazo. Sobre la discrecionalidad y el pase al retiro por renovación de cuadros en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional].

Fecha de Resolución: 05 de julio de 2004

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 12 de julio de 2004

Resumen: Ha sido criterio sentado por el Tribunal Constitucional el considerar que el pase a la situación de retiro por causal de renovación en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional es una facultad discrecional del Presidente de la República, en su calidad de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional [STC N° 1906-2002-AA]; y que "(...) el ejercicio de dicha atribución (...) no implica afectación de derechos constitucionales, pues el pase al retiro no tiene la calidad de sanción derivada de un proceso administrativo-disciplinario, sino que su única finalidad es, como se ha dicho, la renovación constante de los Cuadros de Personal, conforme al artículo 168° de la Carta Magna" [STC N° 3426-2003-AA].

Sin embargo, teniendo en cuenta el permanente propósito de optimizar la defensa del principio de la dignidad de la persona humana –canon valorativo vinculado directamente a los derechos fundamentales–, el Colegiado estimó necesario establecer lineamientos para la adopción de un nuevo criterio jurisprudencial sobre dicha materia en el que se precise que tal potestad discrecional no convalida la arbitrariedad a la que puede ser sometido un oficial cuando se inobserve sus derechos fundamentales al debido proceso, de defensa, de motivación de resoluciones administrativas entre otros.

Por ese motivo, el Tribunal Constitucional aplicó en el presente caso la técnica del prospective overruling, mecanismo por el cual se produce la variación de la jurisprudencia respecto a hechos verificados con posterioridad al nuevo precedente sentado en el overruling, relevándose, por tanto, criterios establecidos con anterioridad.

Así, se estableció que con posterioridad a la publicación de la presente sentencia los nuevos casos en que la administración resuelva pasar a oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional de la situación de actividad a la situación de retiro por renovación de cuadros, quedarán sujetos a los criterios expuestos en la presente causa.

En ese sentido, se estableció que la potestad discrecional de la Administración, en el caso del pase a retiro por renovación de cuadros de los oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, debe tener como sustento la debida motivación de las decisiones, las cuales, asimismo, tienen que estar ligadas a la consecución de un interés público que, en el caso de autos, está directamente vinculado a la finalidad fundamental de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional: garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República, y garantizar, mantener y restablecer el orden interno, respectivamente, entre otras funciones que la Constitución y la ley le asignen, y al cumplimiento óptimo de sus fines institucionales en beneficio de todos y cada uno de los ciudadanos, mediante la renovación constante de los cuadros de oficiales, realizada en forma objetiva, técnica, razonada y motivada, excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.

Precisó, entonces, que las resoluciones mediante las cuales se dispone el pase a retiro por renovación de cuadros a los oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional deben fundamentarse debidamente, con argumentos de derecho y de hecho. Tales decisiones deben sustentarse en procedimientos e indicadores objetivos, como por ejemplo, el número de vacantes consideradas en el proceso anual de ascenso y los resultados del mismo, que implica

que las invitaciones para pase a retiro por renovación deben darse después de conocer dichos resultados; los respectivos planes anuales de asignación de personal; la relación de oficiales que indefectiblemente han de pasar a retiro por alguna de las causales contempladas en el artículo 55° del Decreto Legislativo N° 752 y el artículo 50° del Decreto Legislativo N° 745; determinación de un mínimo de años de servicios prestados a la institución y de permanencia en el grado; así como por el estudio detallado del historial de servicios del oficial.

Asimismo, consideró que el acto de la Administración mediante el cual se dispone el pase a retiro por renovación de cuadros de los oficiales de las Fuerzas Armadas –y por tanto, también de oficiales de la Policía Nacional del Perú–, debe observar las garantías que comprenden el derecho al debido proceso; el cual comprende un haz de derechos, entre los cuales, tiene especial relevancia para el presente caso los derechos de razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y motivación de las resoluciones.

Se consideró, también, que el derecho de defensa que le asiste a una persona en el marco de un proceso sancionatorio en el que el Estado hace uso de su *ius puniendi*, ya sea mediante el derecho penal o administrativo sancionador, no es aplicable al caso sui generis del acto de pase a retiro por renovación de cuadros de los oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, ya que éste no constituye una sanción ni, el proceso respectivo, un procedimiento administrativo sancionador.

De igual modo, reiteró que un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que, como ya lo ha señalado motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente exponer las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada.

De otro lado, consideró que el control de constitucionalidad de los actos dictados al amparo de una facultad discrecional no debe ni puede limitarse a constatar que el acto administrativo tenga una motivación más o menos explícita, pues constituye, además, una exigencia constitucional evaluar si la decisión finalmente adoptada observa los principios de razonabilidad y proporcionalidad con relación a la motivación de hechos, ya que una incoherencia sustancial entre lo considerado relevante para que se adopte la medida y la decisión tomada convierte a esta última también en una manifestación de arbitrariedad. Por lo tanto, es exigible en el caso del pase a la situación de retiro de oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional que las diferenciaciones para efectos del pase a retiro por renovación estén efectivamente justificadas con las condiciones profesionales de los oficiales y los intereses y necesidades del instituto armado correspondiente.

Finalmente, se señaló también que mal uso de la facultad discrecional de la Administración de pasar al retiro por renovación a oficiales de la PNP y FFAA mediante resoluciones no motivadas y arbitrarias, atenta también el derecho al trabajo de los oficiales afectados, el derecho al honor y a la buena reputación que tiene todo ser humano, exponiéndose el honor del administrado, pues las causas de su cese quedarán sujetas a la interpretación individual y subjetiva de cada individuo.

Otro principio vulnerado por la administración militar en el proceso de pase a retiro de sus oficiales por la casual de renovación es el de publicidad de las normas. En ese sentido, expresó el Colegiado que los institutos armados violan dicho precepto al no haber publicado el Reglamento del artículo 58° del Decreto Legislativo N° 752, Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea –que reglamenta el pase a retiro por causal de renovación– aprobado mediante el Decreto Supremo N° 83-92-DE/SG.

Temas Claves: Contenido esencial del derecho al trabajo - derecho a la igualdad - derecho a la motivación de resoluciones - derecho al debido proceso - derecho al honor y la buena reputación - derecho al trabajo - derecho de defensa - discrecionalidad de los actos administrativos - doble dimensión del derecho al debido proceso - interés público - pase a retiro militar policial - principio de interdicción en la arbitrariedad - principio de proporcionalidad y razonabilidad - principio de publicidad - *prospective overruling*

EXP. N.º 0090-2004-AA/TC

LIMA

JUAN CARLOS CALLEGARI HERAZO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Arequipa, a los 5 días de julio de 2004, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Juan Carlos Callegari Herazo contra la sentencia expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 283, su fecha 25 de julio de 2003, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente, con fecha 8 de agosto de 2002, interpone acción de amparo contra el Ministerio de Defensa, solicitando que se declaren inaplicables la Resolución Suprema N.º 073-DE/SG, de fecha 24 de mayo de 2002, y la Resolución Ministerial N.º 658-DE/FAP-CP, del 3 de abril de 2002, en tanto que la última lo pasa a la Situación Militar de Retiro por la causal de Renovación, mientras que la primera desestima el recurso de apelación interpuesto contra aquella resolución. Sustenta su pretensión en la presunta afectación del derecho al debido proceso administrativo y al principio de legalidad, además de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

El Ministerio de Defensa, por intermedio de su Procurador, contesta la demanda deduciendo la excepción de incompetencia, y sostiene que es improcedente la acción de amparo, por cuanto ella no es la vía para determinar la ineficacia de las resoluciones que se impugnan, sino el proceso contencioso administrativo; asimismo, refiere que la demanda debe declararse infundada.

El Décimo Octavo Juzgado Civil de Lima declaró infundada la excepción de incompetencia e improcedente la demanda, por considerar que la resolución cuestionada no tiene carácter ni efecto sancionador, ni afecta ningún derecho patrimonial o incide en agravio de carácter legal, ético o moral, sino que atiende a las necesidades de la institución de reformar periódicamente sus cuadros, racionalizando y adecuando el número de sus efectivos para el cumplimiento

de las metas y objetivos trazados; y que, asimismo, el accionante cobró el Fondo de Seguro de Retiro por la causal de Renovación, consintiendo el rompimiento del vínculo (sic) con la institución demandada.

La recurrida confirmó la apelada, reproduciendo parte de sus argumentos.

FUNDAMENTOS

§1. Petitorio

1. De autos se advierte que la pretensión del actor es que se declaren inaplicables la Resolución Ministerial N.º 658-DE/FAP-CP, del 3 de abril de 2002, mediante la cual se dispuso pasar al actor de la situación de actividad a la de retiro por renovación; y la Resolución Suprema N.º 073-DE/SG, de fecha 24 de mayo de 2002, por la que se declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto contra la primera de las resoluciones citadas.

§2. Sustracción de la materia

2. Conforme se desprende de la liquidación corriente a fojas 141 de autos, el demandante ha cobrado su compensación por tiempo de servicios, hecho que ha sido aceptado por él mismo en su escrito de apelación que obra a fojas 177; por tal motivo, conforme lo ha señalado en forma reiterada este Colegiado, al haber cobrado sus beneficios sociales, el accionante ha consentido plenamente la ruptura del vínculo laboral con la emplazada, razón por la cual carece de sustento la demanda y debe ser desestimada.

§3. El tema del pase a la situación de retiro por causal de renovación en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional

3. No obstante lo expuesto, este Colegiado, en atención a la importancia creciente del tema en revisión, ha decidido analizar su naturaleza e implicancia, desde una perspectiva general y con vocación vinculante.

§4. Jurisprudencia constitucional y *overruling*

4. Al respecto, el criterio sentado por este Tribunal Constitucional ha sido el de considerar que el pase a la situación de retiro por causal de renovación en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional es *una facultad discrecional del Presidente de la República*, en su calidad de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional [STC N.º 1906-2002-AA/TC], y de que "(...) el ejercicio de dicha atribución (...) no implica afectación de derechos constitucionales, pues el pase al retiro no tiene la calidad de sanción derivada de un proceso administrativo-disciplinario, sino que su única finalidad es, como se ha dicho, la renovación constante de los

Cuadros de Personal, conforme al artículo 168.º de la Carta Magna" [así señalado, últimamente, en la STC N.º 3426-2003-AA/TC].

Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada uniformemente por este Tribunal.

5. Teniendo en cuenta el permanente propósito de optimizar la defensa del principio de la dignidad de la persona humana –canon valorativo vinculado directamente a los derechos fundamentales–, este Colegiado estima necesario establecer lineamientos para la adopción de un nuevo criterio jurisprudencial sobre dicha materia; aunque –y es conveniente subrayarlo– dicho cambio sólo deberá operar luego de que los órganos involucrados con las referidas acciones de personal puedan conocer los alcances del mismo y adopten las medidas que fueren necesarias para su cabal cumplimiento, sin que, además, se afecte lo institucionalmente decidido conforme a la jurisprudencia preexistente.

En el derecho comparado, una técnica semejante, destinada a *anunciar* la variación futura de la jurisprudencia, es lo que en su versión sajona se denomina *prospective overruling*, es decir, "un mecanismo en base al cual cualquier cambio de orientación jurisprudencial (*overruling*) no adquiere eficacia para el caso decidido, sino sólo en relación a hechos verificados con posterioridad al nuevo precedente sentado en el *overruling* [Alberto Cadoppi, "Introduzione allo studio del valore del precedente giudiziale nel diritto penale italiano", en Umberto Vicenti (A cura di), *Il valore del precedenti giudiziali nella tradizione europea*, CEDAM, Padova, 1998, pág. 126].

Precisamente, en base a ello, este Tribunal anuncia que con posterioridad a la publicación de esta sentencia, los nuevos casos en que la administración resuelva pasar a oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional de la situación de actividad a la situación de retiro por renovación de cuadros, quedarán sujetos a los criterios que a continuación se exponen.

§5. Constitución, Renovación de Cuadros en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en ejercicio de facultades discrecionales.

Alcances del artículo 167.º de la Constitución Política y del artículo 58.º del Decreto Legislativo N.º 752

6. El artículo 167.º de la Constitución dispone que "El Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional". A su vez, el artículo 58.º de Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea, aprobada por Decreto Legislativo N.º 752, establece que, con el fin de procurar la renovación constante de los cuadros de Oficiales, podrán pasar a la situación de retiro por la causal de renovación, los Oficiales de Armas, Comando y Servicios de los Grados de Mayor y Capitán de Corbeta hasta General de División, Vicealmirante y Teniente General, de acuerdo a las necesidades que determine cada Instituto, y que los Comandantes Generales de cada

Instituto deberán necesariamente elevar la respectiva propuesta, cuya aprobación es potestad del Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, es decir, del Presidente de la República, en el caso de los Oficiales Generales y Almirantes, y del Ministro de Defensa, en el caso de los Oficiales Superiores.

7. La citada potestad presidencial –y, en su caso, la del Ministro de Defensa–, entendida como facultad discrecional –otorgada por el artículo 58.º del Decreto Legislativo N.º 752, en concordancia con los artículos 167.º y 168.º de la Constitución y aplicable también al caso de la Policía Nacional del Perú–, no puede entenderse como una competencia cuyo ejercicio se sustraiga del control constitucional, ni tampoco como que tal evaluación únicamente deba realizarse en virtud de la ley y los reglamentos, pues es absolutamente obvio que esa regulación legal sólo podrá ser considerada como válida si es que se encuentra conforme con la Constitución, y el ejercicio de tal competencia será legítima, si es que, al mismo tiempo, se realiza respetando los derechos consagrados en la Carta Magna, entre ellos los derechos al debido proceso, a la igualdad ante la ley, al honor y buena reputación, al trabajo, etc.

La discrecionalidad

8. La actividad estatal se rige por el principio de legalidad, el cual admite la existencia de los actos reglados y los actos no reglados o discrecionales.

Respecto a los actos no reglados o discrecionales, los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo.

En puridad, se trata de una herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión concordante con las necesidades de cada momento.

9. La discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; amén de las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal.

De conformidad con los mandatos de la Constitución o la ley, la discrecionalidad está sujeta a los grados de arbitrio concedidos, los cuales pueden ser mayor, intermedio o menor.

La discrecionalidad mayor es aquella en donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el ente administrativo dotado de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenariamente.

Dicha discrecionalidad, en lo esencial, está sujeta al control político y, residualmente, al control jurisdiccional, en cuanto a la corroboración de su existencia institucional o legal, su extensión espacial y material, tiempo de ejercicio permitido, forma de manifestación jurídica y cumplimiento de las formalidades procesales.

La discrecionalidad intermedia es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión.

La discrecionalidad menor es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra constreñido a la elección entre algunas de las variables predeterminadas por la ley.

Ahora bien, la discrecionalidad puede vincularse a algunas de las cuatro materias siguientes:

La discrecionalidad normativa

Consiste en el arbitrio para ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas.

Como consecuencia del ejercicio de dicha competencia, un ente administrativo puede dictar reglamentos institucionales, en donde se establezcan los aspectos referidos a la organización y funcionamiento administrativo, así como las responsabilidades y derechos de los funcionarios y servidores públicos a él adscritos; reglamentos ejecutivos, que tienen por finalidad principal la especificación de detalles y demás aspectos complementarios de una ley; y reglamentos autónomos, que no se fundan directamente en una ley, aunque coadyuvan al cumplimiento de tareas atribuciones o funciones encomendadas por ella.

La discrecionalidad planificadora

Se la entiende como el arbitrio para la selección de alternativas de soluciones en aras de alcanzar racionalidad y eficiencia administrativa. Para tal efecto, será necesario determinar la relación de objetivos, políticas, programas y procedimientos compatibles con los recursos materiales y humanos disponibles.

La discrecionalidad política

Es el arbitrio de la determinación de la dirección y marcha del Estado. Por ende, tiene que ver con las funciones relacionadas con el curso de la acción política, los objetivos de gobierno y la dinámica del poder gubernamental. Para tal efecto, define las prioridades en lo relativo a políticas gubernamentales y al ejercicio de las competencias de naturaleza política.

Dicha discrecionalidad opera en el campo de la denominada cuestión política; por ello, se muestra dotada del mayor grado de arbitrio o libertad para decidir. Es usual que ésta opere en asuntos vinculados con la política exterior y las relaciones internacionales, la defensa nacional y el régimen interior, la concesión de indultos, la conmutación de penas, etc.

Esta potestad discrecional es usualmente conferida a los poderes constituidos o a los organismos constitucionales.

La discrecionalidad técnica

Se define como el arbitrio para valorar o seleccionar, dentro de una pluralidad de opciones, un juicio perito o un procedimiento científico o tecnológico.

El concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión: el interés público.

10. La doctrina acepta la existencia de conceptos con contenido y extensión variable; esto es, reconoce la presencia jurídica de conceptos determinables por medio del razonamiento jurídico que, empero, varían de contenido y extensión según el contexto en que se encuentren o vayan a ser utilizados.

Es evidente que los conceptos jurídicos pretenden la representación intelectual de la realidad; es decir, son entidades mentales que se refieren a aspectos o situaciones valiosas y que imprimen calidad jurídica a ciertos contenidos de la vida social.

Los conceptos jurídicos poseen un contenido, en tanto éste implica el conjunto de notas o señas esenciales y particulares que dicha representación intelectual encierra, y una extensión, que determina la cantidad de objetos o situaciones adheridas al concepto.

En ese orden de ideas, el derecho concede un margen de apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión del concepto aplicable a una situación particular y concreta, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde será utilizada.

Conviene puntualizar que uno de los conceptos jurídicos caracterizados por su indeterminación es el interés público.

11. El interés público tiene que ver con aquéllo que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa.

La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público.

El interés se expresa confluyentemente como el valor que una cosa posee en sí misma y como la consecuencia de la inclinación colectiva hacia algo que resulta atractivo, apreciable y útil. De allí que Fernando Sainz Moreno [“Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico”, Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 008, enero - marzo de 1976] plantee que la noción interés público se entienda como expresiones del valor público que en sí mismo tienen ciertas cosas; o bien como expresión de aquello que únicamente interesa al público.

Dicho interés es tan relevante que el Estado lo titulariza, incluyéndolo entre los fines que debe perseguir necesaria y permanentemente.

En ese aspecto, Emilio Fernández Vázquez (“Diccionario de derecho público”. Buenos Aires: Astrea, 1981) enfatiza que “El Estado no puede tener más que intereses

públicos"; razón por la cual éste está comprendido en un régimen de Derecho Público.

Consecuentemente, el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo.

Como bien refiere Fernando Sainz Moreno (*vide supra*), en sí misma, la noción de "interés público" se distingue, aunque no se opone, a la noción de "interés privado". Dicha distinción radica en que, por su capital importancia para la vida coexistencial, el interés público no puede ser objeto de disposición como si fuese privado.

Empero, el carácter público del interés no implica oposición ni desvinculación con el interés privado. No existe una naturaleza "impersonal" que lo haga distinto del que anima "particularmente" a los ciudadanos. Por el contrario, se sustenta en la suma de los intereses compartidos por cada uno de ellos. Por ende, no se opone, ni se superpone, sino que, axiológicamente, asume el interés privado. Es por eso que su preeminencia no surge de la valoración de lo distinto, sino de lo general y común.

En ese contexto, la discrecionalidad opera cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público. Como lo manifiesta el mismo Sainz Moreno, "en el interés público se encuentra el núcleo de la discrecionalidad administrativa (...) y la esencia, pues, de toda actividad discrecional la constituye la apreciación singular del interés público realizada conforme a los criterios marcados por la legislación". Es decir, la discrecionalidad existe para que la Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público; esto es, para que pueda tomar su decisión librada de un detallado condicionamiento previo y sometida sólo al examen de las circunstancias relevantes que concurren en cada caso.

Al respecto, Juan Igartua Salaverría, citando a Eduardo García de Enterría, ["Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa", Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 092, octubre - diciembre de 1996], precisa que "la Administración, está obligada a justificar las razones que imponen la decisión en el sentido del interés público de una manera concreta y específica y no con una mera afirmación o invocación abstracta".

Por ello, para Igartua Salaverría, las decisiones de la Administración no gozan de presunción alguna, y no basta que se expresen en formas típicas e iterativas. Al contrario, el ejercicio de una potestad discrecional debe acompañarse de una motivación que muestre puntualmente el nexa coherente entre el medio adoptado y el interés general circunscrito al que apunta.

Es así que el interés público, como concepto indeterminado, se construye sobre la base de la motivación de las decisiones, como requisito *sine qua non* de la potestad discrecional de la Administración, quedando excluida toda posibilidad de arbitrariedad. En ese sentido, la potestad discrecional de la Administración, en el caso del pase a retiro por renovación de cuadros de los oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, debe tener como sustento la debida motivación de las decisiones, las cuales, asimismo, tienen que estar ligadas a la consecución de un interés público que, en el caso de autos, está directamente vinculado a la finalidad fundamental de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional: garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República, y garantizar, mantener y restablecer el orden interno, respectivamente, entre otras funciones que la Constitución y la ley le asignen, y al cumplimiento óptimo de sus fines institucionales en beneficio de todos y cada uno de los ciudadanos, mediante la renovación constante de los cuadros de oficiales, realizada en forma objetiva, técnica, razonada y motivada, excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.

La arbitrariedad

12. El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Por lo tanto, según lo expone Fernando Sainz Moreno (*vide supra*), "una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica".

Por lo mismo, las determinaciones administrativas que se fundamentan en la satisfacción del interés público son también decisiones jurídicas, cuya validez corresponde a su concordancia con el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como "discrecionales", no pueden ser "arbitrarias", por cuanto son sucesivamente "jurídicas" y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la "crítica racional".

El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

De allí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:

- a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.
- b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva;

como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.

En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad.

Al respecto, Tomás Ramón Fernández ["De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario", *Revista española de Derecho Administrativo*, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 080, octubre - diciembre de 1993] expone lo siguiente:

"La administración puede elegir ciertamente el trazado de la nueva carretera que mejor le parezca: el más barato y el más sencillo técnicamente, el que cause un menor impacto ecológico, el que produzca un trastorno menor de la vida social, el más corto, el que más rentabilice la inversión por su mayor capacidad de absorber un tráfico más abundante, el que redima del aislamiento a mayor número de núcleos de población, etc. Optar por uno o por otro es su derecho, pero razonar el por qué de su elección es su deber, su inexcusable deber. El mero «*porque sí*» está constitucionalmente excluido, como lo está la nada infrecuente apelación al carácter discrecional de la elección y, con mayor motivo todavía, el simple silencio al respecto."

13. Por lo tanto, en la discrecionalidad de grado intermedio y menor, el órgano jurisdiccional tiene como cuestión crucial la motivación –elemento inherente al debido proceso, que desarrollemos más adelante–, de la que depende esencialmente la legitimidad de ejercicio de todo poder, y es, por ello, inexcusable e irrenunciable, tal como lo prueba la categórica prohibición constitucional de todo uso arbitrario de aquél. Asimismo, dada una motivación, es decir, una razón de la elección, ésta debe ser plausible, congruente con los hechos, en los que necesariamente ha de sustentarse, sostenible en la realidad de las cosas y susceptible de ser comprendida por los ciudadanos, aunque no sea compartida por todos ellos. No basta, como es obvio, cualquier explicación que la Administración convenga en dar en el momento de la obligada rendición de cuentas; éstas han de ser, en todo caso, debidamente justificadas.

14. Es, pues, una conclusión absolutamente unánime en la doctrina y en la jurisprudencia que la inexistencia o inexactitud de los hechos y los argumentos de derecho sobre los que la Administración funda una decisión discrecional constituye un error de hecho, determinante para la invalidez de la decisión.

15. En buena cuenta, la discrecionalidad queda sujeta a las siguientes limitaciones: a) en los casos de los grados de discrecionalidad mayor la intervención jurisdiccional se orienta a corroborar la existencia, el tiempo de ejercicio permitido, la extensión espacial y material, así como la forma de manifestación jurídica constitucional o legal de dicha prerrogativa de la libre decisión y el cumplimiento de las formalidades procesales; b) en los casos de los grados de discrecionalidad intermedia y menor aparecen adicionalmente los elementos de razonabilidad y proporcionalidad.

Es por ello que la prescripción de que los actos discrecionales de la Administración del Estado sean arbitrarios exige que éstos sean motivados; es decir, que se basen necesariamente en razones y no se constituyan en la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte.

Dichas razones no deben ser contrarias a la realidad y, en consecuencia, no pueden contradecir los hechos relevantes de la decisión. Más aún, entre ellas y la decisión necesariamente debe existir consistencia lógica y coherencia.

En ese contexto, al Tribunal Constitucional le corresponde verificar que existan dichas razones, que éstas no contradigan los hechos determinantes de la realidad y que tengan consistencia lógica y coherente con los objetivos del acto discrecional.

16. Estos fundamentos también han sido asumidos, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional español en la Sentencia N.º 353/1993 en la que determina que "la "presunción de razonabilidad" o "de certeza" de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación (...), en tanto que presunción *iuris tantum*, también podrá desvirtuarse si se acredita la infracción o desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación en el criterio adoptado." (Fundamento jurídico N.º 3).

Asimismo, son expuestos por la Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia N.º C-175/93, en la cual argumenta que "La facultad que se le atribuye al Inspector General de la Policía Nacional para determinar las "razones del servicio", no puede considerarse omnimoda, pues aunque contiene cierto margen de discrecionalidad, éste no es absoluto ni puede llegar a convertirse en arbitrariedad, porque como toda atribución discrecional requiere un ejercicio proporcionado y racional que se ajuste a los fines que persigue y que es este caso se concretan en la eficacia de la Policía Nacional, de manera que tales razones no puedan ser otras que las relacionadas con el deficiente desempeño del agente, el incumplimiento de sus funciones, la observancia de conductas reprochables y en general la prestación de un servicio deficiente e irregular, etc.(...)".

Como señala la Defensoría de la Policía en su Informe N.º 002-2003-IN/DDP-ODPDH.04 de abril de 2003 –aplicable al caso de autos–, en el acto discrecional, la fundamentación debe extenderse a motivar suficientemente las decisiones administrativas de acuerdo a los criterios razonables, justos, objetivos y debidamente motivados. Sobre la misma idea, cita a Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, quienes acotan que "(...) nunca es permitido confundir lo discrecional con lo arbitrario, pues aquello se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, y no meramente de una calidad que las haga inatacables (...)".

Por otro lado, Eduardo García de Enterría [en Trillo-Figueroa M.-Conde, Federico, "Discrecionalidad Militar y Jurisdicción Contenciosa", Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 020, enero - marzo de 1979] expresa que «es evidente que no puede consagrarse a favor de la administración militar una libertad omnimoda y sin control (...) no hay para ello ninguna exigencia política ni ninguna justificación práctica, y si hubiese sido necesario ya lo hubieran dicho expresamente las normas que organizan y estructuran el Ejército configurando las correspondientes facultades discrecionales» >>.

De similar opinión es Juan Carlos Cassagne ["La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial", Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 067, julio-setiembre 1990], quien precisa que "(...) la posibilidad de controlar la discrecionalidad ha sido expresamente admitida por la Corte cuando media arbitrariedad al señalar que «la circunstancia de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia» (Conf. C.S 13-V-1986 «in re» D'argenio, Inés, D. c/Tribunal de Cuentas de la Nación», revista «La Ley», t. 1986-D, pág. 770)".

17. Así también lo entiende la Defensoría del Pueblo en su Informe Defensorial N.º 56 elaborado por la Defensoría Especializada en Asuntos Constitucionales de la citada Institución, de diciembre de 2000, al señalar que "Las citadas normas –se refiere a los Decretos Legislativos N.ºs 745 y 752, así como al Decreto Supremo N.º 83-92-DE/SG, que aprueba el Reglamento del artículo 58.º del último decreto legislativo citado–, para ser conformes a la Constitución, requieren que los poderes públicos, en especial las administraciones policiales y militares, así como los órganos jurisdiccionales, las interpreten adoptando criterios objetivos y razonables. De otro modo se estaría admitiendo la posibilidad de decisiones arbitrarias lo cual está vedado en un Estado de Derecho, donde no deben quedar zonas exentas de control. En efecto, "los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno", mencionados en el artículo 3.º de la Constitución, respaldan el derecho de todo ser humano a exigir un uso razonable de los poderes públicos, derecho que se refuerza con la sujeción de todo el Estado al principio de distribución, por el que su poder siempre está limitado por la Constitución y las leyes, como proclama el artículo 45.º del texto constitucional."

18. Queda claro, entonces, que las resoluciones mediante las cuales se dispone el pase a retiro por renovación de cuadros a los Oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional deben fundamentarse debidamente, con argumentos de derecho y de hecho. Tales decisiones deben sustentarse en procedimientos e indicadores

objetivos, como por ejemplo, el número de vacantes consideradas en el proceso anual de ascenso y los resultados del mismo, que implica que las invitaciones para pase a retiro por renovación deben darse después de conocer dichos resultados; los respectivos planes anuales de asignación de personal; la relación de oficiales que indefectiblemente han de pasar a retiro por alguna de las causales contempladas en el artículo 55.º del Decreto Legislativo N.º 752 y el artículo 50.º del Decreto Legislativo N.º 745; determinación de un mínimo de años de servicios prestados a la institución y de permanencia en el grado; así como por el estudio detallado del historial de servicios del Oficial.

§6 Derechos constitucionales a los que están sujetos los miembros de la Policía Nacional del Perú

19. Este Colegiado ha dejado claramente establecido que la lesión de los derechos fundamentales de la persona constituye, *per se*, un acto inconstitucional, cuya validez no es en modo alguno permitida por nuestro ordenamiento. En ese contexto, y, al amparo de la Norma Fundamental, el Tribunal Constitucional tiene la obligación de disponer a favor del agraviado la tutela más amplia, efectiva y rápida posible, restituyéndole en el goce integral y en el ejercicio pleno de su derecho amenazado o vulnerado, lo que se conseguirá mediante la cesación del acto lesivo y la privación del efecto legal que por arbitrariedad la Administración, en casos como el de autos, quisiese consumir.

20. Este Tribunal Constitucional ha precisado en la sentencia recaída en el Expediente N.º 748-99-AA/TC, del 20 de mayo de 2000 –aplicable también al caso de las Fuerzas Armadas– que si bien los miembros de la Policía Nacional del Perú se rigen por sus propios estatutos y reglamentos, conforme lo establece el artículo 168.º de la Constitución Política, ello no significa que estén al margen de la protección constitucional, pues su propia Ley Orgánica, de conformidad con los principios, valores y fines establecidos en el Texto Fundamental de la República, dispone en el numeral 9) de su artículo 36.º que son derechos del personal policial "los demás reconocidos por la Constitución y las Leyes.". Dicho postulado ha sido asimilado por la Resolución Ministerial N.º 186-2002-IN/0102, de fecha 6 de febrero de 2002, al señalar en sus considerandos que "(...) las normas internacionales sobre derechos humanos otorgan un marco para el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona que le corresponden también al miembro de la Policía Nacional en su condición de persona humana (...)".

21. Por ello, corresponde a este Colegiado pronunciarse sobre la violación de derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú en el caso de pase a la situación de retiro por renovación.

§7. Los derechos fundamentales de la persona y el pase a la situación de retiro por causal de renovación de cuadros en las Fuerzas Armadas

El debido proceso

22. El debido proceso, según lo ha establecido la doctrina en forma consolidada, es “un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales (como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros) que impiden que la libertad y los derechos individuales sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo al Estado) que pretenda hacer uso abusivo de éstos. [Bustamante Alarcón, Reynaldo, “El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo”, Cit. por Javier Dolorier Torres en “Diálogo con la Jurisprudencia”, Año 9, número 54, marzo 2003, Gaceta Jurídica, Lima, pág.133]. Con similar criterio, Luis Marcelo De Bernardis define al debido proceso como “el conjunto mínimo de elementos que deben estar presentes en cualquier clase de proceso para hacer posible la aplicación de la justicia en el caso concreto”.

23. Al respecto, este Colegiado en reiteradas ejecutorias ha establecido que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139.º de la Constitución no sólo tiene una dimensión, por así decirlo, “judicial”, sino también una “administrativa” y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, se extiende a “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, (la que) tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8º de la Convención Americana.” (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71). Es así como también la Corte Interamericana sostiene –en doctrina que ha hecho suya este Colegiado en la sentencia correspondiente al Exp. N.º 2050-2002-AA/TC– que “si bien el artículo 8º de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.”(párrafo 69). “(...) Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos’, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. (Párrafo 71) [La Corte ha insistido en estos postulados en los Casos Baena Ricardo, del 2 de febrero de 2001 (Párrafos 124-127), e Ivcher Bronstein, del 6 de febrero de 2001 (Párrafo 105)]”.

24. En efecto, el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos

estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo – como en el caso de autos–, o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

25. Como ya lo ha precisado este Tribunal en contaste jurisprudencia, el derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo. Entre estos derechos constitucionales, especial relevancia para el presente caso adquieren los derechos de razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y motivación de las resoluciones. Es por ello que este Colegiado considera que el acto de la Administración mediante el cual se dispone el pase a retiro por renovación de cuadros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas –y por tanto, también de Oficiales de la Policía Nacional del Perú–, debe observar las garantías que comprenden el derecho al debido proceso.

El derecho de defensa

26. El artículo 58º del Decreto Legislativo N.º 752 – Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea– prescribe la figura del pase a la situación de retiro por renovación; es decir, la cesación en la actividad funcional de algún oficial militar, en servicio, de los Grados de Mayor y Capitán de Corbeta hasta General de División, Vicealmirante y Teniente General, de acuerdo a las necesidades que determine cada Instituto. Para decidir tales efectos, la Administración castrense tendrá en cuenta aquello que considera indispensable, esencial y preciso para la correcta marcha institucional.

Entonces, es pertinente puntualizar que en la aplicación de esta modalidad de cese no existe un entroncamiento con el derecho de defensa del afectado, dado que se sustenta en criterios institucionales.

27. Como se ha sostenido en diversas causas, el derecho de defensa protege el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial o del procedimiento administrativo sancionatorio. Este estado de indefensión no sólo es evidente cuando, pese a atribuírsele la comisión de un acto u omisión antijurídico, se le sanciona a un justiciable o a un particular sin permitirle ser oído o formular sus descargos, con las debidas garantías, sino también a lo largo de todas las etapas del proceso y frente a cualquier tipo de articulaciones que se puedan promover.

28. Desde luego, ese no es el caso del proceso de pase a retiro por renovación de cuadros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, dado que dicho proceso de “ratificación” no tiene por finalidad pronunciarse sobre actos u omisiones antijurídicas que pudiera haber cometido el oficial y, en esa medida, la validez de la decisión final no depende del respeto del derecho de defensa. En tal sentido, la decisión de pasar a retiro a un oficial por la causal antes invocada no debería constituir una sanción disciplinaria. La sanción, por su propia naturaleza, comprende la afectación de un derecho o interés derivado de la comisión de una conducta disvaliosa para el ordenamiento jurídico.

29. Por ello, este Tribunal considera que el derecho de defensa que le asiste a una persona en el marco de un proceso sancionatorio en el que el Estado hace uso de su *ius puniendi*, ya sea mediante el derecho penal o administrativo sancionador, no es aplicable al caso *sui generis* del acto de pase a retiro por renovación de cuadros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, ya que éste no constituye una sanción ni, el proceso respectivo, un procedimiento administrativo sancionador.

La motivación de las resoluciones

30. El inciso 1.2) del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 27444, del Procedimiento Administrativo General, establece que forma parte del debido procedimiento administrativo el derecho del administrado a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. Dicha motivación debe efectuarse en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico, en concordancia con lo establecido por en numeral 4) del artículo 3.º de la citada ley.

31. Al respecto, la Defensoría del Policía, en el citado Informe N.º 002-2003-IN/DOR-ODPDH-04, precisa que con la motivación los afectados por un acto administrativo pueden saber con que sustento se emitió éste, información indispensable y a la que el administrado tiene derecho en virtud al apartado 6.1 del artículo 6.º de la Ley N.º 27444, que indica que: "La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado".

Asimismo, la motivación debe otorgar seguridad jurídica al administrado y permitir al revisor apreciar la certeza jurídica de la autoridad que decide el procedimiento; para ello no se debe utilizar las citas legales abiertas, que sólo hacen referencia a normas en conjunto como reglamentos o leyes, pero sin concretar qué disposición ampara la argumentación o análisis de la autoridad, como lo establece el apartado 6.3 del artículo 6º de la norma invocada, que dispone que "no son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto".

En el referido informe se cita a Eduardo García de Enterría y a Ramón Fernández, los cuales sostienen que "(...) La motivación es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo; la motivación ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión (...) motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica;

ya, en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto (...) la ley obliga a la administración a motivar sus decisiones, lo que quiere decir, hacer públicas las razones de hecho y de derecho en los cuales las mismas se apoyan".

32. Es en ese sentido que la Defensoría del Pueblo, en su Informe Defensorial N.º 56, señala "(...) que con la práctica de pasar a retiro por renovación sin una adecuada motivación se estaría truncando la carrera militar o policial de numerosos oficiales, lo que podría ocasionar distorsiones en la adecuación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional a los valores que sustentan la democracia (...)".

33. La motivación es, pues, uno de los requisitos esenciales del acto administrativo. Su omisión es sancionada con la invalidez del acto, según lo prescribe el inciso 4) del artículo 3.º de la mencionada Ley N.º 27444.

En concordancia con ello, el inciso 2) del artículo 10.º de la norma invocada preceptúa que el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez –como lo es la falta de motivación– es un vicio del acto administrativo, que causa su nulidad de pleno derecho.

34. Es por ello que este Tribunal Constitucional reitera que un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que, como ya se ha dicho, motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente exponer las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada.

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad

35. El numeral 1.4. de la Ley de Procedimiento Administrativo General enuncia el principio de razonabilidad, según el cual, las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que se deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

La razonabilidad implica que el acto estatal debe mantener su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran. Así, la doctrina exige que se produzca una consonancia entre el hecho antecedente "creador" o "motivador" del acto estatal y el hecho consecuente derivado de aquél.

En consecuencia, la razonabilidad comporta una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado.

Por otro lado, la razonabilidad puede ser analizada desde una doble perspectiva: cuantitativa y cualitativa.

La razonabilidad cuantitativa pondera el contenido del proceso discursivo o inferente que concluye con una proposición lógica y axiológicamente válida. Su fundamentación apuesta a la adecuación entre el hecho desencadenante del acto estatal y el resultado de éste en cuanto a su magnitud numérica, dineraria, aritmética, etc.

La razonabilidad cualitativa pondera el proceso discursivo o inferente que concluye con una regla simétrica o asimétrica de asignación de facultades, derechos, deberes, deberes o servicios, según sean iguales o diferentes los hechos generados por las personas. Así, su objeto será la determinación de consecuencias jurídicas homogéneas para aquellos que se encuentren en idénticas circunstancias, y distintas para los que se hallen en disímiles circunstancias.

El acto estatal debe acreditar la necesaria disposición o correspondencia entre la causa que lo origina y el efecto buscado. Existe, entonces, la necesidad de acreditar coherencia y equilibrio entre el antecedente que origina el acto estatal y la consecuencia derivada de aquél.

La doctrina plantea la verificación lógico-axiológica de una proposición jurídica bicondicional; esto es, que se justifique la asignación de derechos, facultades, deberes o sanciones, *si y sólo si* guardan armonía y *sindéresis* con los hechos, sucesos o circunstancias predeterminantes.

La proporcionalidad exige la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal. En consecuencia, la proporcionalidad lo será cuando la razón del efecto sea deducible de la causa, o previsible a partir de ella.

Ahora bien, más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en pureza, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad (razonabilidad instrumental).

36. Es por ello que este Colegiado concluye en que el control de constitucionalidad de los actos dictados al amparo de una facultad discrecional no debe ni puede limitarse a constatar que el acto administrativo tenga una motivación más o menos explícita, pues constituye, además, una exigencia constitucional evaluar si la decisión finalmente adoptada observa los principios de razonabilidad y proporcionalidad con relación a la motivación de hechos, ya que una incoherencia sustancial entre lo considerado relevante para que se adopte la medida y la decisión tomada, convierte a esta última también en una manifestación de arbitrariedad. Por lo tanto, es exigible, en el caso del pase a la situación de retiro de oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, que las diferenciaciones para efectos del pase a retiro por renovación, estén efectivamente justificadas con las condiciones profesionales de los oficiales y los intereses y necesidades del instituto armado correspondiente.

Derecho al trabajo

37. El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22.º de la Constitución Política vigente. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos: el primero, acceder a un puesto de trabajo, y el segundo, de no ser despedido sino por causa justa. Respecto al primero, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; mientras que el segundo es el que resulta relevante para resolver la causa: se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido, salvo por causa justa.

38. Por ello, el principio de razonabilidad, implícitamente derivado del principio de igualdad, y expresamente formulado en el artículo 200.º de la Constitución, no tolera ni protege que se realicen o expidan actos o normas arbitrarias. Razonabilidad, en su sentido mínimo, es lo opuesto a la arbitrariedad y a un elemental sentido de justicia.

39. Este precepto constitucional no se ha tomado en consideración en el caso de los pases a retiro por renovación de cuadros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, ya que la ausencia de motivación en el acto administrativo no permite advertir una justificación objetiva y razonable para decidirlos, atentando contra el derecho al trabajo de los oficiales afectados.

Derecho a la igualdad ante la ley

40. El principio de igualdad, mediante el cual se reconoce que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos –artículo 1.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos–, exige que los tratamientos diferenciados estén plenamente justificados de modo objetivo y razonable, más aún cuando los responsables de realizarlo lo efectúen en el ejercicio de funciones públicas.

41. Este derecho fundamental, reconocido por el numeral 2) del artículo 2.º de la Constitución, resulta vulnerado con las resoluciones que disponen el pase al retiro por renovación de Oficiales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional insuficientemente motivadas, por cuanto impiden saber si se está ante una diferenciación razonable y, por ende, admisible por el Derecho.

42. Igualmente, en la relación laboral, este principio está acogido por el numeral 1) del artículo 26.º de la Carta Magna, el cual prescribe la igualdad de oportunidades sin discriminación.

43. La discriminación es, en conclusión, el trato diferenciado que se da a una persona por determinadas cuestiones, lo que imposibilita su acceso a oportunidades esenciales a las que otros, en su misma condición tienen derecho. Pues si bien, la aplicación de la causal de renovación no implica una sanción administrativa, trunca el desarrollo profesional de los invitados al retiro".

Derecho al honor y a la buena reputación

44. Otro de los derechos fundamentales protegidos por la Declaración Universal de Derechos Humanos, y reconocido por nuestra Norma Suprema, es el derecho al honor y a la buena reputación que tiene todo ser humano, derecho que también se ve afectado con el mal uso de la facultad discrecional de la Administración de pasar al retiro por renovación a oficiales de la Policía Nacional y Fuerzas Armadas mediante resoluciones no motivadas y arbitrarias, exponiéndose el honor del administrado, pues las causas de su cese quedarán sujetas a la *interpretación* individual y subjetiva de cada individuo.

45. Al respecto, la falta de motivación en las resoluciones de pase a retiro por renovación de cuadros implica un desconocimiento de la dignidad de los oficiales afectados, pues no tuvieron siquiera la oportunidad de conocer por qué se truncaba intempestivamente su carrera, la cual podría ser el resultado de un proyecto de vida en el ámbito laboral. En torno a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido en el caso Loayza Tamayo [sentencia de reparaciones del 27 de noviembre de 1998: http://www.corteidh.or.cr/serie_c/Serie_c_42_esp.doc] que "el 'proyecto de vida' se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. (...) Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte. (...) no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable (...) dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos. Esos hechos cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito".

Publicidad de las normas

46. Otro principio vulnerado por la administración militar en el proceso de pase a retiro de sus oficiales por la casual de renovación es el de publicidad de las normas. Al respecto, el artículo 51.º de la Constitución prescribe que la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado. En ese sentido, los institutos armados violan dicho precepto al no haber publicado el Reglamento del artículo 58.º del Decreto Legislativo N.º 752, Ley de

Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea –que reglamenta el pase a retiro por causal de renovación– aprobado mediante el Decreto Supremo N.º 83-92-DE/SG, pues, como bien lo señala el Informe Defensorial N.º 56 de la Defensoría del Pueblo, "(...) aún cuando pudiera admitirse que pueden emitirse normas secretas por razones de seguridad nacional, estas deberían regular exclusivamente aspectos cuyo conocimiento público pueda poner en riesgo la integridad territorial o la soberanía popular, pero de ninguna manera normas ordinarias sobre el pase a retiro del personal militar, más aún en ausencia de hipótesis de guerra como en la actualidad. Por los que las mencionadas normas también estarían formalmente afectadas de un vicio de nulidad, que no se convalida con su puesta en conocimiento por el personal militar (...)".

47. Este Colegiado subraya que los criterios precedentemente vertidos deberán ser observados por las futuras resoluciones mediante las cuales la administración pase a la situación de retiro por la causal de renovación a oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; los cuales deberán ser retomados por este Supremo Tribunal cuando requiera cambiar su actual criterio, en concordancia con lo expresado en el Fundamento N.º 5., *supra*.

48. En el caso de autos, habiéndose producido la sustracción de la materia, referida en el Fundamento 2., *supra*, y, tomando asimismo en consideración el principio de *prospective overruling* invocado por este Supremo Tribunal, la presente demanda deviene en improcedente.

FALLO

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

Ha resuelto

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la acción de amparo.
2. Poner en conocimiento esta sentencia al Ministerio de Defensa y al Ministerio del Interior.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRGOYEN
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

Exp. N° 1058-2004-AA/TC [Proceso de Amparo promovido por Rafael Francisco García Mendoza. Sobre el uso del correo electrónico en el centro laboral (Serpost) y el derecho al secreto de las comunicaciones].

Fecha de Resolución: 18 de agosto de 2004

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 16 de setiembre de 2004

Resumen: En el presente caso la controversia planteada permitió considerar un hecho de suma trascendencia: el de saber si los medios informáticos de los que se vale un trabajador para realizar sus labores pueden considerarse de dominio absoluto de la entidad o empresa para la que labora, o si, por el contrario, existe un campo de protección respecto de determinados aspectos en torno de los cuales no le está permitido al empleador incidir de manera irrazonable.

Sobre este particular, el Colegiado opinó que aunque una empresa o entidad puede otorgar a sus trabajadores facilidades técnicas o informáticas a efectos de desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que se persigue, no es menos cierto que cuando tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva documental no puede asumirse que las mismas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal, pues sabido es que en tales supuestos se trata del reconocimiento de condiciones laborales referidas a derechos fundamentales que, como tales, deben respetar las limitaciones y garantías previstas por la Constitución Política del Estado.

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

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

Advirtió, sin embargo, que lo que se plantea en el presente caso no es que la empresa demandada no haya podido investigar un hecho que, a su juicio, consideraba reprochable, como lo es el uso de un instrumento informático para fines eminentemente personales, sino el procedimiento que ha utilizado a efectos de comprobar la presunta responsabilidad del trabajador investigado. Sobre este particular, precisó que si se trataba de determinar que el trabajador utilizó su correo electrónico para fines opuestos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución. Sin

embargo, observó que la demandada, lejos de iniciar una investigación como la señalada, ha pretendido sustentarse en su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los trabajadores, lo que evidentemente no está permitido por la Constitución, por tratarse en el caso de autos de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley.

Manifestó que la demandada, por otra parte, tampoco ha tenido en cuenta que en la forma como ha obtenido los elementos presuntamente incriminatorios, no solo ha vulnerado la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, sino que ha convertido en inválidos dichos elementos. Consideró que conforme lo establece la última parte del artículo 2°, inciso 10), de la Constitución, los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal. Lo cual supone que, por la forma como se han recabado los mensajes que han sido utilizados en el cuestionado proceso administrativo, su valor probatorio carece de todo efecto jurídico, siendo, por tanto, nulo el acto de despido en el que dicho proceso ha culminado. Expresó que, en el fondo, se trata de garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no permitan desnaturalizar los derechos de la persona ni, mucho menos, y como es evidente, que generen efectos en su perjuicio.

Recalcó, sin embargo, que ello no significa que el empleador carezca de medios adecuados para fiscalizar la labor del trabajador y la eficiencia de las responsabilidades que al mismo se le encomienda; pero es un hecho que la implementación de tales medios no puede hacerse en forma contraria a los derechos de la persona, sino de manera razonable, de modo tal que permita satisfacer los fines de toda relación laboral sin perjudicar los ámbitos propios de autodeterminación que en todo momento deben quedar sujetos a lo establecido en la norma fundamental.

Temas Claves: Derecho a la protección contra el despido arbitrario - derecho al debido proceso - derecho al secreto de las comunicaciones - derecho de defensa - despido arbitrario.

EXP. N.º 1058-2004-AA/TC
LIMA

RAFAEL FRANCISCO
GARCÍA MENDOZA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a 18 de agosto de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Rafael Francisco García Mendoza contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 273, su fecha 02 de octubre de 2003, que declara improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 24 de julio de 2002, el recurrente interpone acción de amparo contra la empresa de Servicios Postales del Perú S.A. (SERPOST S.A.), solicitando que se deje sin efecto la Carta N.º 505-G/02 (21.06.02), en virtud de la cual se resuelve su vínculo laboral, y que, en consecuencia, se le reponga en el cargo de Jefe de la

Oficina de Auditoría Interna de la empresa demandada, reconociéndosele las remuneraciones dejadas de percibir. Afirma que la demandada le ha atribuido arbitrariamente la comisión de una supuesta falta grave contemplada en el inciso a) del artículo 25° del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, aprobado por D.S. N.º 003-97-TR, argumentando "[...] haber utilizado indebidamente los recursos públicos dentro del horario de trabajo para realizar actividades de índole particular, totalmente ajenas al servicio, constatándose el envío de material pornográfico a través del sistema de comunicación electrónico, denotando falta de capacidad e idoneidad para el desempeño del cargo e inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo"; agrega que no se le ha permitido ejercer adecuadamente su derecho de defensa al impedirle el ingreso a su centro de labores, vulnerándose, adicionalmente, sus derechos a la libertad de trabajo, al carácter irrenunciable de los derechos laborales y al debido proceso.

SERPOST S.A. contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente o infundada, alegando que no se ha afectado el debido proceso; que el despido del recurrente no viola su derecho al trabajo, ni tampoco el principio de legalidad; añadiendo que el despido fue justificado, sustentado en una decisión regular de la empresa, y que se le aplicó una sanción prevista en el Decreto Legislativo N.º 728 y el Reglamento Interno de Trabajo.

El Vigésimo Primer Juzgado Especializado Civil de Lima, con fecha 11 de octubre de 2002, declara fundada la demanda ordenando la reposición del demandante, estimando que se vulneraron los derechos constitucionales de tipicidad, de inmediatéz y de defensa, al no haberse precisado en la carta de aviso la falta grave imputada ni los detalles de los hechos atribuidos, más aún cuando existía una constatación notarial en la que constaba que los envíos pornográficos no habían sido ubicados en la computadora del demandante.

La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, por estimar que la carta de aviso de falta grave sí describía adecuadamente la falta imputada al demandante, no apreciándose vulneración del derecho de defensa, puesto que se lo notificó para que presentara sus descargos, concediéndosele el plazo de ley; agregando que el amparo no es la vía adecuada para verificar o desvirtuar los hechos imputados al actor.

FUNDAMENTOS

1) El objeto de la demanda es que se deje sin efecto la Carta N.º 505-G/02, del 21 de junio de 2002, mediante la cual se resuelve el vínculo laboral del recurrente, y que, por consiguiente, se ordene su reposición en el cargo que venía desempeñando, más el reconocimiento de las remuneraciones dejadas de percibir.

2) El Decreto Supremo N.º 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece, en su artículo 16º, cuáles son las causas de extinción del contrato de trabajo, y que, para el despido, debe existir una causa justa relacionada con la conducta o capacidad del trabajador, conforme se prevé en los artículos 22º, 23º y 24º; asimismo, queda normado el procedimiento de despido de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 31º al 33º del mismo cuerpo legal.

3) Por otra parte y conforme lo ha señalado este Colegiado en la sentencia 976-2001-AA/TC, la protección adecuada contra el despido arbitrario, prevista en el artículo 27º de la Constitución, ofrece dos opciones: **a)** la primera, general y de carácter indemnizatorio (resarcimiento por el daño causado), en la que el juez laboral, respecto de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, ordena el pago de la indemnización correspondiente, y **b)** la segunda, especial y de carácter reparador (readmisión en el empleo), en la que el juez constitucional, en el ámbito del amparo, debe "reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional", como expresamente lo indica el artículo 1º de la Ley N.º 23506, lo que supone restituir al trabajador en su centro de trabajo, siempre que quede acreditada la existencia de un despido nulo, incausado o fraudulento.

4) Según aparece de autos, la demandada comunicó al recurrente, conforme al procedimiento legal previsto, la imputación de una falta grave mediante la Carta Notarial N.º 489-G/02, entregada el 13 de junio de 2002, atribuyéndole una conducta tipificada en el inciso a)

del artículo 25º del citado Decreto Supremo N.º 003-97-TR, y otorgándole un plazo de seis días naturales para que ejercitara su derecho al descargo. Este Colegiado observa, sin embargo, que después de iniciado dicho procedimiento e incluso, desde fecha anterior al mismo, se ha venido incurriendo, por parte de la demandada, en una serie de infracciones que en buena cuenta han terminado por desnaturalizarlo, no solo en términos formales sino, incluso, sustantivos. Es necesario, por consiguiente, analizar por separado cada una de estas infracciones a efectos de delimitar los alcances de la presente sentencia y los criterios en los que la misma se fundamenta.

5) En primer lugar y si la supuesta falta grave atribuida al recurrente se sustenta en el hecho de "*haber utilizado indebidamente recursos públicos dentro del horario [d] e trabajo, para realizar labores de índole particular, totalmente ajenas al servicio, constatándose el envío de material pornográfico a través del sistema de comunicación electrónica, denotando falta de capacidad e idoneidad para el desempeño del cargo e inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo*", es imprescindible precisar si dicha conducta se encuadra en el citado inciso a) del artículo 25º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, cuyo texto prevé que "*Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato de tal índole, que hagan irrazonable la subsistencia de la relación*"; agregando que dentro de las diversas variantes que la configuran se encuentra "*El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene, aprobados o expedidos, según corresponda por la autoridad competente, que revistan gravedad*".

6) De una simple constatación entre lo que establece el citado dispositivo legal y la conducta atribuida al recurrente, no se observa, *prima facie*, coherencia o relación alguna, salvo que se entienda que la misma supone, exclusivamente, una infracción al Reglamento Interno de Trabajo, que, según aparece del texto reseñado, podría permitir una interpretación mucho más extensiva de los tipos de conducta grave. Sin embargo, revisado el texto de dicho reglamento, obrante de fojas 119 a 152 de autos, se aprecia que, por el contrario, los hechos imputados no son calificados como faltas graves que generan despido, conforme lo establece el artículo 113º de dicha norma, sino, y en el más perjudicial de los casos, como simples infracciones que solo generan sanción disciplinaria, según lo señalado en su respectivo artículo 110º.

7) En efecto, aun asumiendo que los hechos atribuidos fuesen ciertos, los mismos podrían verse identificados en los incisos e) [*Cometer dentro de las horas de trabajo o fuera de ellas actos contrarios a la disciplina, higiene o reñidos con la moral*], j) [*Distraer a sus compañeros en horas de trabajo, así como leer periódicos, revistas, libros, etc. sin ser parte de sus funciones*], s) [*Usar*

temerariamente los bienes o instalaciones de la empresa”) e y) [*“Utilizar o usufructuar para actividades ajenas a SERPOST S.A. los teléfonos, télex, máquinas, equipos u otros bienes, o permitir su uso a terceras personas”*] del referido artículo 110°, mas, de ningún modo, como las consabidas faltas graves generadoras de despido. Este solo hecho, independientemente del tipo de sanción adoptada, implica, pues, una transgresión del principio de tipicidad sancionatoria que, como este Colegiado ya lo ha señalado en anteriores oportunidades, rige en el ámbito de los procedimientos disciplinarios de toda índole.

8) Un segundo aspecto que en cierta forma es consecuencia del anterior (solo en tanto se asuma la veracidad de los cargos imputados) tiene que ver con la intensidad de la sanción que, a estos efectos, tampoco resulta la adecuada. Si, conforme lo establece el artículo 108° del Reglamento Interno de Trabajo, son cuatro los tipos de medidas disciplinarias: amonestación verbal, amonestación escrita, suspensión temporal sin goce de remuneraciones y despido, y las mismas deben ser aplicadas tomando en cuenta los hechos, la gravedad de las faltas y los antecedentes del trabajador, resulta absolutamente desproporcionado e irrazonable, por decir lo menos, que, por los hechos denunciados, se proceda de inmediato y sin elemento de ponderación, a aplicar al recurrente la más grave de las medidas sancionatorias. Tal circunstancia, a juicio de este Colegiado, tergiversa los alcances del debido proceso, no solo en términos formales, sino fundamentalmente sustantivos.

9) Un tercer aspecto, cuestionable desde todo punto de vista, se relaciona con el modo de proceder de la emplazada al momento de efectuar el acopio de las supuestas pruebas a utilizarse contra el recurrente, y con el modo como le fue permitido ejercer su derecho de defensa. Sobre el particular, este Colegiado enfatiza que aunque la empresa demandada alega la comisión de falta grave en los términos anteriormente descritos, ni la carta de imputación de cargos ni la de despido precisan como es que se arribó a una conclusión incriminatoria de tal naturaleza, ni los hechos objetivos (pruebas concretas) en que ella se respalda. Tal hecho, ya de por sí cuestionable, evidentemente ha impedido que el recurrente pueda acceder en condiciones razonables a elementos de juicio que le permitan un adecuado ejercicio de su derecho a la defensa.

10) Especialmente grave ha sido, por el contrario, que los consabidos elementos supuestamente probatorios hayan sido recién puestos en conocimiento del demandante con la contestación de la presente demanda, en la que, por otra parte, también se da cuenta, por vez primera, del procedimiento seguido para su obtención. Sobre tal extremo, es evidente que si la supuesta prueba objetiva en que se basó SERPOST, residía en la constatación notarial (Acta Extraprotocolar), de fecha 10 de junio de 2002, obrante de fojas 88 a 89 de autos, y en las copias de los correos, acompañadas de fojas 90 a 101, lo mínimo que debió hacerse fue ponerlas en conocimiento oportuno del demandante a efectos de acreditar la veracidad de las imputaciones realizadas y, como ya se adelantó, de otorgar

la posibilidad de que el mismo pudiera contraponer los argumentos que a su derecho de defensa correspondían. La demandada, lejos de proceder del modo descrito, le ocultó al demandante tales elementos, pese a que los mismos fueron obtenidos tres días antes de procederse a remitir la carta de imputación de cargos.

11) Resulta igualmente contradictorio que si la constatación notarial simplemente se limitó a dar cuenta de la existencia de correos pornográficos supuestamente remitidos desde la computadora del recurrente, don Rafael Francisco García Mendoza, a la computadora del trabajador Javier Arévalo Sattler, (posteriormente asignada a don Roger Armando Zagaceta Jarrín), se haya procedido a formular cargos incriminatorios sin verificar, en su momento y en la forma debida, si la remisión de tales correos provenían, o no, de la citada maquina asignada al recurrente. En lugar de ello, la demandada no solo le otorgó certeza total a la citada verificación preliminar, sino que el mismo día en que le cursó la carta de imputación de cargos (13 de junio de 2002), dispuso prohibir el ingreso al recurrente a su centro de trabajo, conforme se acredita con las constataciones policiales de fojas 23 y 24 de autos.

12) Queda claro que con este proceder la demandada no solo no acreditó, en ningún momento, que de la computadora del recurrente hubiesen provenido los correos calificados de pornográficos, sino que impidió que el demandante pudiese hacer acopio de los datos e informaciones necesarios para hacer sus descargos. Debe igualmente puntualizarse que aunque el artículo 31° del Decreto Supremo N.º 003-97-TR permite que el empleador exonere al trabajador de asistir a su centro de labores a efectos de realizar sus descargos de ley frente a una imputación, ello opera solo en los supuestos en que tal exoneración no perjudique el derecho de defensa. En el caso de autos, resultaba evidente que por las características de la imputación realizada, no solo era conveniente, sino necesario, para la defensa del trabajador, poder acceder a los elementos informáticos que permitieran la sustentación de sus descargos. La demandada no solo exoneró de sus labores al recurrente sin que en su caso resultara pertinente dicha medida, sino que, abusando de sus prerrogativas o distorsionando los alcances del dispositivo antes referido, le impidió al trabajador, aun antes de ser despedido, ingresar a su centro de labores.

13) Un cuarto aspecto que, a pesar de sus alcances colaterales, se encuentra directamente relacionado con lo que aquí se ha venido analizando, tiene que ver con la implicancia que el procedimiento seguido contra el recurrente pudo haber tenido con relación a sus derechos constitucionales a la privacidad y a la reserva de sus comunicaciones. En efecto, de la constatación notarial se aprecia que fue el subgerente de Recursos Humanos de SERPOST, don Roger Armando Zagaceta Jarrín, quien solicitó la intervención de Notario Público a fin de constatar la existencia de correos pornográficos almacenados en la computadora que a dicho funcionario se le dio para trabajar. El citado instrumento consigna

expresamente que “[...]el señor Roger Armando Zagaceta Jarrín [...] manifestó que era de la Subgerencia de Recursos Humanos y me señaló el escritorio principal donde había una computadora [...] la cual se encontraba encendida y funcionando. Activando el sistema de correo electrónico que tiene el encabezado Javier Arévalo Inbox Lotus Notes aparecen en la pantalla los correos electrónicos que han sido recibidos en dicha computadora, momento en el que el señor Roger Armando Zagaceta Jarrín me manifiesta que ese mismo día, en las primeras horas de la mañana, al revisar los archivos de dicha computadora, que anteriormente estuvo reservada al señor Javier Arévalo encontró cuatro correos electrónicos de contenido pornográfico que habían sido remitidos desde otra computadora de SERPOST, asignada al señor Rafael García, los cuales deseaba que constatará en su existencia y contenido”.

14) De los párrafos precedentes pueden desprenderse, por de pronto, las siguientes conclusiones: **a)** que no fue en la computadora del recurrente donde se hizo la constatación notarial de los correos cuestionados, sino en la de un tercero, quien incluso no resulta ser el destinatario de los mismos, sino un nuevo usuario del equipo de cómputo que antes perteneció al verdadero receptor de tales mensajes; **b)** que pese a que los correos enviados pertenecieron a otra persona, en este caso, al señor Javier Arévalo, el señor Roger Zagaceta procedió *motu proprio* a abrirlos y revisarlos sin encontrarse autorizado por quien, en todo caso, era el único y excluyente destinatario de los mismos; **c)** no se conoce denuncia alguna sobre el envío de los correos por parte de su verdadero destinatario, quien, en todo caso, tendría que considerarse el supuesto agraviado, y no la persona que ha promovido la denuncia.

15) Paralelamente a la instrumental antes referida y a las consideraciones efectuadas en torno de la misma, cabe agregar que en el momento en que la demandada procedió a revisar el equipo de cómputo del recurrente, hecho que se produce el mismo día en que se le cursa la carta de imputación de cargos y se le impide el ingreso a su centro de trabajo, no se llegó a verificar técnicamente la existencia de correos originalmente remitidos desde la unidad de cómputo que le fue asignada, lo que, en todo caso, pudo haber abierto paso a una nueva discusión omitida por la emplazada: la de saber si de alguna forma pudieron haberse manipulado las vías informáticas, con el objeto de hacer aparecer al recurrente como el remitente de los mensajes cuestionados. Por otra parte, es un hecho inobjetable que si no existía certeza plena respecto del supuesto remitente, debió procederse a una investigación mucho más profunda y detallada, y no a una decisión inmediata como la cuestionada en el presente proceso.

16) Aunque, en el presente caso, podría pensarse que la infracción de procedimiento reside principalmente en el hecho de haberse efectuado acopio de supuestos elementos probatorios y haber colocado al recurrente en una condición desventajosa para defenderse, queda claro que la controversia planteada permite considerar un hecho de suma trascendencia: el de saber si los medios informáticos de los que se vale un trabajador para realizar

sus labores, pueden considerarse de dominio absoluto de la entidad o empresa para la que labora, o si, por el contrario, existe un campo de protección respecto de determinados aspectos en torno de los cuales no le está permitido al empleador incidir de manera irrazonable.

17) Sobre este particular, queda claro que aunque una empresa o entidad puede otorgar a sus trabajadores facilidades técnicas o informáticas a efectos de desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que se persigue, no es menos cierto que cuando tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva documental no puede asumirse que las mismas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal, pues sabido es que en tales supuestos se trata del reconocimiento de condiciones laborales referidas a derechos fundamentales que, como tales, deben respetar las limitaciones y garantías previstas por la Constitución Política del Estado.

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

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

20) Queda claro, empero, que cuando se alega que la relación laboral no puede desconocer los derechos fundamentales del trabajador, ello no significa tampoco que tales atributos puedan anteponerse a las obligaciones de trabajo, de manera tal que estas últimas terminen por desvirtuarse o desnaturalizarse. En tales supuestos, es evidente que el empleador no solo puede, sino que debe, hacer uso de su poder fiscalizador e, incluso,

disciplinario. Sin embargo, en tales supuestos, la única forma de determinar la validez, o no, de una medida de tal índole es, en primer lugar y como ya se anticipó, respetar las propias limitaciones establecidas por la Constitución y, en segundo lugar, implementar mecanismos razonables que permitan, sin distorsionar el contenido de los derechos involucrados, cumplir los objetivos laborales a los que se encuentran comprometidos los trabajadores y las entidades empleadoras a las cuales pertenecen.

21) Lo que se plantea en el presente caso no es, sin embargo, que la empresa demandada no haya podido investigar un hecho que, a su juicio, consideraba reprochable, como lo es el uso de un instrumento informático para fines eminentemente personales, sino el procedimiento que ha utilizado a efectos de comprobar la presunta responsabilidad del trabajador investigado. Sobre este particular, es claro que si se trataba de determinar que el trabajador utilizó su correo electrónico para fines opuestos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución. La demandada, lejos de iniciar una investigación como la señalada, ha pretendido sustentarse en su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los trabajadores, lo que evidentemente no está permitido por la Constitución, por tratarse en el caso de autos de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley.

22) La demandada, por otra parte, tampoco ha tenido en cuenta que en la forma como ha obtenido los elementos presuntamente incriminatorios, no solo ha vulnerado la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, sino que ha convertido en inválidos dichos elementos. En efecto, conforme lo establece la última parte del artículo 2°, inciso 10), de la Constitución, los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal. Ello, de momento, supone que por la forma como se han recabado los mensajes que han sido utilizados en el cuestionado proceso administrativo, su valor probatorio carece de todo efecto jurídico, siendo, por tanto, nulo el acto de despido en el que dicho proceso ha culminado. Se

trata, pues, en el fondo, de garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no permitan desnaturalizar los derechos de la persona ni, mucho menos, y como es evidente, que generen efectos en su perjuicio.

23) Este Colegiado considera, por lo tanto, que en cualquiera de los supuestos en que sea observado el procedimiento seguido contra el recurrente, este resulta absolutamente inconstitucional. Ello, no obstante, no significa que el empleador carezca de medios adecuados para fiscalizar la labor del trabajador y la eficiencia de las responsabilidades que al mismo se le encomienda; pero es un hecho que la implementación de tales medios no puede hacerse en forma contraria a los derechos de la persona, sino de manera razonable, de modo tal que permita satisfacer los fines de toda relación laboral sin perjudicar los ámbitos propios de autodeterminación que en todo momento deben quedar sujetos a lo establecido en la norma fundamental.

24) Queda por señalar que, a pesar de ser fundada la presente demanda, conforme al extremo principal del petitorio, el referido al pago de las remuneraciones dejadas de percibir resulta improcedente, ya que, como lo tiene definido este Tribunal, dicho pago tiene naturaleza indemnizatoria y no, obviamente restitutoria, por lo que no es esta la vía en la que corresponda atender tal pedido, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de reclamarlo en la forma legal que corresponda.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la acción de amparo.
2. Ordena que la emplazada reponga a don Rafael Francisco García Mendoza en el puesto de trabajo que venía desempeñando hasta el 22 de junio de 2002.
3. **IMPROCEDENTE** el extremo referido al pago de las remuneraciones dejadas de percibir, conforme al fundamento 24, *supra*.

Notifíquese y publíquese.

SS

**ALVA ORLANDINI
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA**

Exp. N° 2333-2004-HC/TC [Proceso de Hábeas Corpus promovido por Natalia Foronda Crespo y otras. Sobre el derecho a la integridad personal y la proscripción de toda forma de violencia].

Fecha de Resolución: 12 de agosto de 2004

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 29 de octubre de 2004

Resumen: Mediante la presente resolución el Colegiado en aras de orientar las futuras demandas de tutela del derecho a la integridad personal y la proscripción de toda forma de violencia, así como de encuadrar doctrinaria y previsoramente su tratamiento jurisprudencial, expuso lo siguiente:

Que, el derecho a la integridad personal reconocido en el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución y en el apartado h) del numeral 23 del artículo 2° de la Constitución, en puridad trata de un atributo indelible y vinculado con la dignidad de la persona y con los derechos a la vida, a la salud, a la seguridad personal y al libre desarrollo y bienestar.

Se señaló que el derecho a la integridad personal tiene implicación directa con el derecho a la salud, en la medida que esta última tiene como objeto el normal desenvolvimiento de las funciones biológicas y psicológicas del ser humano; deviniendo, así, en una condición indispensable para el desarrollo existencial y en un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.

Igualmente, que el derecho a la integridad personal se entronca con el derecho a la seguridad personal, puesto que supone la convicción y certeza del respeto de uno mismo por parte de los demás en tanto se ejercita un derecho y se cumple con los deberes jurídicos.

Además, que el derecho a la integridad personal reconoce el atributo a no ser sometido o a no autoinflingirse medidas o tratamientos susceptibles de anular, modificar o lacerar la voluntad, las ideas, pensamientos, sentimientos o el uso pleno de las facultades corpóreas.

Se precisó, que el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución direcciona conceptualmente la integridad en tres planos: físico, psíquico y moral.

La integridad física presupone el derecho a conservar la estructura orgánica del ser humano; y, por ende, a preservar la forma, disposición y funcionamiento de los órganos del cuerpo humano y, en general, la salud del cuerpo. La indemnidad corporal está sujeta, como regla general, al principio de irrenunciabilidad; vale decir, que la Constitución no avala ni permite las limitaciones físicas voluntarias, salvo casos excepcionales. En ese sentido, la persona tiene la responsabilidad de mantener incólume su integridad y, por consiguiente, de no atentar contra su propia estructura corpórea. Así, los actos de disposición del cuerpo sólo son admisibles cuando surge una exigencia ante un estado de necesidad, una razón médica o motivos de humanitarismo (pérdida de un miembro u órgano para salvar el resto de la estructura corpórea, una gangrena o la donación de un órgano para preservar una vida ajena).

El derecho a la integridad moral defiende los fundamentos del obrar de una persona en el plano de la existencia y coexistencia social. Dichos fundamentos manifiestan el conjunto de obligaciones elementales y primarias que el ser humano se fija por mandato de su propia conciencia, y los condicionamientos que ella recibe a través de la educación y cultura de su entorno. En efecto, la integridad moral se liga inescindiblemente al atributo de desarrollar la personalidad y el proyecto de vida en comunidad conforme a la convicción personal (religión,

política, cultura, etc.).

El derecho a la integridad psíquica se expresa en la preservación de las habilidades motrices, emocionales e intelectuales. Por consiguiente, asegura el respeto de los componentes psicológicos y discursivos de una persona, tales como su forma de ser, su personalidad, su carácter, así como su temperamento y lucidez para conocer y enjuiciar el mundo interior y exterior del ser humano. En ese sentido, se considera como un atentado contra este derecho la utilización de procedimientos médicos como el llamado "suero de la verdad", que supone la aplicación de soluciones líquidas para explorar, sin expresión de voluntad, el campo del subconsciente. Asimismo, se encuentran proscritos los denominados "lavados de cerebro" o las hipnosis realizadas por vía compulsiva o no avaladas por el libre albedrío.

Por otro lado, se señaló que el apartado h del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución prescribe el derecho a que se establezca la invalidez de las declaraciones obtenidas mediante el uso de la violencia en sentido lato. Esta facultad tiene como fin enervar el valor jurídico de aquellas revelaciones o exposiciones alcanzadas mediante cualesquiera de las formas de agresión anteriormente señaladas. El funcionario estatal que emplee la violencia injustificada incurre en la comisión de ilícito justiciable penalmente.

Finalmente, se refirió que el derecho a la integridad personal tiene singular relevancia respecto de las personas privadas de la libertad. Así, el apartado h del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, ab initio, preceptúa que "nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes [...]".

Temas Claves: Derecho a la integridad personal - hábeas corpus correctivo - integridad física, moral y psíquica - medios de prueba judicial - tratos crueles, inhumanos y degradantes en el centro de reclusión carcelaria.

**EXP. N.° 2333-2004-HC/TC
CALLAO
NATALIA FORONDA
CRESPO Y OTRAS**

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 12 de agosto de 2004

VISTO

El recurso extraordinario interpuesto por doña Natalia Foronda Crespo, doña Mónica Pérez Pérez y doña Verónica Bols contra la resolución de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Callao, de fojas 196, su fecha 31 de marzo de 2004, que, confirmando la apelada, declara infundada la acción de hábeas corpus de autos; y,

ATENDIENDO A

1. DELIMITACIÓN DEL PEDIDO DE TUTELA CONSTITUCIONAL

Que, con fecha 16 de febrero de 2004, las recurrentes interponen acción de hábeas corpus contra el Ministro de Justicia, don Fausto Alvarado Dodero; el Presidente del Consejo Nacional Penitenciario del Instituto Nacional Penitenciario, don Javier Bustamante Rodríguez; la señora Directora del Establecimiento Penitenciario para Mujeres de Régimen Cerrado Ordinario de Chorrillos-Santa Mónica, doña María Eugenia Jaén; la señora Jefa de la Oficina de Tratamiento Técnico, doña Ana Ledesma; las señoras Alcaldes del Establecimiento Penitenciario para

Mujeres de Régimen Cerrado Ordinario de Chorrillos-Santa Mónica, doña "Yolanda" y doña "Marisol Alegría"; y los que resulten responsables, con el objeto que cesen las conductas inconstitucionales presuntamente cometidas en agravio de las recurrentes, consistentes en:

- a) Vulnerar su derecho a no ser sometidas a tratos crueles, inhumanos y degradantes en el centro de reclusión carcelaria.
- b) Vulnerar su derecho a no ser violentadas para obtener declaraciones.
- c) Vulnerar su derecho a ser asistidas por un abogado defensor de su elección.
- d) Amenazar su derecho a formular peticiones y reclamos ante la autoridad competente.
- e) Vulnerar la prohibición constitucional de tratos inhumanos al ejecutar sanciones como el "aislamiento" o el "calabozo".
- f) Transgredir los fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación que debe cumplir toda pena.

2. EL PEDIDO DE TUTELA DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL Y LA PROSCRIPCIÓN DE TODA FORMA DE VIOLENCIA: ASPECTOS GENERALES

Que, en virtud de la particular importancia que reviste en nuestro país la defensa del derecho a la integridad personal y la proscripción de toda forma de violencia física, psíquica y moral sobre las personas, este Colegiado, en aras de orientar las futuras demandas de tutela sobre dicha materia, así como de encuadrar doctrinaria y

previsoriamente su tratamiento jurisprudencial, considera que, antes de pronunciarse sobre el caso de autos, debe exponer lo siguiente:

El derecho a la integridad personal se encuentra consagrado en el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política vigente.

En puridad se trata de un atributo indesligablemente vinculado con la dignidad de la persona, y con los derechos a la vida, a la salud, a la seguridad personal y al libre desarrollo y bienestar.

El reconocimiento de su importancia es tal, que obligó al legislador constituyente no sólo a establecer su protección a través de lo dispuesto en el referido precepto, sino también, adicionalmente, a ratificarlo tuitivamente a través de lo dispuesto en el apartado h) del numeral 23 del artículo 2° de la Constitución; el cual, textualmente, señala que toda persona tiene derecho: "A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:

h) Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agravada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad".

En efecto, la dignidad importa el reconocimiento del derecho irrefragable a un determinado modo de existir.

En ese contexto, el ser humano es, *per se*, portador de estima, custodia y apoyo heterónimo para su realización acorde con su condición humana, de allí que la defensa de su integridad forme parte de la dimensión vital de la persona y, que, por ende, la Constitución le reserve deferente tutela y vocación tuitiva.

Enrique Álvarez Conde [Curso de Derecho Constitucional. Vol. I. Madrid: Tecnos. 1999, Pág. 334] enfatiza que el derecho a la vida se prolonga en el derecho a la integridad física y moral. En efecto, el reconocimiento y defensa que el texto constitucional consagra a la vida humana, no supone llana y elementalmente la constitucionalización del derecho a la mera existencia, sino que abarca la responsabilidad de asegurar que ésta se despliegue con dignidad. Por ende, necesita y exige condiciones mínimas, entre las cuales ocupa lugar preferente el resguardo de la integridad humana en sentido lato.

Asimismo, el derecho a la integridad personal tiene implicación con el derecho a la salud, en la medida que esta última tiene como objeto el normal desenvolvimiento de las funciones biológicas y psicológicas del ser humano; deviniendo, así, en una condición indispensable para el desarrollo existencial y en un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.

Igualmente, el derecho a la integridad personal se entronca con el derecho a la seguridad personal, puesto que supone la convicción y certeza del respeto de uno mismo por parte de los demás, en tanto se ejerce un derecho y

se cumple con los deberes jurídicos. En efecto, la seguridad personal representa la garantía que el poder público ofrece frente a las posibles amenazas por parte de terceros de lesionar la indemnidad de la persona o desvanecer la sensación de tranquilidad y sosiego psíquico y moral que debe acompañar la vida coexistencial.

El derecho a la integridad personal reconoce el atributo a no ser sometido o a no autoinflingirse medidas o tratamientos susceptibles de anular, modificar o lacerar la voluntad, las ideas, pensamientos, sentimientos o el uso pleno de las facultades corpóreas.

El reconocimiento de la indemnidad humana, *in totum*, se expresa, como regla general, en la no privación de ninguna parte de su ser; Por ende, proscribire toda conducta que inflinja un trato que menoscabe el cuerpo o el espíritu del hombre.

El inciso 1 del artículo 2° de la Constitución direcciona conceptualmente la integridad en tres planos: físico, psíquico y moral. Al respecto, veamos lo siguiente:

2.1. La integridad física

La integridad física presupone el derecho a conservar la estructura orgánica del ser humano; y, por ende, a preservar la forma, disposición y funcionamiento de los órganos del cuerpo humano y, en general, la salud del cuerpo.

La afectación de la integridad física se produce cuando se generan incapacidades, deformaciones, mutilaciones, perturbaciones o alteraciones funcionales, enfermedades corpóreas, etc.

En ese orden de ideas, el apartado h) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución prohíbe toda forma de violencia física.

La indemnidad corporal está sujeta, como regla general, al principio de irrenunciabilidad; vale decir, que la Constitución no avala ni permite las limitaciones físicas voluntarias, salvo casos excepcionales. En ese sentido, la persona tiene la responsabilidad de mantener incólume su integridad y, por consiguiente, de no atentar contra su propia estructura corpórea.

Los actos de disposición del cuerpo sólo son admisibles cuando surge una exigencia ante un estado de necesidad, una razón médica o motivos de humanitarismo (pérdida de un miembro u órgano para salvar el resto de la estructura corpórea, una gangrena o la donación de un órgano para preservar una vida ajena).

Al respecto, el artículo 6° del Código Civil –precepto que complementa el mandato constitucional– prohíbe los actos de disposición del propio cuerpo cuando ocasionan una disminución permanente del mismo o, en todo caso, cuando sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

En virtud de ello, la persona sólo puede disponer de aquellas partes de su cuerpo que, al ser despojadas o separadas, no ocasionen una disminución permanente de

su integridad física. Por ende, cabe la posibilidad de que la persona pueda ceder todas aquellas partes, sustancias o tejidos que se regeneren, siempre que ello no atente gravemente contra su salud o ponga en peligro su vida; tales los casos del corte del cabello, la donación de sangre, etc. Dicha postura tiene como base y fundamento el histórico caso de Paolo Salvatori (Nápoles, 1930), en el cual éste fue objeto de una intervención quirúrgica de cesación de testículo a favor de Vittorio La Pegna. Allí el Tribunal de Nápoles fijó el criterio de que, con dicha disposición del cuerpo, no se había ocasionado ninguna disminución grave.

Asimismo, el artículo 7° del Código Civil autoriza expresamente la facultad de donar partes del cuerpo o de órganos o de tejidos; empero, precisa que dicha cesión no deberá perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante.

El consentimiento del donante debe ser expreso y por escrito, además de ser libre, sin coacción ni fraude. Añádase que la autorización debe sustentarse en la previa y adecuada información acerca de la naturaleza del acto quirúrgico a practicarse sobre él, sus consecuencias y riesgos.

2.2. La integridad moral

El derecho a la integridad moral defiende los fundamentos del obrar de una persona en el plano de la existencia y coexistencia social.

Dichos fundamentos manifiestan el conjunto de obligaciones elementales y primarias que el ser humano se fija por mandato de su propia conciencia, y los condicionamientos que ella recibe a través de la educación y cultura de su entorno.

Néstor Pedro Sag[ue]s [Elementos de Derecho Constitucional. Tomo II. Buenos Aires: Astrea, 2003, pág. 331] expone que el referido derecho asegura el respeto al desarrollo de la vida personal de conformidad con el cuadro de valores que se derivan de la libertad de conciencia.

En efecto, la integridad moral se liga inescindiblemente al atributo de desarrollar la personalidad y el proyecto de vida en comunidad conforme a la convicción personal (religión, política, cultura, etc.).

Debe aclararse que la integridad moral no implica la idea de algo extraño o superior a la persona para reconocer su existencia y defender su intangibilidad, ya que se funda en el libre albedrío. Empero, es obvio que estos fundamentos, en caso del obrar, no deben colisionar con el orden público.

En ese orden de ideas, el apartado h del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución prohíbe toda forma de violencia moral contra una persona.

2.3. La integridad psíquica

El derecho a la integridad psíquica se expresa en la preservación de las habilidades motrices, emocionales

e intelectuales. Por consiguiente, asegura el respeto de los componentes psicológicos y discursivos de una persona, tales como su forma de ser, su personalidad, su carácter, así como su temperamento y lucidez para conocer y enjuiciar el mundo interior y exterior del ser humano.

En ese sentido, se considera como un atentado contra este derecho la utilización de procedimientos médicos como el llamado "suero de la verdad", que supone la aplicación de soluciones líquidas para explorar, sin expresión de voluntad, el campo del subconsciente. Asimismo, se encuentran proscritos los denominados "lavados de cerebro" o las hipnosis realizadas por vía compulsiva o no avaladas por el libre albedrío.

En la jurisprudencia son recurrentes los actos de afectación psíquica en el ámbito educativo como consecuencia de ciertas medidas correctivas a los educandos (ofensa verbal, prohibiciones de ingreso y salida del recinto escolar, etc.); así como aquellos que aparecen en el ámbito familiar (manipulaciones para el goce del régimen de visitas, retardo no justificado de las prestaciones alimentarias, etc.).

En ese orden de ideas, el apartado h) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución prohíbe toda forma de violencia psíquica contra una persona.

2.4. El derecho a la integridad personal y la experimentación científica

Los continuos conflictos entre la defensa del derecho arriba invocado y los trabajos de prueba y examen de las condiciones o propiedades de la *psiche* y *soma* de una persona, tendientes a alcanzar un grado de conocimiento mediante la utilización de un método, han motivado una respuesta desde el campo del derecho y la propia ciencia médica.

El Tribunal Constitucional Español, ha expresado, mediante STC N.º 37/190 –posición que este Colegiado comparte– que la experimentación sobre seres humanos llevada a cabo con desconocimiento o no autorización del sujeto constituye un atentado contra la integridad personal. Asimismo, la Asociación Médica Mundial aprobó en 1964 la denominada "Carta de Experimentaciones Humanas de Helsinki" (Suecia), consignando los requisitos necesarios para llevar a cabo tal cometido. Entre ellos aparece el principio de exclusión de toda forma de experimentación sobre el ser humano, o el que la persona sujeta a alguna prueba científica no hubiere previamente dado su consentimiento en forma libre y expresa.

Tales exigencias se justifican a raíz de las prácticas encubiertas con los presos de raza negra del Estado de Alabama, llevadas a cabo por el Servicio Estatal de Salud Pública desde los años 1932 a 1942, a efectos de encontrar una vacuna contra la sífilis, o las efectuadas en el período más cruento del III Reich (1939-1945) contra los judíos en los campos de concentración, con el propósito de ahondar en el campo de la genética.

2.5. La integridad personal y los medios de prueba judicial

A la luz de la doctrina de los derechos fundamentales, Marcelo Eduardo Riquert y Eduardo Pablo Jiménez [Teoría de la Pena y Derechos Humanos. Buenos Aires: Ediar, 1998, Pág. 175] exponen que, en aras de impedir los abusos en la obtención a cualquier costo de los medios probatorios: “[...] se hace necesario establecer la inadmisibilidad judicial de la prueba obtenida en forma ilícita” (v.g., mediante la violencia física, psíquica o moral).

Así, Enrique Ruiz Vodillo [La Sociedad y el mundo penitenciario (la protección de los derechos fundamentales en la cárcel). En Revista Eguzkilore, N.º 4. San Sebastián. 1990, Pág. 1723] sostiene que el problema del proceso penal no consiste en sólo conocer la verdad material, sino que ésta debe ser obtenida con el respeto de un procedimiento legítimo compatible con los principios rectores y cautelados en los derechos fundamentales. De allí que sólo cuando esta compatibilidad se encuentre asegurada, cabrá afirmar que dicha verdad es jurídicamente válida.

Tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos (Exp. N.º 010-2002-AI/TC de fecha 3 de enero de 2003): “Como todo derecho constitucional, el de la prueba se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivados tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión (...)”.

En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho.

Al respecto, el apartado h del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución prescribe el derecho a que se establezca la invalidez de las declaraciones obtenidas mediante el uso de la violencia en sentido lato. Esta facultad tiene como fin enervar el valor jurídico de aquellas revelaciones o exposiciones alcanzadas mediante cualesquiera de las formas de agresión anteriormente señaladas. El funcionario estatal que emplee la violencia injustificada incurre en la comisión de ilícito justiciable penalmente.

2.6. El derecho a la integridad personal y las personas privadas de la libertad

El apartado h del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución, *ab initio*, preceptúa que “Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes [...]”

Este derecho tiene singular relevancia para aquellas personas que, por razones de una detención policial u orden judicial de internamiento, ya de por sí sufran algún grado de penuria avalada por la ley.

La tortura se encuentra definida en el artículo 1º de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas de fecha 10 de diciembre de 1984, como un ilícito consistente en una acción destinada a infligir deliberada e intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos de cualquier naturaleza, con el objetivo de alcanzar alguno de los resultados siguientes:

- a) Obtener información sobre la propia persona o de un tercero, dentro del contexto de una investigación policial.
- b) Obtener la confesión de la propia persona dentro del contexto de una investigación policial.
- c) Asignar un castigo o punición criminal.
- d) Intimidar moral o psicológicamente a la propia persona o a terceros observantes o conocedores de tal acción.

Tal como refiere la Resolución N.º 3452, acordada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 9 de diciembre de 1975, “(...) la tortura constituye una forma agravada y deliberada de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Dicha práctica sólo puede ser cometida por un operador estatal o por un particular bajo la investigación, consentimiento o aquiescencia de aquél.

Rogelio Moreno Rodríguez [Diccionario de Ciencias Penales. Buenos Aires: Ad hoc, 2001] precisa que no debe considerarse como tortura: “(...) los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes a éstas”.

Ahora bien, a efectos de distinguir la tortura de los tratos inhumanos o humillantes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció, en el caso Irlanda vs. Reino Unido [sentencia de fecha 18 de enero de 1978] que la tortura se distingue esencialmente por la intensidad del daño que se causa a la víctima; es decir, tiene como notas distintivas el inflingimiento de sufrimientos de especial gravedad o severidad y crueldad; así como el grado de lesión que deja como secuela.

Ahora bien, la determinación de una acción calificada como tortura debe ser apreciada conforme al conjunto de circunstancias que rodea cada caso en particular; v.g., la duración de la aflicción, el sexo, la edad, el estado de salud de la víctima, etc. Del resultado del análisis de todo ello se establecerá el mayor grado de intensidad y crueldad connotativa.

Con relación a los tratos inhumanos, degradantes o humillantes, la acción lesiva, en este caso, mancilla la dignidad de una persona; es decir, menoscaba la condición humana de la víctima, creando en ella sentimientos de temor, angustia e inferioridad, ello con el fin de envilecerla y quebrantar su capacidad de natural resistencia física, psíquica o moral.

Así, en el ya citado caso de Irlanda vs. Reino Unido, la Corte Europea de Derechos Humanos calificó que las

técnicas de interrogatorio ejecutadas contra un grupo de detenidos perteneciente al IRA [taparles el rostro, colocarlos de pie contra la pared, privarlos de sueño o alimentos] configuraban actos propios de un trato inhumano o degradante. A lo expuesto cabe agregar otras situaciones, tales como ubicar a los detenidos en celdas insalubres, mofarse de sus defectos físicos o de sus fracasos personales, exponerlos morbosamente a la crítica pública, etc.

En el caso específico de las personas privadas por mandato judicial de su *ius locomotor*, se trata de una humillación o sensación de envilecimiento diferente al que ocasiona, *per se*, una sentencia condenatoria en materia penal o un auto de detención preventiva. Por ende, la cuestión radica en las condiciones y la forma cómo se ejecutan dichas decisiones judiciales.

Al respecto, este Colegiado ya ha expuesto su punto de vista, concordante con dicha línea jurisprudencial supranacional, en los casos Challapalca (Expediente N.º 1429-2002-HC/TC) y Alejandro Rodríguez Medrano (Expediente N.º 0726-2002-HC/TC).

3. EL PEDIDO DE TUTELA DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL Y LA VÍA DE LA ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS.

Que la inescindible vinculación entre el derecho a la integridad personal y la proscripción de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, ha sido correctamente advertida por el legislador del Código Procesal Constitucional, al haber recogido ambos supuestos en el inciso 1 de su artículo 25º, que enumera los derechos protegidos por el proceso de hábeas corpus.

Debe precisarse que Ley N.º 23506, a diferencia del Código Procesal Constitucional, no consigna expresamente el derecho a la integridad personal entre los derechos protegidos por el proceso de hábeas corpus, lo cual si bien resulta impropio, no significa un obstáculo para su protección jurisdiccional a través de dicha garantía, tanto por la condición meramente enunciativa de los derechos enumerados en el artículo 12º de la referida Ley (condición que, por cierto, mantiene la enumeración de los derechos previstos en el artículo 25º del Código Procesal Constitucional), como por el hecho de que, jurisprudencial y doctrinalmente, pronto se comprendió que dada la naturaleza del derecho a la integridad personal, la acción de hábeas corpus es instrumento procesal idóneo para su protección. En efecto, tal como sostiene Néstor Pedro Saquës, [Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus, Buenos Aires: Astrea, 1988, Pág. 143], el hábeas corpus: "(...) en su origen histórico surge como remedio contra una detención. Sin arresto, el hábeas corpus parecería no tener razón de ser, ya que es un remedio, precisamente, contra aprehensiones ilegales. Su meta natural, por lo demás estriba en disponer una libertad. Sin embargo, el desarrollo posterior del instituto [...] ha hecho proyectarse hacia situaciones y circunstancias que si bien son próximas a un arresto, no se identifican necesariamente

con él". De ahí que se reconozca que: "algunas figuras del hábeas corpus [...] abandonan los límites precisos de la libertad física para tutelar derechos -constitucionales también- aunque de índole distinta". Tal es el caso, sin duda, del derecho a la integridad personal.

Al respecto, en la Opinión Consultiva OC-9/87 N.º 29, la Corte Interamericana de Derechos Humanos justificó y convalidó la ampliación de los contornos del hábeas corpus, al manifestar que: "(...) es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes".

El Tribunal Constitucional ya ha establecido jurisprudencialmente la protección del derecho a la integridad personal a través de la vía de la acción de hábeas corpus.

Así, en el caso Abimael Guzmán Reynoso (Expediente N.º 590-2001-HC/TC) señaló que: "(...) siendo el objeto del presente proceso constitucional que el órgano jurisdiccional disponga que cesen las condiciones de reclusión ya expuestas [...], se está ante la pretensión del denominado 'hábeas corpus correctivo', que procede ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica o del derecho a la salud de las personas que se hallan reclusas en establecimientos penales e incluso de personas que, bajo una especial relación de sujeción, se encuentran internadas en establecimientos de tratamiento, públicos o privados. Así queda en claro que, aun cuando el artículo 12º de la Ley N.º 23506 no comprende como susceptibles de ser protegidos los antes mencionados, ello no implica que se les deniegue protección, dado que el citado artículo tiene sólo carácter 'enunciativo (...)".

A mayor abundamiento, en el caso Eleobina Mabel Aponte Chuquiuanca [Expediente N.º 2663-2003-HC/TC] se consignaron los ocho tipos de hábeas corpus que este Colegiado reconoce como admisibles a trámite y, específicamente, en cuanto al hábeas corpus correctivo, estableció que dicha modalidad "(...) es usada cuando se producen actos de agravamiento ilegal o arbitrario respecto a las formas o condiciones en que se cumplen penas privativas de la libertad. Por ende, su fin es resguardar a la persona de tratamientos carentes de razonabilidad y proporcionalidad, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena".

4. EL PETITORIO : CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS

Que el presente caso, y conforme se aprecia de los hechos cuestionados, el hábeas corpus interpuesto asume el carácter de correctivo. Como tal, requiere necesariamente, conforme lo ha establecido este Colegiado en la resolución recaída en el caso Abimael Guzmán Reynoso (Expediente N.º 590-2001-HC/TC), que el juez, tras haber admitido la demanda, efectúe una investigación sumaria con el propósito de constatar, *in situ*, las condiciones de reclusión

de las recurrentes, así como tomar su declaración y la de la autoridad o autoridades emplazadas a efectos de mejor resolver. Tal diligencia tiene carácter obligatorio y asume, como inmediatamente se verá, características especiales, por la naturaleza de los hechos denunciados.

LA ACTUACIÓN JUDICIAL

4.1 Que aunque de los actuados se aprecia que el juez penal que conoce del presente proceso se constituyó al Centro Penitenciario de Mujeres de Chorrillos con la finalidad de tomar el dicho de las recurrentes así como de las autoridades penitenciarias emplazadas, no se ha cumplido con verificar en forma adecuada o suficientemente precisa los hechos que se alegan como presuntamente acontecidos. Sobre dicho extremo, conviene puntualizar que la constatación *in situ* que impone como regla todo hábeas corpus correctivo, no puede interpretarse como la presencia meramente formal del juez en el lugar donde se tiene recluida a una persona y la sola toma de dicho de las partes involucradas. Tal diligencia supone que, según las características de los hechos reclamados, el juez deberá verificar directamente la existencia de los hechos denunciados o, en su caso, disponer la comparecencia de personal especializado que pueda contribuir a la determinación exacta de los hechos susceptibles de investigación. Si se trata, por ejemplo, de actos de tortura física o maltrato psíquico, deberá disponer, según sea el caso, la presencia de personal médico o psiquiátrico que participe en la citada diligencia. Por otra parte, y en lo que respecta a la toma de dicho, el interrogatorio deberá circunscribirse a la dilucidación de los hechos denunciados, prescindiendo de temas colaterales o de los que resulten irrelevantes para resolver el fondo de la controversia.

4.2 Que si lo que la recurrente Natalia Foronda Crespo ha denunciado es maltrato psicológico, el tema no podrá dilucidarse desde la sola perspectiva de un interrogatorio, tanto más cuando, como lo reconocen diversas internas (declaraciones de fojas 86 a 87, fojas 91-92) e incluso, las propias autoridades emplazadas (declaraciones de fojas 103 a 106), la misma sufre de alteraciones psiquiátricas, motivo por el que ya ha sido evacuada en una oportunidad al Hospital Larco Herrera, requiriendo incluso, y como lo reconoce la propia Jefatura de Seguridad Interna del Establecimiento Penitenciario de Mujeres de Chorrillos, de tratamiento especializado permanente, según aparece de la instrumental de fojas 112 y 113 de los autos. En tales circunstancias, resulta imperativo determinar su real estado de salud mental y la necesidad de proseguir, o no, con el régimen carcelario al que se encuentra sometida.

4.3 Que por otra parte y en lo que respecta a la recurrente Verónica Bols, resulta igualmente insuficiente la sola toma de dicho que se le efectuó si se tiene que lo que alega es maltrato físico y psicológico, por el hecho de no haber recibido una atención médica oportuna a consecuencia de un accidente que sufrió, y el hecho de haberse impedido su tratamiento médico posterior, según aparece de las instrumentales de fojas 108 y 109 de los autos. En tales circunstancias, resulta evidente la necesidad de que sea

personal médico el que determine el estado de salud de la citada agraviada y el tratamiento que, en su caso, debe corresponderle.

4.4 Que aunque los hechos alegados por la recurrente Mónica Pérez Pérez, referidos fundamentalmente a la restricción de la que viene siendo objeto para efectuar reclamos, no pueden acreditarse con su sola declaración, resulta controversial, por decir lo menos, que el Juez no haya meritudo dichas declaraciones en relación con las emitidas por la Jefe de Seguridad del Grupo Tres del Establecimiento Penal, doña Yolanda Reyna Vidalón Reyes (fojas 117 a 118), quien reconoce que las internas no pueden reunirse entre ellas, lo que impone la necesidad de determinar si pueden, o no, efectuar peticiones ante las autoridades del penal. El juzgador debió esclarecer dicho extremo, en atención a que lo que se está reclamando es una presunta vulneración del derecho de formular peticiones o reclamos ante la autoridad competente.

4.5 Que este Colegiado advierte que, así como no se ha realizado una diligencia de constatación compatible con las características que impone el reclamo formulado, tampoco se ha emitido, a nivel de primera instancia, una resolución que pueda considerarse mínima o elementalmente coherente con los fundamentos de ella.

En todo caso, es pertinente precisar que si el juzgado concluye en que resulta infundada la acción de hábeas corpus, supuestamente porque no se advierte vulneración de los derechos reclamados, no termina de entenderse por qué realiza una serie de recomendaciones, como que debe evaluarse de manera mucho más profunda a la interna doña Natalia Foronda, a efectos de que se determine su estado clínico y se disponga su transferencia a un lugar en el cual cumpla con los requerimientos exigidos por su estado de salud; o que se realice un mayor control de la cantidad de pastillas y fármacos recetados de acuerdo a la dosis prescrita para las reclamos que se encuentran bajo tratamiento médico; o de evitar el sometimiento de las internas a encierros u otro tipo de sanciones que signifiquen vulnerar sus derechos humanos.

En ese sentido, si el juzgador consideró que el régimen carcelario de las internas no presenta anomalía alguna y que no existe ninguna razón en sus reclamos, desestimando la demanda, evidentemente dichas recomendaciones están demás o simplemente carecerían de sentido.

4.6 Que este Colegiado estima que el juzgador ordinario (específicamente el de primera instancia) no ha cumplido en forma debida con las funciones que le encomiendan las leyes en el presente caso, y que ha preferido optar por una fórmula inmediateista y poco razonada antes que por un fallo ajustado a derecho. Lo dicho, por otra parte, se constata en el *excursus* utilizado en el Fundamento Octavo de la sentencia de primer grado, en el cual se sostiene que: "(...) el sistema penitenciario en nuestro país es deficiente por razones económicas" y que es dicha situación la que "(...) no permite tener medios especializados dentro de un penal", por lo que, que aunque "(...) se intenta ayudar a

las internas en todo momento" no se puede "(...) concluir con todo ya que no hay capacidad tanto de personal como de dinero" para acciones como las reclamadas. Por consiguiente, "(...) las personas que dirigen el penal sólo cumplen sus funciones no pudiendo acudir a los pedidos de cada interna por la cantidad de ellas y por la falta de personal y, sobre todo, por las deficiencias económicas tal y como es sabido que presenta el órgano penitenciario así como todo el sistema económico en nuestro país".

4.7 Que aunque nadie discute la carencia de recursos de un sistema penitenciario como el nuestro, carece de todo sentido sustentar razonamientos de tal índole para justificar resoluciones desestimatorias como la señalada, cuando lo que está de por medio es el trato digno de las reclusas, que no por encontrarse privadas de su libertad pierden su dignidad y los derechos elementales que el ordenamiento **está obligado a garantizarles**, sin que pueda invocarse argumentos como los de la consabida y mal interpretada falencia económica.

Queda claro, entonces, que aunque este Tribunal no está planteando que hayan quedado acreditados los hechos alegados por las recurrentes, existen, sin embargo, razones suficientes para declarar que en el presente caso y por la forma cómo se ha llevado la citada diligencia de constatación, se ha producido el quebrantamiento de forma previsto en el segundo párrafo el artículo 42°

de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional –N.º 26435– debiéndose enmendar a la brevedad posible dicho vicio procesal, a fin de verificar, con todos los elementos necesarios si, en efecto, existen, o no, las condiciones de maltrato físico y psicológico en agravio de las recurrentes que se alegan en la demanda, y si, adicionalmente, se vienen afectando los restantes derechos constitucionales reclamados.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

RESUELVE

Declarar **NULAS** la recurrida y la apelada, y **NULO** todo lo actuado desde fojas 86, a cuyo estado se repone la presenta causa con la finalidad de que el juez realice nuevamente y de manera inmediata la diligencia de constatación, de acuerdo a los criterios precisados en los considerandos precedentes.

Publíquese y notifíquese.

SS

BARDELLI LARTIRIGOYEN
REVOREDO MARSANO
GARCÍA TOMA

Exp. N° 2915-2004-HC/TC [Proceso de Hábeas Corpus promovido por Federico Tiberio Berrocal Prudencio. Sobre el derecho al plazo razonable de la detención preventiva].

Fecha de Resolución: 23 de noviembre de 2004

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 25 de noviembre de 2004

Resumen: El derecho al plazo razonable de la detención preventiva constituye, propiamente, una manifestación implícita del derecho a la libertad personal reconocido en la Carta Fundamental (artículo 2º24 de la Constitución) y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana.

Así, mediante la presente sentencia se establecen criterios o pautas que aplicadas a cada situación específica permiten al juez constitucional determinar la razonabilidad del plazo de la detención preventiva a través de un análisis interpretativo del artículo 137 del Código Procesal Penal, el cual regula el plazo máximo de detención preventiva y su prolongación.

Los referidos criterios de evaluación de la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva, contemplados por el Tribunal son los que siguen:

a) Actuación o conducta de los órganos judiciales: "Prioridad y diligencia debida"

Es deber del juez penal dotar de la prioridad debida y actuar con una diligencia especial en la tramitación de las causas en las que el inculpado se encuentre en condición de detenido de un lado porque: "(...) el poder del Estado para detener a una persona en cualquier momento del proceso constituye el fundamento principal de su obligación de sustanciar tales casos dentro de un plazo razonable" (Informe N.º 2/97, párrafo); y, de otro, porque el procesado que afronta tal condición sufre una grave limitación de la libertad que, *strictu sensu*, la ley ha reservado sólo a los que han sido efectivamente condenados.

De no tenerse presente ello, una medida que debería ser concebida como cautelar y excepcional, se convertiría en un instrumento de excesiva aflicción física y psicológica para quien no tiene la condición de condenado, resquebrajando su capacidad de respuesta en el proceso y mellando el propio principio de dignidad.

En tal sentido, serían especialmente censurables, por ejemplo, la demora en la tramitación y resolución de los recursos contra las decisiones que imponen o mantienen la detención preventiva; las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos; o, como estableciera el TEDH, los repetidos cambios de juez instructor, la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia en general (Caso Clooth, párrafo 45).

La falta de diligencia de los órganos judiciales tendría lugar, incluso, en aquellos supuestos en los que su actuación se viera "formalmente" respaldada por el ordenamiento legal, puesto que, tal como ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "(...) nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales del individuo, por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad". (Caso Gangaram Panda vs. Surinam)

b) Complejidad del asunto

El Tribunal resaltó que para valorar la complejidad del asunto es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito (Caso Tomasi. Sentencia del TEDH del 27 de agosto de 1992), los hechos investigados, los alcances de la actividad

probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil.

c) Actividad procesal del detenido

En este aspecto, el Colegiado distinguió entre el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras ambas del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado Constitucional permite), de la denominada "defensa obstruccionista" (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional).

En consecuencia, "(...) la demora sólo puede ser imputable al acusado si éste ha abusado de su derecho a utilizar los resortes procesales disponibles, con la intención de atrasar el procedimiento" (Informe N.º 64/99, Caso 11.778, Ruth Del Rosario Garcés Valladares. Ecuador, 13 de abril de 1999. Asimismo, Caso Wemhoff, TEDH, párrafo 2; y Caso Neumeister, TEDH, párrafo 2).

Entre las conductas que podrían ser meritadas como intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, se encuentran la interposición de recursos que desde su origen y de manera manifiesta se encontraban condenados a la desestimación o las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones.

Sin perjuicio de lo expuesto, el Tribunal destacó que, en principio, no podría generar perjuicios para el procesado la repetida presentación de recursos que tengan por objeto la reevaluación de la pertinencia y suficiencia de las razones que, *prima facie*, legitimaron el dictado del mandato de detención en su contra. Y es que dicha evaluación constante constituye un deber del juez penal, aun en circunstancias en las que no medie una solicitud de parte, de manera tal que, desde el mismo instante en que se desvanece la pertinencia de los motivos que sirvieron de fundamento para el dictado de la medida, ésta debe ser revocada.

Por otro lado, realizó un análisis de los límites legales del plazo de la detención preventiva. Así, precisó que en el artículo 137º del Código Procesal Penal, se establecen dos "tipos" de plazo máximo de detención, distinguibles en razón del delito imputado y de la complejidad de la causa:

a. De un lado se encuentra el plazo máximo aplicable a los procesos que versan sobre la generalidad de los delitos y cuyo encausamiento, en principio, no reviste mayor complejidad, el cual, a su vez, se divide en razón del tipo procedimiento en que debe ser meritada la causa, de manera tal que si se trata del procedimiento ordinario (denominado sumario por el Código de Procedimientos Penales), el plazo máximo es de 9 meses, y si se trata del procedimiento especial (denominado ordinario por el Código de Procedimientos Penales), 18 meses.

b. De otra parte, tenemos el plazo máximo aplicable a los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado, en cuyo caso el plazo máximo es de 36 meses. Se trata de una presunción legal de complejidad, *prima facie* que, desde luego, podría quedar desvirtuada a la luz del caso concreto.

El Tribunal Constitucional encontró razonable esta diferenciación de los plazos en la medida en que se tome en cuenta el siguiente factor que resulta medular al momento de garantizar el contenido del derecho a que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable: los plazos "máximos".

De otra parte, señaló que a tenor del segundo y tercer párrafo del artículo 137º "mediante auto debidamente motivado, de oficio por el Juez o a solicitud del Fiscal y con conocimiento del inculpad", se concluye que es posible prolongar el plazo máximo de detención "por un plazo igual" a los establecidos en su primer párrafo "cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación y que el inculpad pudiera sustraerse a la acción de la justicia".

Sin embargo, el Colegiado consideró que al momento de aplicar dichos preceptos el juez penal debe tener presente los siguientes criterios a efectos de evitar afectar el derecho fundamental del procesado:

a. Se trata de plazos máximos que no pueden ser sobrepasados bajo ninguna circunstancia (límite absoluto al plazo de duración de la prisión preventiva).

b. Todos los criterios antes indicados para valorar la razonabilidad de la duración del plazo son aplicables cuando se pretenda prolongarlo en los casos de la generalidad de los delitos merituados en procedimiento ordinario (hasta 18 meses) y de los delitos merituados en el procedimiento especial (hasta 36 meses).

c. Sin embargo, a la luz de una interpretación *pro homine* y *favor libertatis* del segundo párrafo del artículo 137° del CPP, se concluiría en que la "especial dificultad" o "especial prolongación de la investigación", que permite justificar la prolongación del plazo de detención en el caso de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado (más de 36 meses), sólo podría fundamentarse en retrasos atribuibles objetiva e inequívocamente al propio interesado, sin que para tales efectos sea posible recurrir a una supuesta "complejidad del asunto".

d. En ningún caso el plazo de detención provisional de un procesado puede exceder el de la pena privativa de libertad preestablecida para el delito del que se le acusa.

En resumen, se puede decir que el excederse del plazo razonable implica un incumplimiento por parte del Estado de su deber de garantizar sentencias penales justas, prontas y plenamente ejecutables, y, por otro lado, significa también vulnerar el derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia mientras no se haya declarado judicialmente la culpabilidad del procesado.

Temas Claves: Derecho a la presunción de inocencia - derecho al plazo razonable de la detención - duplicación del plazo de detención - hábeas corpus traslativo - libertad personal - plazo máximo de la detención - requisitos procesales de la medida cautelar.

**EXP. N.º 2915-2004-HC/TCL
LIMA**

**FEDERICO TIBERIO
BERROCAL PRUDENCIO**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de noviembre del año 2004, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen; Vicepresidente, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Federico Tiberio Berrocal Prudencio contra la sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Huaura, de fojas 74, su fecha 15 de septiembre de 2004, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente, con fecha 27 de agosto de 2004, interpone acción de hábeas corpus contra el Juez de Tercer Juzgado

Penal de Huaura, Dr. Miguel Alzamora Zevallos, por considerar vulnerado su derecho a la libertad personal. Refiere que se encuentra internado en el Penal de Carquin desde el 13 de febrero de 2003, por la presunta comisión de los delitos de robo agravado, tenencia ilegal de armas y tráfico ilícito de drogas (TID); y ostiene que a la fecha lleva más de 18 meses detenido, motivo por el cual, en aplicación del artículo 137° del Código Procesal Penal corresponde ordenar su inmediata excarcelación.

El emplazado manifiesta que el proceso es seguido contra 5 personas en agravio de 4. Sostiene que con fecha 17 de febrero de 2004, se elevaron a la Sala los informes finales; que, sin embargo, con fecha 22 de abril de 2004, el expediente fue devuelto al juzgado con la finalidad de que se amplíe el auto apertorio de instrucción en contra de un sexto imputado; y que, a la fecha, no tiene obligación de excarcelar al recurrente, puesto que el artículo 137° del Código Procesal Penal permite que el plazo máximo de detención se duplique en los procesos seguidos por el delito de TID.

El Primer Juzgado Penal de Huaura, con fecha 31 de agosto de 2004, declaró improcedente la demanda, por considerar que el plazo máximo de detención previsto en el artículo 137° del Código Procesal Penal no ha vencido,

puesto que el recurrente se encuentra procesado, entre otros delitos, por la supuesta comisión del delito de tráfico ilícito de drogas.

La recurrida confirmó la apelada, por considerar que el proceso seguido contra el recurrente es de naturaleza compleja, pues se investigan tres delitos; y que el plazo máximo de detención previsto en el artículo 137° del Código Procesal Penal no ha vencido, por cuanto uno de los delitos investigados es el de tráfico ilícito de drogas.

FUNDAMENTOS

1. El recurrente solicita que se ordene su inmediata excarcelación por considerar que se ha vencido el plazo máximo de prisión preventiva previsto en el artículo 137° del Código Procesal Penal (CPP), sin haberse dictado sentencia en primera instancia. En tal sentido, el derecho que se alega como vulnerado es el de no ser detenido provisionalmente más allá de un plazo razonable.

2. En atención a la importancia creciente del tema en revisión, se procederá a analizar su naturaleza e implicancia desde una perspectiva general y con vocación vinculante.

§1. Presupuestos para la legitimidad de la detención preventiva

3. Son dos los factores sustanciales que deben ser atendidos por la judicatura al momento de evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de la limitación del derecho a la libertad personal materializada en una detención judicial preventiva: de un lado, las causales que la justifican; y, de otro, la duración de la medida.

El Tribunal Constitucional, en el Caso Silva Checa (Exp. N.° 1091-2002-HC/TC), ha tenido oportunidad de pronunciarse *in extenso* respecto de las causas que justifican el dictado de una medida de detención; siendo éstas, básicamente, la presunción de que el acusado ha cometido un delito (como factor *sine qua non*, pero en sí mismo insuficiente), el peligro de fuga, la posibilidad de perturbación de la actividad probatoria (que pudiera manifestarse en la remoción de las fuentes de prueba, colusión, presión sobre los testigos, entre otros supuestos), y el riesgo de comisión de nuevos delitos. Cabe enfatizar que cada una de las razones que permiten presumir la existencia del denominado peligro procesal, deben permanecer como amenazas efectivas mientras dure la detención preventiva pues, en caso contrario, ésta, automáticamente, deviene en ilegítima.

4. En esta sentencia se ingresa a evaluar el límite temporal de la medida.

§2. El derecho al plazo razonable de la detención preventiva como manifestación implícita del derecho a la libertad personal en el orden constitucional y explícita en el orden internacional

5. El derecho a que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable, no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución. Sin embargo, se trata de

un derecho que coadyuva el pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad que debe guardar la aplicación de la prisión provisional para ser reconocida como constitucional. Se trata, propiamente, de una manifestación implícita del derecho a la libertad personal reconocido en la Carta Fundamental (artículo 2°24 de la Constitución) y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana.

6. Por lo demás, la interpretación que permite a este Tribunal reconocer la existencia implícita del referido derecho en la Constitución, se encuentra plenamente respaldada por su Cuarta Disposición Final y Transitoria, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

Al respecto, debe señalarse que existen diversos tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado que sí reconocen expresamente este derecho. Tal es el caso del artículo 9°3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que "[t]oda persona detenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad". Por su parte, el artículo 7°5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce el derecho de "[t]oda persona detenida o retenida (...) a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso".

En consecuencia, el derecho a que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocido por el sistema internacional de protección de los derechos humanos y, por tanto, no puede ser desconocido.

7. Es necesario precisar que el derecho a la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva es distinto –tanto en su contenido como en sus presupuestos– del derecho a la razonabilidad del plazo del proceso en su totalidad, al que hace alusión el artículo 8°1 de la Convención Americana.

Así, tal como ha establecido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "Un atraso que constituya violación de la disposición del artículo 7.5 puede estar justificado según el artículo 8.1" (Informe N.° 12/96, Caso N.° 11,245, párrafo 110), por el sencillo motivo de que mientras en el primero de los casos de lo que se trata es de garantizar un tiempo limitado de detención, en el segundo se busca garantizar el límite temporal entre el inicio y el fin del proceso.

Esta sentencia se ocupa sólo del primero de los referidos derechos, es decir, del derecho de toda persona a no sufrir detención preventiva más allá de un plazo razonable.

§3. La detención preventiva como medida excepcional y subsidiaria

8. La medida de encarcelamiento ha sido instituida, *prima facie*, como una fórmula de purgación de pena por

la comisión de ilícitos penales de determinada gravedad. En tal sentido, su aplicación como medida cautelar en aras de asegurar el adecuado curso de las investigaciones y la plena ejecutabilidad de una eventual sentencia condenatoria, debe ser la última ratio por la que puede optar un juez para asegurar el éxito del proceso penal.

9. Tal como establece el artículo 9º3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, "(...) la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general". Lo propio queda expuesto en la regla 6.1 de las denominadas Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas privativas de la libertad (Reglas de Tokio), que precisa que: "sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso". Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado: "(...) la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa". (Informe N.º 12/96, párrafo 84).

10. Por ello, su dictado presupone que el juez penal haya evaluado y –a la luz de las particulares circunstancias de cada caso–, descartado, la posibilidad de dictar una medida menos restrictiva de la libertad personal. Sin embargo, aun en esas circunstancias, resulta inconstitucional que la medida de detención exceda de un plazo razonable.

§4. Plazo razonable de la detención preventiva, presunción de inocencia y persecución del delito

11. El contenido del derecho a que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable se expresa en el adecuado equilibrio entre los dos valores que se encuentran en contrapeso al momento de aplicar la medida: por una parte, el deber del Estado de garantizar sentencias penales justas, prontas y plenamente ejecutables; y, por otra, el derecho de toda persona a la libertad personal (artículo 2º24) y a que se presuma su inocencia, mientras no se declare judicialmente su culpabilidad (artículo 2º24.e).

12. La presunción de inocencia se mantiene "viva" en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigador llevado cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla. Mientras ello no ocurra dicho principio debe informar a todos y cada uno de los actos de la judicatura, máxime si existe una medida de detención vigente. La duración desproporcionada de dicha medida desvirtúa la funcionalidad del principio en el seno del proceso, generando la mutación de una medida cautelar en una sanción que, a diferencia de la pena impuesta por una resolución judicial condenatoria, agota su propósito

en el abatimiento del individuo, quien deja de ser "sujeto" del proceso, para convertirse en "objeto" del mismo.

13. Tal como ha establecido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "(...) el principio de legalidad que establece la necesidad de que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal. De otro modo, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad." (Informe N.º 12/96, párrafo 78).

§5. Razonabilidad del plazo de detención

14. Como resulta evidente, no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la prisión provisional pueda reputarse como irrazonable. Ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, supuesto que es precisamente ajeno a la grave y delicada tarea que conlleva meritar la eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito.

15. Este criterio es compartido, por ejemplo, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), al referir que "el plazo razonable (...) no puede traducirse en un número fijo de días, semanas, meses o años, o en varios períodos dependiendo de la gravedad del delito" (Caso Stogmuller. Sentencia del 10 de noviembre de 1969, párrafo 4).

16. En tal sentido, para determinar si dicha razonabilidad ha sido rebasada, es preciso atenderse a las específicas circunstancias de cada caso concreto.

17. Sin embargo, la imposibilidad de establecer un plazo único e inequívoco para evaluar la razonabilidad o irrazonabilidad de la duración de la prisión preventiva, no impide el establecimiento de criterios o pautas que, aplicadas a cada situación específica, permitan al juez constitucional determinar la afectación del derecho constitucional a no ser privado de la libertad preventivamente más allá del tiempo razonablemente necesario. A continuación, el Tribunal procede a desarrollar los referidos criterios.

§6. Criterios de evaluación de la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva

a) Actuación de los órganos judiciales: "Prioridad y diligencia debida"

18. Es deber del juez penal dotar de la prioridad debida y actuar con una diligencia especial en la tramitación de las causas en las que el inculpado se encuentre en condición de detenido de un lado porque: "(...) el poder del Estado para detener a una persona en cualquier momento del proceso constituye el fundamento principal de su obligación de sustanciar tales casos dentro de un plazo razonable" (Informe N.º 2/97, párrafo); y, de otro, porque el procesado que afronta tal condición sufre una grave limitación de la libertad que, *strictu sensu*, la ley ha reservado sólo a los que han sido efectivamente condenados.

19. De no tenerse presente ello, una medida que debería ser concebida como cautelar y excepcional, se convertiría en un instrumento de excesiva aflicción física y psicológica para quien no tiene la condición de condenado, resquebrajando su capacidad de respuesta en el proceso y mellando el propio principio de dignidad.

Tal como lo ha establecido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "[l]a situación jurídica de la persona que se encuentra en prisión preventiva es muy imprecisa: existe una sospecha en su contra, pero aún no ha logrado demostrarse la culpabilidad. Los detenidos en tales circunstancias sufren usualmente grandes tensiones personales como resultado de la pérdida de ingresos, y de la separación forzada de su familia y comunidad. Debe enfatizarse igualmente el impacto psicológico y emocional al que son sometidos mientras dura esta circunstancia." (Informe N.º 2/97. Casos N.ºs 11205 y otros, párrafo 7).

20. En consecuencia, a efectos de determinar la razonabilidad del plazo de detención, es preciso analizar si el juez penal ha procedido con la "diligencia especial" debida en la tramitación del proceso. (Caso Kenmache. Sentencia del TEDH, párrafo 45)

21. Para determinar si en la causa se ha obrado con la debida diligencia, no sólo se deberá analizar, propiamente: a) la conducta de las autoridades judiciales, sino también, b) la complejidad del asunto, y c) la actividad procesal del interesado. (Caso Toth. Sentencia del TEDH del 12 de diciembre de 1991, párrafo 77/ Caso Genie Lacayo. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 27 de enero de 1995. Serie C, núm. 21, párrafo 77; aunque en este último caso los criterios fueron utilizados para evaluar la razonabilidad de la duración de la totalidad del proceso).

22. En lo que respecta a la actuación de los órganos judiciales, será preciso evaluar el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa en la que se encuentra un individuo privado de su libertad. En tal sentido, serían especialmente censurables, por ejemplo, la demora en la tramitación y resolución de los recursos contra las decisiones que imponen o mantienen la detención preventiva; las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos; o, como estableciera el TEDH, los repetidos cambios de juez instructor, la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia en general (Caso Clooth, párrafo 45).

23. La falta de diligencia de los órganos judiciales tendría lugar, incluso, en aquellos supuestos en los que su actuación se viera "formalmente" respaldada por el ordenamiento legal, puesto que, tal como ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "(...) nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales del individuo, por ser,

entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad". (Caso Gangaram Panda. Sentencia del 4 de diciembre de 1991. Serie C, núm. 12, párrafo 47).

Así, por ejemplo, tal como ocurriera en el Caso Toth vs. Austria, ventilado en el seno del TEDH, sería atribuible a la falta de diligencia de los órganos judiciales la aplicación de leyes de procedimiento que tengan un injustificado efecto suspensivo sobre las investigaciones en diversas oportunidades. (Sentencia de 12 de diciembre de 1991, párrafo 77).

24. El análisis de la debida o indebida actuación por parte de las autoridades judiciales, debe abarcar el tiempo transcurrido desde que la persona se encuentra efectivamente detenida, hasta el dictado de la sentencia (Caso Wemhoff. Sentencia del TEDH del 27 de junio de 1968, párrafo 16).

b) Complejidad del asunto

25. Para valorar la complejidad del asunto es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito (Caso Tomasi. Sentencia del TEDH del 27 de agosto de 1992), los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil.

c) Actividad procesal del detenido

26. En lo que respecta a la valoración de la actividad procesal del detenido a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras ambas del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado Constitucional permite), de la denominada "defensa obstruccionista" (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional).

27. En consecuencia, "(...) la demora sólo puede ser imputable al acusado si éste ha abusado de su derecho a utilizar los resortes procesales disponibles, con la intención de atrasar el procedimiento" (Informe N.º 64/99, Caso 11.778, Ruth Del Rosario Garcés Valladares. Ecuador, 13 de abril de 1999. Asimismo, Caso Wemhoff, TEDH, párrafo 2; y Caso Neumeister, TEDH, párrafo 2).

28. Entre las conductas que podrían ser meritadas como intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, se encuentran la interposición de recursos que desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, o las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvían el adecuado curso de las investigaciones. Es pertinente tener presente que "[s]i bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculpado a guardar

un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso" (Caso Bozzo Rotondo, Exp. N.º 0376-2003-HC/TC, FJ. 9).

29. Por otra parte, "[l]as recusaciones constituyen una hipótesis corriente y que suele demorar el curso de un proceso. Aun cuando tales situaciones no justifiquen retardos irrazonables, sí cabe descartar la defensa [del encausado] basada en que, durante su resolución, es posible que intervenga otro juez: pues aunque esto fuese teóricamente posible, lo cierto es que difícilmente puede pedírsele a otro magistrado que prosiga inmediatamente con la instrucción, sobre todo si ésta es prolongada y compleja, pues la sola 'puesta en autos' de aquél puede necesitar mucho tiempo" (Gialdino, Rolando. *La prisión preventiva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Artículo publicado en la página web de la Comisión Andina de Juristas: www.cajpe.org.pe/guia/g-prisi.htm).

30. Sin perjuicio de lo expuesto, conviene destacar que, en principio, no podría generar perjuicios para el procesado la repetida presentación de recursos que tengan por objeto la reevaluación de la pertinencia y suficiencia de las razones que, *prima facie*, legitimaron el dictado del mandato de detención en su contra. Y es que dicha evaluación constante constituye un deber del juez penal, aun en circunstancias en las que no medie una solicitud de parte, de manera tal que, desde el mismo instante en que se desvanece la pertinencia de la motivos que sirvieron de fundamento para el dictado de la medida, ésta debe ser revocada.

31. En todo caso, corresponde al juez penal demostrar la conducta obstruccionista del imputado.

§7. Análisis constitucional de los límites legales del plazo de la detención preventiva

32. El hecho de que el plazo razonable de duración de la detención preventiva no pueda ser valorado a nivel abstracto, no significa que el ordenamiento jurídico se inhíba de establecer una regulación que sirva de parámetro objetivo para el enjuiciamiento de un caso concreto en el que haya sido dispuesta la medida.

Así lo ha reconocido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando afirma que: "La Comisión ha mantenido siempre que para determinar si una detención es razonable, se debe hacer, inevitablemente, un análisis de cada caso. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que se establezca una norma que determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima *prima facie*, independientemente de la naturaleza del delito que se impute al acusado o de la complejidad del caso. Esta acción sería congruente con el principio de presunción de inocencia y con todos los otros derechos asociados al debido proceso legal." (Informe N.º 12/96, párrafo 70).

33. En líneas generales, a nivel del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, dicha regulación es vista como "una muestra inequívoca de buena voluntad" por parte de los Estados, al autovincularse a parámetros previamente establecidos. (Informe N.º 2/97, párrafo 56).

34. En el caso del ordenamiento jurídico nacional, el artículo 137º del Código Procesal Penal regula el plazo máximo de la prisión preventiva. Dicho artículo –en lo que ahora interesa mencionar– establece lo siguiente:

"La detención no durará más de nueve meses en el procedimiento ordinario y de dieciocho meses en el procedimiento especial siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 135 del Código Procesal Penal. Tratándose de procedimientos por delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado, el plazo límite de detención se duplicará. A su vencimiento, sin haberse dictado la sentencia de primer grado, deberá decretarse la inmediata libertad del inculpado, debiendo el Juez disponer las medidas necesarias para asegurar su presencia en las diligencias judiciales.

Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación y que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la detención podrá prolongarse por un plazo igual.

La prolongación de la detención se acordará mediante auto debidamente motivado, de oficio por el Juez o a solicitud del Fiscal y con conocimiento del inculpado. Contra este auto procede el recurso de apelación, que resolverá la Sala, previo dictamen del Fiscal Superior dentro del plazo de setenta y dos horas. (...)"

El primer párrafo del artículo 137º del CPP

35. El primer párrafo del citado artículo establece la existencia de dos "tipos" de plazo máximo de detención, distinguibles en razón del delito imputado y de la complejidad de la causa:

a) De un lado se encuentra el plazo máximo aplicable a los procesos que versan sobre la generalidad de los delitos y cuyo encausamiento, en principio, no reviste mayor complejidad, el cual, a su vez, se divide en razón del tipo procedimiento en que debe ser merituada la causa, de manera tal que si se trata del procedimiento ordinario (denominado sumario por el Código de Procedimientos Penales), el plazo máximo es de 9 meses, y si se trata del procedimiento especial (denominado ordinario por el Código de Procedimientos Penales), 18 meses.

b) De otra parte, tenemos el plazo máximo aplicable a los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado, en cuyo caso el plazo máximo es de 36 meses. Se trata de una presunción legal de complejidad, *prima facie*

que, desde luego, podría quedar desvirtuada a la luz del caso concreto.

36. El Tribunal Constitucional encuentra razonable esta diferenciación de los plazos, en la medida en que se tome en cuenta el siguiente factor, que resulta medular al momento de garantizar el contenido del derecho a que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable: los plazos "máximos". Por ello, es plenamente factible que, luego de un análisis de razonabilidad llevado a cabo bajo los criterios que han sido reseñados en los FFJJ. 18 a 31, *supra*, o como consecuencia de la desaparición de las causales que en su momento sirvieron de base para el dictado de la detención, ésta resulte ilegítima aun antes del cumplimiento de los plazos previstos en el artículo 137°.

37. En efecto, tal como lo estableciera la Comisión Interamericana, al evaluar la legislación argentina que se ocupa de la materia: "No se puede juzgar que un plazo de detención preventiva sea 'razonable' *per se*, solamente basándose en lo que prescribe la ley". La detención sin condena puede no ser razonable aunque no exceda del plazo previsto legalmente. (Informe N.º 12/96, párrafos 67 y 72). "[L]a razonabilidad debe estar fundada en la prudente apreciación judicial. (...). En principio, la autoridad judicial tiene la obligación de asegurarse de que la prisión preventiva de un acusado no exceda un plazo razonable. Para tal efecto, debe analizar todos los elementos relevantes a fin de determinar si existe una necesidad genuina de mantener la prisión preventiva, y manifestarlo claramente en sus decisiones referentes a la excarcelación del procesado. La efectividad de las garantías judiciales debe ser mayor a medida que transcurre el tiempo de duración de la prisión preventiva." (Informe N.º 2/97, párrafos 18 y 19).

38. Así, por ejemplo, dado que en el caso de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje, seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado, la ley ha presumido una complejidad *prima facie* que, desde un punto de vista abstracto, no resulta inconstitucional, nada obsta para que tal complejidad sea descartada a la luz del caso concreto, siendo deber del juez penal advertirlo a efectos de no mantener vigente el mandato de detención dictado.

En buena cuenta, no se trata sino de la concreción de la diligencia debida que el juez debe tener al momento de tramitar una causa en la que el procesado se encuentre privado de su libertad.

El segundo y tercer párrafos del artículo 137° del CPP: la prolongación del plazo de detención

39. De otra parte, a tenor del segundo y tercer párrafo del artículo 137°, "mediante auto debidamente motivado, de oficio por el Juez o a solicitud del Fiscal y con conocimiento del inculpado", se concluye que es posible prolongar el plazo máximo de detención "por un plazo igual" a los establecidos en su primer párrafo "cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación

y que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia".

40. Una interpretación literal de los preceptos aludidos, se desprendería que, presentadas las circunstancias descritas, los plazos podrían extenderse a 18 meses en el caso de los delitos merituados en procedimiento ordinario, a 36 meses en el caso de los delitos merituados en el procedimiento especial, y a 72 meses en el caso de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado.

41. Sin embargo, al momento de aplicar dichos preceptos, el juez penal debe tener presente los siguientes criterios, a efectos de evitar afectar el derecho fundamental del procesado:

a) Se trata de plazos máximos que no pueden ser sobrepasados bajo ninguna circunstancia (límite absoluto al plazo de duración de la prisión preventiva).

b) Todos los criterios para valorar la razonabilidad de la duración del plazo (FFJJ. 18 a 31, *supra*) son aplicables cuando se pretenda prolongarlo en los casos de la generalidad de los delitos merituados en procedimiento ordinario (hasta 18 meses) y de los delitos merituados en el procedimiento especial (hasta 36 meses).

c) Sin embargo, a la luz de una interpretación *pro homine* y *favor libertatis* del segundo párrafo del artículo 137° del CPP, se concluiría en que la "especial dificultad" o "especial prolongación de la investigación", que permite justificar la prolongación del plazo de detención en el caso de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado (más de 36 meses), sólo podría fundamentarse en retrasos atribuibles objetiva e inequívocamente al propio interesado, sin que para tales efectos sea posible recurrir a una supuesta "complejidad del asunto". Son distintas las razones que permiten arribar a tal conclusión:

i) En primer término porque, tal como quedó dicho en el FJ. 35.b., *supra*, en los supuestos descritos la complejidad, *prima facie*, que reviste el asunto, ya se encuentra explícitamente incorporada en el primer párrafo del artículo en comentario, que permite que el plazo máximo de detención se extienda hasta 36 meses.

ii) En segundo término, porque el derecho subjetivo a la libertad personal del procesado cuya culpabilidad no ha sido judicialmente declarada, no puede sacrificarse por la inoperancia de un aparato judicial que –aun teniendo presentes todas las vicisitudes propias de la complejidad que pueda ser atribuida a un proceso concreto– ha rebasado todo margen de razonabilidad al dilatar un proceso sin haber expedido sentencia.

En situaciones tales, no es que en un juicio de ponderación abstracto el derecho a la libertad de procesado se haya impuesto al deber objetivo del Poder Judicial de asegurar el éxito del proceso. Es sólo que en un análisis concreto la conclusión no podría ser otra, si son razones atribuibles al

propio sistema judicial las que han determinado que ese deber no pueda materializarse en los hechos.

iii) Finalmente, porque la posibilidad de aceptar la propia conducta maliciosa del procesado como la última *ratio* en base a la cual pueda prevalecer la razonabilidad de un plazo de detención dilatado, se desprende de una interpretación sistemática del mismo artículo 137°, cuando en su sexto párrafo establece que: "(...) no se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo, el tiempo en que la causa sufre dilaciones maliciosas imputables al inculcado o su defensa".

En consecuencia, el Tribunal Constitucional advierte que toda resolución judicial que pretenda prolongar el plazo de detención provisional por un período superior a 36 meses, debe encontrarse necesariamente motivada en causas suficientes y objetivamente atribuibles al procesado, pues en caso contrario se vulneraría el derecho fundamental de toda persona a no ser sometida a detención provisional más allá de un plazo razonable.

d) En ningún caso el plazo de detención provisional de un procesado puede exceder el de la pena privativa de libertad preestablecida para el delito del que se le acusa.

42. El Tribunal Constitucional anteriormente se ha pronunciado sobre la posibilidad de prolongar los plazos de detención previstos en primer párrafo del artículo 137° del Código Procesal Penal (vg., las sentencias recaídas en los Exps. N.ºs 290-2002-HC, FJ. 6; 1300-2002-HC, FFJJ. 18 y 19; 419-2003-HC, FFJJ. 3 y 4; 1407-2003-HC, FJ. 3; entre otras). Sin embargo, en ninguna de estas resoluciones el Colegiado tuvo oportunidad de detenerse en el análisis interpretativo de los supuestos concretos que autorizarían dicha prolongación, tal como se ha realizado en el fundamento jurídico precedente, el cual constituye criterio de observancia obligatoria para toda la judicatura, en virtud de lo dispuesto por la Primera Disposición General de la Ley N.º 26435 —Orgánica del Tribunal Constitucional—. En consecuencia, aunque *prima facie* no podría considerarse inconstitucional el supuesto de prolongación del plazo de detención previsto en el segundo párrafo del artículo 137° del Código Procesal Penal, tal como ha quedado dicho, este Tribunal considerará ilegítima toda prolongación que no se ajuste a lo expuesto en el punto c) del fundamento jurídico precedente.

Debe advertirse claramente al Poder Judicial que si bien el artículo 4° del Decreto Legislativo N.º 922-2003 prescribe que el plazo de límite de detención de los procesados por delito de terrorismo se inicia a partir del auto de apertura de instrucción del nuevo proceso; debe procurarse una acción diligente y eficaz a efectos de no colocar al Estado peruano en una situación litigiosa ante los organismos internacionales de justicia vinculados con la defensa de los derechos humanos.

§8. De la ilegitimidad de la detención preventiva a la libertad procesal

43. La libertad procesal es un derecho del encausado a obtener la aplicación de una medida cautelar menos

gravosa que la detención preventiva, cuando al vencimiento del plazo legal establecido en el artículo 137° del Código Procesal Penal, este no hubiere ejercido una defensa obstruccionista afectante del principio de celeridad judicial y, pese a ello, no se le haya dictado sentencia en primera instancia. De allí que la doctrina y la jurisprudencia comparada califiquen dicha situación como arbitraria.

La libertad procesal supone, en este caso, la previa existencia de una negligencia jurisdiccional, al haberse negado o no haberse podido juzgar al encausado dentro del plazo legal establecido en el artículo 137° del Código Procesal Penal.

La variación de la medida cautelar se sustenta en la acreditación objetiva, atribuible a la exclusiva responsabilidad del juzgador, de la vulneración del plazo razonable para sentenciar.

La modificación de la situación del justiciable no debe menguar en modo alguno la continuación del proceso, ni tampoco impedir la adopción de medidas de prevención para asegurar su éxito.

En ese orden de ideas, los presupuestos materiales que configurarían la libertad procesal serían los siguientes:

- a) Vencimiento del plazo de duración de la detención preventiva.
- b) Inexistencia de una sentencia en primera instancia.
- c) Conducta procesal regular del encausado en la tramitación de la causa; vale decir, no incurrir en una defensa obstruccionista atentatoria de la celeridad y éxito judicial.

§9. Análisis de constitucionalidad del caso concreto.

44. Según quedó dicho en el FJ. 1, *supra*, el recurrente considera que debe ordenarse su inmediata libertad, pues afirma que el plazo máximo de detención previsto en el primer párrafo del artículo 137° del Código Procesal Penal, en lo que a su caso incumbe, ha vencido.

45. Del auto apertorio de instrucción obrante a fojas 24, se tiene que el recurrente se encuentra procesado por el delito de tráfico ilícito de drogas, motivo por el cual el plazo máximo de detención, en su caso, no es de 18 meses —tal como erróneamente sostiene— sino de 36.

46. Sin embargo, tal como se ha mencionado en los FFJJ. 35 a 37, *supra*, la complejidad *prima facie* que supone un procesamiento por el delito de tráfico ilícito de drogas podría quedar desvirtuada a la luz de los criterios aplicables a la situación concreta, en cuyo caso la afectación del derecho a que la detención preventiva no se extienda más allá de un plazo razonable se produciría aun sin haberse cumplido el plazo máximo previsto en el primer párrafo del artículo 137°. Por ello, corresponde que este Colegiado efectúe dicha valoración.

47. De autos no se desprende ningún elemento manifiesto y objetivo que permita deducir una falta de diligencia

del emplazado en la tramitación de la causa, ni tampoco un factor que acredite una conducta obstruccionista por parte del imputado (recurrente en este proceso). Por tal motivo, la razonabilidad del tiempo que lleva detenido el recurrente (a la fecha 21 meses y medio, aproximadamente), debe ser evaluada a la luz de la eventual complejidad del asunto.

48. El Tribunal Constitucional considera que, en el presente caso, la complejidad *prima facie* de un procesamiento por el delito de tráfico ilícito de drogas, lejos de quedar desvirtuada, se confirma por las siguientes consideraciones:

a) Además del delito de tráfico ilícito de drogas, al recurrente se le imputa la comisión del delito de robo agravado y tráfico de armas.

b) El recurrente se encuentra en calidad de coprocesado junto a otros 4 sujetos, por la supuesta comisión de los referidos delitos, en agravio de 4 personas.

c) Elaborados los informes finales, con fecha 28 de junio de presente año, el Fiscal Provincial amplió la denuncia penal contra un sexto imputado, solicitando que se tome su declaración inductiva, así como las de los agraviados a fin de que se ratifiquen en el acta de reconocimiento obrante a fojas 65 del expediente penal. En virtud de dicha solicitud, con fecha 16 de agosto de 2004 se amplió al auto apertorio de instrucción comprendiendo en el proceso al nuevo denunciado por la Fiscalía.

49. En consecuencia, la complejidad del asunto mantiene plena materialidad a la fecha, sin perjuicio de lo cual, a la luz de los fundamentos expuestos de la presente sentencia, será deber del emplazado mantener especial diligencia y celeridad en la tramitación de la causa.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la acción de hábeas corpus de autos.

2. Integrar en el fallo los FFJJ. N.ºs 41, 42 y 43, *supra*.

Poner la presente sentencia en conocimiento del Poder Judicial y exhortarlo a compatibilizar, a través de una actuación diligente y eficaz, su elemental deber objetivo de aseguramiento del éxito del proceso con el derecho subjetivo a la libertad personal del procesado sin culpabilidad judicialmente declarada.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA**

Exp. N° 0256-2003-HC/TC [Proceso de Hábeas Corpus promovido por Francisco Francia Sánchez. Sobre la retención injustificada de un cadáver, la integridad personal y libertad religiosa].

Fecha de Resolución: 21 de abril de 2005

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 17 de junio de 2005

Resumen: El Tribunal precisa que la práctica de los ritos, como el de dar sepultura digna al familiar fallecido, forma parte de la libertad de culto, de modo que el impedimento de dicha práctica afecta irremediablemente la integridad moral de los familiares. Así, en el caso concreto la indebida retención del cadáver en un hospital condicionando a los familiares al pago de la deuda por los servicios prestados por dicho nosocomio constituye una vulneración de sus derechos constitucionales.

Recordó que mediante STC N° 0895-2001-AA/TC, este Tribunal hizo algunas precisiones sobre el contenido de la libertad religiosa, señalando que consiste en "(...) el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto".

Luego, en la STC N° 3284-2003-AA/TC, fundamento jurídico 18, el Tribunal consideró que la libertad religiosa contiene cuatro atributos jurídicos, a saber:

- a) Reconocimiento de la facultad de profesión de la creencia religiosa que libremente elija una persona.
- b) Reconocimiento de la facultad de abstención de profesión de toda creencia y culto religioso.
- c) Reconocimiento de la facultad de poder cambiar de creencia religiosa.
- d) Reconocimiento de la facultad de declarar públicamente la vinculación con una creencia religiosa o de abstenerse de manifestar la pertenencia a alguna. Es decir, supone el atributo de informar, o no informar, sobre tal creencia a terceros.

De este modo, coligió el Tribunal que la libertad religiosa subsume a la libertad de culto y dentro de la libertad de culto quedan garantizadas constitucionalmente todas aquellas ceremonias que la expresan, como las relativas al matrimonio y los ritos. Dentro de estos últimos, se encuentra la sepultura digna de los muertos por parte de sus familiares o seres queridos.

Respecto del derecho a la integridad personal, señaló que éste comprende el libre desarrollo del proyecto de vida en sociedad de acuerdo a las costumbres que le asisten a las personas, así como el ejercicio de determinadas conductas que las identifican como parte de dicha comunidad, el rito de darle sepultura a un cadáver está amparado por dicho derecho fundamental, concretamente en uno de sus contenidos como es la integridad moral.

El Tribunal Constitucional estimó que el comportamiento de los funcionarios del Hospital Nacional "Dos de Mayo" constituyó una violación del derecho a no ser objeto de un trato inhumano, de tal gravedad o severidad, que lograron despertar sentimientos de angustia y sufrimientos de especial intensidad en los familiares del occiso, con el objeto de intimarlos al pago de la deuda por los servicios prestados por dicho hospital.

Temas Claves: Ámbitos de protección de la integridad personal - contenido constitucional del derecho a la libertad religiosa - derecho a la integridad personal - derecho a la libertad de conciencia y religión - derecho a la sepultura - principio de *iura novit curia* - sustracción de la materia.

EXP. N.º 0256-2003-HC/TC

LIMA

FRANCISCO JAVIER
FRANCIA SÁNCHEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días de abril de 2005, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los magistrados Bardelli Lartirigoyen, Presidente; Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Segundo José Quiroz Cabanillas contra la resolución de la Segunda Sala Penal Especializada para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 35, su fecha 24 de octubre de 2002, que declaró que carece de objeto emitir pronunciamiento por haberse producido la sustracción de la materia.

ANTECEDENTES

El recurrente, con fecha 14 de octubre de 2002, interpone demanda de hábeas corpus a favor de don Francisco Javier Francia Sánchez, quien había fallecido a las 14:00 horas de ese día, y la dirige contra el director del Hospital Nacional "Dos de Mayo", por haber dispuesto la retención, en forma arbitraria, del cadáver del occiso, hasta que se cancele la suma de S/. 2,000. Alega que ello vulnera el derecho a la dignidad de la persona, y solicita que se ordene la devolución del cadáver.

El Juez de Turno ordenó la entrega del cuerpo a los familiares, y que la misma se realice el día 15 de octubre de 2002 a las 08:00 horas. Sin embargo, ese día el cuerpo fue retenido por el Jefe de Guardia, doctor Carlos Medina Soriano, por lo que el recurrente nuevamente interpuso un hábeas corpus contra el Jefe de Emergencia.

El mismo día, el Decimotercer Juzgado Penal de Lima declaró improcedente la demanda, por considerar que se produjo la sustracción de la materia, dado que se expidió pronunciamiento previo. Asimismo, determinó que la Juez de Turno se constituya en dicho hospital para verificar el cumplimiento de la resolución de fecha 14 de octubre de 2002, que ordenó la entrega del cadáver.

La recurrida confirmó la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

Determinación del petitorio

1. De acuerdo con el artículo 200º, inciso 1) de la Constitución, el proceso constitucional de hábeas corpus tiene por objeto la protección del derecho a la libertad individual así como los derechos conexos a él. En el presente caso, el objeto de la demanda es que se ordene la entrega del cuerpo del que en vida fue don Francisco Javier Francia Sánchez.

En los términos en los que se ha formulado la pretensión, la violación del derecho a la libertad individual se habría generado por la indebida retención del cadáver de don

Francisco Javier Francia Sánchez.

2. Si sobre la base de tal pretensión debiera resolverse el presente hábeas corpus, éste debería declararse improcedente. Sucede que la vida es la condición necesaria para que pueda titularizarse un derecho fundamental y, entre ellos, la libertad locomotora.¹¹¹ Por tanto, no pudiendo los difuntos ser titulares de derechos fundamentales, no podrían resultar lesionados de los mismos. Un tribunal de la justicia constitucional de la libertad, como este Colegiado, evidentemente, no podría expedir una sentencia que ordene que las cosas vuelvan al estado anterior de la supuesta violación de los derechos, conforme se ordena en el artículo 1º del Código Procesal Constitucional.

3. ¿Pero, en un pronunciamiento de tal naturaleza debería terminar este caso? Este Colegiado considera que la respuesta es negativa. Atendamos a los hechos. Después del cuestionamiento formulado con el objeto de que se ordene la devolución del cuerpo de don Francisco Javier Francia Sánchez, este Tribunal ha ponderado también una dramática solicitud de tutela de los derechos constitucionales de los familiares del occiso, derechos cuyo ejercicio pudo ser conculcado con el impedimento de velar y enterrar el cuerpo de su pariente por determinados funcionarios del "Hospital Dos de Mayo".

El acto reclamado en este proceso, en efecto, compromete el ejercicio de diversos derechos fundamentales, entre ellos, el referido a la libertad religiosa; específicamente, el derecho a la manifestación libre de creencias, así como, relacionalmente, el derecho a la integridad personal, concretamente, el derecho a la integridad moral.

***Iura novit curia* y contradictorio en el proceso de hábeas corpus**

4. Sin embargo, antes de determinar si el acto cuestionado lesiona, o no, dichos derechos fundamentales, es preciso que este Tribunal evalúe si tiene competencia para pronunciarse sobre tal punto, habida cuenta que dichos derechos no fueron alegados en la demanda y tampoco fueron refutados en el contradictorio.

5. Este Tribunal ya se ha encontrado en diversas ocasiones¹²¹ frente a una situación semejante. En todas ellas ha sostenido, y no existen razones para que aquí se cambie de criterio, que el hecho de que no se aleguen determinados derechos y, por tanto, que el contradictorio constitucional no gire en torno a ellos, no es óbice para que este Tribunal pueda pronunciarse sobre esos y otros derechos.

Como en aquellos casos se sostuvo, el principio del *iura novit curia* constitucional no tiene los mismos alcances que el que rige en otro tipo de procesos, pues los derechos subjetivos constitucionales, a su vez, están reconocidos por disposiciones constitucionales, cuya aplicación, más allá de que no hayan sido invocados, o no se hayan identificado correctamente, corresponde decidir al juez de la constitucionalidad (artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

6. A lo dicho, debe agregarse lo siguiente. Los alcances del *iura novit curia* constitucional no tienen por efecto alterar

el contradictorio en el seno de un proceso constitucional de la libertad, toda vez que, como pusieramos en evidencia en la STC N.º 0976-2001-AA/TC, en estos procesos se juzga al acto reclamado, reduciéndose la labor del juez constitucional, esencialmente, a juzgar sobre su legitimidad o ilegitimidad constitucional.

De modo que, no existiendo alteración de los comportamientos juzgados como inconstitucionales (acto reclamado), tampoco existe una alteración del contradictorio que podría dejar en indefensión a alguna de las partes.

Procedencia del hábeas corpus para la tutela de los derechos a la integridad personal y la libertad de creencias

7. Pero aún antes de ingresar a evaluar las razones de fondo, queda pendiente por resolver dos problemas de procedibilidad.

En primer lugar, si mediante el hábeas corpus este Tribunal podría pronunciarse sobre la lesión, o no, de los derechos a la libertad de creencias y a la integridad personal.

8. El artículo 25º del Código Procesal Constitucional señala que el derecho susceptible de protección mediante el Hábeas Corpus es la libertad individual. Dentro de su contenido, enuncia los derechos a la integridad personal y a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes. Sin embargo, dicho precepto no enuncia a la libertad de creencias, la que como contenido de la libertad religiosa, por el contrario, constituye un derecho susceptible de protección mediante el amparo. ¿Ello impide que este Tribunal pueda pronunciarse sobre este último derecho?

Debido a la singularidad del caso, la respuesta debe ser negativa. La posibilidad de que la libertad religiosa y, dentro de su contenido, la libertad de creencias, sea susceptible de una protección exclusiva mediante el proceso constitucional de amparo, está supeditada a que su eventual lesión repercuta íntegra y exclusivamente sobre su contenido constitucionalmente protegido, y no en aquellos supuestos en los que la eventual lesión sea consecuencia relacional de haberse afectado uno de los contenidos de la libertad individual, como se ha planteado en el presente caso.

Tal aseveración se ajusta también a las exigencias que imponen los principios de economía procesal y de prevalencia del derecho material sobre el derecho adjetivo, incorporados como principios que rigen los procesos constitucionales en el primer y tercer párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Por consiguiente, el Tribunal Constitucional es competente, *ratione materiae*, para pronunciarse sobre el fondo del asunto.

9. El segundo aspecto en torno a la procedencia, o no, del hábeas corpus, tiene que ver con el hecho de que, si pese al tiempo transcurrido, todavía es posible que este Tribunal expida una resolución sobre el fondo.

Como se sabe, la finalidad de los procesos constitucionales contemplados en el artículo 1º del Código Procesal Constitucional es la protección de los derechos fundamentales. En este mismo enunciado normativo se alude a la hipótesis de que cuando se produzca el cese del acto lesivo, o cuando el derecho haya devenido en irreparable, se declarará fundada la demanda, siempre y cuando estos supuestos se hayan producido después de presentada la demanda.

Entre tanto, de acuerdo al artículo 5º, inciso 5) del mismo Código Procesal Constitucional, una de las causales de improcedencia de este tipo de procesos es que se haya producido el cese del acto reclamado o hubiese devenido en irreparable el agravio ocasionado al derecho fundamental. Sin embargo, para que tal supuesto de improcedencia pueda prosperar, es preciso que tales hechos se hayan producido *antes* de la presentación de la demanda.

10. Las resoluciones recurridas mediante el recurso de agravio constitucional han considerado que en el caso se habría producido la sustracción de la materia, puesto que antes de que se interpusiera el presente hábeas corpus, el recurrente obtuvo una sentencia estimatoria, que dispuso que el Director del Hospital "Dos de Mayo" entregara el cuerpo de don Francisco Javier Francia Sánchez.

11. El Tribunal Constitucional no comparte ese criterio. En primer lugar, porque si bien poco después de la presentación de la demanda de hábeas corpus, el 15 de octubre, se había dictado una resolución judicial que ordenaba el cese del acto lesivo, éste no fue acatado por los funcionarios del Hospital Nacional "Dos de Mayo". En efecto, cuando los familiares del occiso se constituyeron a dicho nosocomio, un funcionario distinto al inicialmente emplazado se opuso a la entrega del cadáver, lo que motivó que se interpusiera este hábeas corpus.

El Tribunal considera que no se puede declarar improcedente una demanda con el argumento de que se ha producido la sustracción de la materia, cuando la afectación no ha cesado; es ésta, y no la existencia de pronunciamiento judicial previo (que no fue acatado), una de las causales por las cuales el juez pudo declarar la sustracción de la materia.

12. En segundo lugar, porque si acaso el cese del acto lesivo se hubiese producido después de presentada la demanda, aún sería preciso que el juez evaluase si, por las especiales características del caso, sería necesario que se expida una sentencia sobre el fondo en aplicación del artículo 1º del Código Procesal Constitucional.

Tal facultad (y no, por tanto, una obligación) es un arma con la que el legislador ha dotado al juez constitucional para que, en atención a la magnitud de la lesión de un derecho fundamental o a la eventualidad de que se reproduzca el mismo acto posteriormente, evalúe detenidamente si aún es posible, por ser necesario, que se expida una sentencia sobre el fondo.

Ello se justifica no sólo en el principio de economía procesal, sino, fundamentalmente, en el carácter objetivo que también tienen los derechos fundamentales en nuestro

ordenamiento jurídico. Es decir, en la consideración de que tales derechos no sólo constituyen atributos subjetivos fundamentales del ser humano, sino que son el sistema material de valores sobre el que reposa el sistema constitucional en su conjunto, de manera que éste ha de irradiarse a todo el sistema jurídico, a la par de generar, particularmente en la actuación de los órganos del Estado, un "deber especial de protección" para con ellos.

13. En ese sentido, en la medida en que en el presente caso el cese de la afectación se habría producido después de presentada la demanda, resulta aplicable el artículo 1º del Código Procesal Constitucional, por lo que este Tribunal es competente, *ratione materiae*, para conocer el fondo de la controversia constitucional.

Libertad religiosa

13. El artículo 2º, inciso 3) de la Constitución, reconoce como derecho fundamental de toda persona "(...) la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público".

14. En la STC N.º 0895-2001-AA/TC, este Tribunal hizo algunas precisiones sobre el contenido de la libertad religiosa, señalando que consiste en "(...) el derecho fundamental de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión, de manifestar pública y privadamente las consecuentes convicciones religiosas y de practicar el culto".

15. Por su parte, en la STC N.º 3284-2003-AA/TC, fundamento jurídico 18, este Tribunal consideró que la libertad religiosa contiene cuatro atributos jurídicos, a saber:

- a) Reconocimiento de la facultad de profesión de la creencia religiosa que libremente elija una persona.
- b) Reconocimiento de la facultad de abstención de profesión de toda creencia y culto religioso.
- c) Reconocimiento de la facultad de poder cambiar de creencia religiosa.
- d) Reconocimiento de la facultad de declarar públicamente la vinculación con una creencia religiosa o de abstenerse de manifestar la pertenencia a alguna. Es decir, supone el atributo de informar, o no informar, sobre tal creencia a terceros.

La libertad religiosa, como toda libertad constitucional, consta de dos aspectos. Uno negativo, que implica la prohibición de injerencias por parte del Estado o de particulares en la formación y práctica de las creencias o en las actividades que las manifiesten. Y otro positivo, que implica, a su vez, que el Estado genere las condiciones mínimas para que el individuo pueda ejercer las potestades que comporta su derecho a la libertad religiosa.

16. Un aspecto importante que forma parte del contenido de este derecho es la protección contra toda discriminación

que tenga por motivo el ejercicio del derecho a la libertad religiosa. Mediante esta prohibición se garantiza también la formación de creencias y sus manifestaciones.

La manifestación de la libertad religiosa a través de las creencias es consustancial a la libertad religiosa. Esta manifestación incluye tanto el proselitismo de las creencias como el culto, el cual forma parte de la religión que se profesa. En ese sentido, la libertad religiosa subsume a la libertad de culto⁶¹, y dentro de la libertad de culto, quedan garantizadas constitucionalmente todas aquellas ceremonias que la expresan, como las relativas al matrimonio y los ritos. Dentro de estos últimos, se encuentra la sepultura digna de los muertos por parte de sus familiares o seres queridos⁶².

17. Por cierto, como sucede con cualquier derecho fundamental, tampoco el ejercicio de la libertad religiosa, en cuyo ámbito se encuentra comprendido el de la libertad de culto, es absoluto. Está sujeto a límites. Uno de ellos es el respeto al derecho de los demás. Este límite forma parte del contenido del derecho en su dimensión negativa, que, como se ha recordado, prohíbe la injerencia de terceros en la propia formación de las creencias y en sus manifestaciones. También constituye un límite la necesidad de que su ejercicio se realice en armonía con el orden público; particularmente, con la libertad de culto⁶³. Asimismo, se encuentra limitado por la moral y la salud públicas. Tales restricciones deben ser evaluadas en relación con el caso concreto e interpretadas estricta y restrictivamente⁶⁴.

18. En el caso, que el rito relativo a la sepultura digna de los muertos por parte de los familiares de don Francisco Javier Francia Sánchez fue objeto de restricciones por las autoridades del Hospital Dos de Mayo. Asimismo, es claro que tales actos no tomaron en cuenta, ni invocaron, ninguno de los límites a los cuales está sujeto el ejercicio de dicho rito.

Por ello, el Tribunal Constitucional considera que los demandados, al no entregar el cuerpo de don Francisco Javier Francia Sánchez a sus familiares, impidieron que se le brinde sepultura digna, constituyendo, por ello, la retención de su cadáver, un ilegítimo impedimento del ejercicio de la libertad de culto.

Integridad personal

19. Como se señaló en la STC N.º 2333-2004-HC/TC, el artículo 2º, inciso 1) de la Constitución de 1993 reconoce el derecho a la integridad en tres ámbitos: físico, moral y psíquico.

Las circunstancias especiales que rodean al presente caso, expuestas en esta sentencia, permiten a este Tribunal Constitucional concluir que el acto reclamado tiene incidencia en uno de los contenidos del derecho a la integridad personal de los familiares de don Francisco Javier Francia Sánchez. En concreto, la integridad moral.

En efecto, dado que el derecho a la integridad personal comprende el libre desarrollo del proyecto de vida en sociedad, de acuerdo a las costumbres que le asisten a las

personas, así como el ejercicio de determinadas conductas que las identifican como parte de dicha comunidad, el rito de darle sepultura a un cadáver está amparado por dicho derecho fundamental.

La práctica de los ritos, como el de dar sepultura digna al familiar fallecido, forma parte de la libertad de culto, de modo que el impedimento de dicha práctica afecta irremediabilmente la integridad moral de los familiares.

20. En el caso, el grado de afectación de la integridad moral es tal que el acto reclamado linda con un trato cruel, inhumano o degradante, puesto que constituye una práctica cuyo fin es "(...) despertar en la víctima sentimientos de miedo, angustia e inferioridad, además de humillación y degradación, con la finalidad de obtener información, como medio intimidatorio, como castigo o medida preventiva, para intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, como castigo o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación u otro fin".^[2]

En ese sentido, el Tribunal Constitucional estima que el comportamiento de los funcionarios del Hospital Nacional "Dos de Mayo" constituyó una violación del derecho a no ser objeto de un trato inhumano, de tal gravedad o severidad, que lograron despertar sentimientos de angustia y sufrimientos de especial intensidad^[3] en los familiares del occiso Francisco Javier Francia Sánchez, con el objeto de intimarlos al pago de la deuda por los servicios prestados por dicho hospital.

Violación del derecho a la protección jurisdiccional de los derechos

21. Asimismo, el Tribunal Constitucional considera que en la ocurrencia de los hechos también se ha acreditado la violación del derecho a la protección jurisdiccional de los derechos. En efecto, pese a que judicialmente se dispuso que las autoridades del Hospital "Dos de Mayo" entregasen el cadáver de don Francisco Javier Francia Sánchez, éstas no lo hicieron, de modo que el objetivo por el cual fue interpuesto el primer hábeas corpus no fue cumplido.

De acuerdo con el artículo 25° de la Convención Americana de Derechos Humanos, todo individuo tiene derecho a la protección judicial, es decir, a un recurso efectivo, idóneo, sencillo y rápido para la protección de sus derechos fundamentales.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el recurso que provea el Estado para la salvaguarda de los derechos conculcados, debe ser idóneo para protegerlos. Añadiendo que no sólo tiene que estar prescrito por la normatividad nacional, sino que tiene que ser accesible al individuo, real y no ilusorio, es decir, que fácticamente garantice la obtención de su objeto, que es la protección de los derechos vulnerados^[4]. La idoneidad va de la mano con la sencillez que caracteriza a dicho recurso, dada la premura con la que se requiere su efectividad, por lo que debe ser de acceso sencillo al ciudadano.

En el caso de autos, como antes se ha dicho, pese a que se ordenó la entrega del cuerpo del occiso a los familiares, el

mandato no fue acatado por los funcionarios del Hospital, vulnerándose, de ese modo, el derecho a la protección judicial efectiva.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda

2. Dispone que se remita copia de los actuados pertinentes al Ministerio Público para que se proceda de conformidad con el artículo 8 del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA**

^[1] Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gómez Paquiyauri contra el Estado Peruano, párrafo 128.

^[2] Cf. STC N.º 2868-2004-AA/TC, Fund. Jur. n.º. 11; STC N.º 0905-2001-AA/TC, Fund. Jur. 4.

^[3] MARTÍNEZ DE PISON CAVERO, José. Constitución y libertad Religiosa. Madrid: DYKINSON, 2000. p. 293.

^[4] Sobre el particular, resulta ilustrativo el artículo 2.1.a) de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de España, que describe entre sus contenidos:

"b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades, celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales."

^[5] MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Isidoro. La recepción por el Tribunal Constitucional Español de la Jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religión y enseñanza, Granada, COMARES, 2000. p.113.

^[6] STC 141/2000 del Tribunal Constitucional Español, del 29 de mayo, Fundamento Jurídico 3.

^[7] COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN NACIONAL-PERÚ, Informe Final. Primera Parte. El Proceso, los hechos, las víctimas. Tomo VI. p. 224.

^[8] En la STC N.º 1429-2000-HC/TC, fundamento jurídico 7, señalamos que "(...) el trato inhumano se presenta siempre que se ocasione en la persona sufrimientos de especial intensidad".

^[9] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Cinco Pensionistas", párrafo 136; véase también Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, párrafo 113; Caso Ivcher Bronstein, párrafos 136 y 137; y Opinión Consultiva 9/87, "Garantías judiciales en Estados de Emergencia", párrafo 24.

Exp. N° 0731-2004-HC/TC [Proceso de Hábeas Corpus promovido por Alfonso Villanueva Chirinos. Se precisan criterios para establecer límites a la detención domiciliaria].

Fecha de Resolución: 16 de abril de 2004

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 31 de mayo de 2005

Resumen: Mediante sentencia de autos se consideró que la falta de regulación de plazos máximos para la imposición del mandato de comparecencia con detención domiciliaria puede resultar lesiva al *derecho al plazo razonable*, puesto que la no existencia de plazos máximos para la medida de detención domiciliaria deja al juzgador sin un parámetro cuantitativo límite para verificar el exceso en la restricción al derecho. Más aun, considerando que la misma no se contabiliza como pena a cuenta.

Tomando en cuenta lo dispuesto en el inciso 8 del artículo 139° de la Constitución (el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley...), y, a fin de salvar este vacío legal, el Tribunal consideró importante resaltar dos premisas: a) *la existencia del plazo máximo*, no resulta el único criterio determinante para constatar que una detención deviene en desproporcionada y arbitraria luego de vencido el plazo, pudiendo tornarse en tal, inclusive antes del cumplimiento del mismo, cuando por ejemplo, desaparezcan las razones que motivaron el propio mandato; y, b) *la inexistencia de un plazo máximo legal*, de ninguna manera puede admitirse como justificación válida para la permanencia de una medida restrictiva de derechos de forma indefinida, arbitraria y desproporcionada, debiendo más bien ser valorado en cada caso según los elementos de juicio objetivos existentes.

Bajo este razonamiento, el Tribunal Constitucional reitera y establece que el exceso de detención domiciliaria puede verificarse en cada caso concreto atendiendo a una serie de elementos, dentro de los cuales la existencia de un plazo máximo como referente derivado del propio principio de proporcionalidad solo es uno de ellos y no el único determinante.

Es así que consideró necesario establecer ciertos criterios con carácter vinculante que sirvan de parámetros al juez constitucional para determinar si una persona está detenida en su domicilio más allá del tiempo razonablemente necesario.

En primer lugar, si el llamado peligro procesal –de fuga o perturbación de la actividad probatoria– no permanece como *amenaza efectiva* en tanto dure la medida decretada, la misma devendrá en ilegítima desde el momento mismo en que desaparece la amenaza. En tales casos, de proseguir la medida, la situación del imputado bajo arresto domiciliario estaría basada ya no en razones objetivas sino en retrasos judiciales causados por un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia con las responsabilidades jurídicas que de ello puedan derivar, conforme lo advierte el inciso 7 del artículo 139° de la Constitución.

De otro lado, corresponde invocar también en este caso los elementos desarrollados *in extenso* en el Caso Tiberio Berrocal (Expediente 2915-2004-HC/TC), referidos a la evaluación de la razonabilidad del plazo en la detención provisional. Es decir:

a) La actuación diligente de los órganos judiciales: En este punto, deberá analizarse la conducta diligente de las autoridades judiciales, es decir, el grado de celeridad en la tramitación y resolución de recursos, así como la motivación de los mismos.

b) La complejidad del asunto: Se evalúa en función a factores como la naturaleza y gravedad del delito, hechos investigados, alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que objetivamente permita calificar una causa como complicada.

c) La actividad procesal del detenido: Es evaluada en función a lo que se entiende por *defensa obstruccionista*, cuando este ha abusado de su derecho a utilizar recursos con el objeto de dilatar el procedimiento, es decir, únicamente cuando hay mala fe por parte del procesado, lo cual, corresponderá ser demostrado por el juez.

Temas Claves: Conducta obstruccionista del procesado - derecho al plazo razonable de detención - detención domiciliaria - detención preventiva - libertad personal - límites a la libertad personal - plazo máximo de detención - peligro procesal - principio de proporcionalidad y razonabilidad - requisitos procesales de la medida cautelar.

EXP. 0731-2004-HC/TC
LIMA

ALFONSO VILLANUEVA
CHIRINOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de abril de 2004, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados: Bardelli Lartirigoyen, Revoredo Marsano y García Toma, pronuncian la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Alfonso Villanueva Chirinos contra la sentencia de la Segunda Sala Penal Superior con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 134, su fecha 11 de diciembre de 2003, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

El accionante, con fecha 30 de setiembre de 2003, interpone acción de garantía contra el juez del Tercer Juzgado Penal Especial de Lima, don Jorge Barreto Herrera, sosteniendo que se halla cumpliendo detención domiciliaria por más de dieciocho meses en el proceso penal N° 003-2001-JP por la presunta comisión del delito contra la vida, el cuerpo y la salud, no pudiendo ejercer sus actividades normales de trabajo, esparcimiento, gestiones personales, entre otras, además de tener vigilancia domiciliaria dispuesta por el Juzgado emplazado, por lo que la medida de comparecencia restringida que le ha sido impuesta es contraria a su derecho a la libertad personal.

Realizada la investigación sumaria, el juez penal emplazado declaró que la restricción de la libertad del demandante se sustenta en el artículo 143° del Código Procesal Penal, en consecuencia, no cabe alegar plazos máximos de detención pues en su caso se trata de una medida de comparecencia restringida y no de detención preventiva. Por su parte, el accionante ratifica los términos de su demanda.

El Trigésimo Séptimo Juzgado Penal de Lima, con fecha 10 de octubre de 2003, declaró improcedente la demanda, por considerar que la medida de comparecencia restringida adoptada por el Juez demandado contra el accionante, es una restricción a la libertad acorde con la normatividad

legal de a materia.

La recurrida, confirmo la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

§ Petitorio

1. Conforme se desprende del petitorio de la demanda, el objeto de ésta es que se levante la orden de detención domiciliaria que cumple el accionante por disposición del juez emplazado, por encontrarse detenido por más de 18 meses excediendo el plazo establecido en el artículo 137° del Código Procesal Penal.

2. Siendo así, lo primero que este Tribunal Constitucional debe destacar, teniendo en consideración los términos en que se ha formulado la pretensión y la invocación al artículo 137 del Código Procesal Penal, es que en el presente caso no es el tema de la detención judicial preventiva el cuestionado, sino el hecho que el juzgador haya decretado contra el accionante, mandato de comparecencia con detención domiciliaria y que el mismo permanezca vigente hasta este momento.

3. Corresponde en esta sentencia, pronunciarnos sobre el límite temporal de la medida de detención domiciliaria.

§ La libertad personal y las exigencias para su privación mediante medidas cautelares en el proceso penal.

4. En general, en el caso de las disposiciones que restringen la libertad del imputado como medida cautelar, existen dos intereses que deben ser cautelados por el Estado; esto es, a) la garantía a un proceso penal eficiente que permita la sujeción al proceso penal de la persona a quien se imputa un delito, y, b) la garantía a la protección de los derechos fundamentales del imputado. Estos intereses, aparentemente contrapuestos, deben lograr un verdadero equilibrio a fin de no menoscabar la protección de uno frente al otro, siendo la regla general, la libertad.

Ello, por cuanto, siendo los derechos fundamentales límites a la actuación del legislador, las medidas de restricción de la libertad ambulatoria, cuando no se producen a consecuencia de la imposición de una pena, quedan justificadas únicamente, como *ultima ratio*, en la medida en que resulten absolutamente imprescindibles y necesarias para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales en un proceso penal y siempre que no hayan otros mecanismos menos radicales para

conseguirla. Caso contrario, se produce una afectación al derecho a la libertad individual y al principio informador de presunción de inocencia.

5. Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que como consecuencia del carácter subsidiario, excepcional y proporcional a los fines que deben cumplir las medidas cautelares de privación de libertad, estas deben justificar su permanencia restringiéndose a un *plazo razonable*. Al respecto, conforme lo ha señalado recientemente este Tribunal en el Caso Tiberio Berrocal (Exp. 2915-2004-HC/TC), aún cuando no sea un derecho reconocido expresamente en la Constitución Peruana, el derecho al plazo razonable, se incorpora a nuestra legislación nacional en mérito a la cuarta disposición final y transitoria, que exige la interpretación de derechos y libertades conforme a los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

6. En esta materia, el artículo 9° inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que "toda persona detenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad". Por su parte, el artículo 7°, inciso 5 de la Convención Americana sobre derechos Humanos reconoce el derecho de "toda persona detenida o retenida (...) a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso".

§ La detención domiciliaria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

7. El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que la detención domiciliaria y la prisión preventiva responden a medidas de diferente naturaleza jurídica, en razón al distinto grado de incidencia que generan sobre la libertad personal del individuo.

No cabe duda, que la detención domiciliaria supone una intromisión a la libertad menos gravosa, pues resulta una menor carga psicológica, debido a que no es lo mismo, permanecer por disposición judicial en el domicilio que en prisión, siendo menos estigmatizante y evitando el "contagio criminal" al que se expone con la entrada a un establecimiento penitenciario. Sin embargo, no se puede desconocer que tanto la prisión provisional y la detención domiciliaria, se asemejan por el objeto, es decir, en tanto impiden a una persona autodeterminarse por su propia voluntad a fin de lograr asegurar la eficacia en la administración de justicia.

8. En la legislación vigente, la detención domiciliaria, se ha considerado dentro de las medidas de comparecencia -siendo la más gravosa de todas -; y como tal, esta medida o aquellas de comparecencia menos gravosas, se aplican en defecto de la detención preventiva cuando no se configuren algunos de los presupuestos de ley establecidos para decretarla.

9. La detención domiciliaria, en tanto restricciones a la libertad individual anterior a la imposición de la pena, únicamente procede como medida cautelar cuando asegure un eficiente desarrollo del proceso penal. A ese

respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido en uniforme jurisprudencia los presupuestos básicos para la imposición del arresto domiciliario, cuales son: a) *fumus boni iuris* (apariencia del derecho); b) *periculum in mora* (peligro procesal).

El primero de ellos, referido a la suficiencia de elementos probatorios que vinculen al imputado con el hecho delictivo, mientras que el segundo se relaciona con el peligro de que el procesado se sustraiga a la acción de la justicia o perturbe la actividad probatoria. (Exp. N° 0124-2004-HC, Exp. N° 2712-2002-HC).

10. Asimismo, al igual que en el caso de la prisión preventiva, la detención domiciliaria, se encuentra sometida a los criterios subsidiariedad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, a fin de evitar la arbitrariedad de la decisión.

11. En ese sentido, si bien las restricciones a derechos son admitidas *prima facie*, el principio de proporcionalidad - también conocido como prohibición del exceso-, impide la injerencia desproporcionada sobre los mismos, evaluación que debe medirse en conjunto con otro límite, cual es, la prohibición de rebasar el contenido esencial del derecho.

§ La problemática sobre el plazo de duración máxima del mandato de comparecencia con detención domiciliaria. La razonabilidad y proporcionalidad, criterios para establecer límites a la detención domiciliaria.

12. Uno de los problemas en la legislación actual, es la falta de regulación de plazos máximos para la imposición de esta medida, omisión que puede resultar lesiva al *derecho al plazo razonable*. De este modo, la no existencia de plazos máximos para la medida de detención domiciliaria, deja al juzgador sin un parámetro cuantitativo límite, para verificar el exceso en la restricción al derecho.

Y es que, no siendo esta privación de la libertad, impuesta a consecuencia de sentencia condenatoria, resulta irrazonable pensar que esta omisión pueda habilitar la medida de detención domiciliaria en un tiempo indefinido. Mayor aun, cuando la misma no se contabiliza como pena a cuenta.

Conforme lo advierte este Tribunal con preocupación, la falta de plazo máximo puede ser perjudicial para resguardar que la restricción del derecho a la libertad individual responda al parámetro de proporcionalidad y no vulnere el contenido esencial del derecho a la libertad, debido a lo problemático que puede resultar determinar lo razonable o lo excesivo de una detención, cuando no se establecen legalmente parámetros claros.

13. No obstante lo señalado, tomando en cuenta a su vez, lo dispuesto en el incisos 8 del artículo 139° de la Constitución, y, a fin de salvar este vacío legal, el Tribunal considera importante resaltar dos premisas: a) *la existencia del plazo máximo*, no resulta el único criterio determinante para constatar que una detención deviene en desproporcionada y arbitraria luego de

vencido el plazo, pudiendo tornarse en tal, inclusive antes del cumplimiento del mismo, cuando por ejemplo, desaparezcan las razones que motivaron el propio mandato.

Esto último, deriva del deber del juez para que de oficio, revise permanentemente la subsistencia de las razones que motivaron la medida cautelar, así como el comportamiento del imputado a lo largo del proceso.

b) *la inexistencia de un plazo máximo legal*, de ninguna manera puede admitirse como justificación válida para la permanencia de una medida restrictiva de derechos, de forma indefinida, arbitraria y desproporcionada, debiendo más bien, ser valorado en cada caso, según los elementos de juicio objetivos existentes. Lo contrario, llevaría al absurdo de mantener a la persona privada de su libertad - en mayor medida -, por el establecimiento de medidas cautelares y no a consecuencia de la imposición de una pena; o, lo que es peor, detenida provisionalmente en prisión o en el domicilio, para luego ser absuelto por inexistencia del hecho imputado.

Estas situaciones desde ya, terminan por desnaturalizar la finalidad y función de las medidas cautelares, además de perder su justificación como disposición de carácter procesal preventivo.

14. Bajo este razonamiento, el Tribunal Constitucional reitera y establece que el exceso de detención domiciliaria puede verificarse en cada caso concreto atendiendo a una serie de elementos, dentro de los cuales, la existencia de un plazo máximo como referente derivado del propio principio de proporcionalidad, solo es uno de ellos y no el único determinante. Tómese en cuenta además, que la existencia de un plazo razonable no puede establecerse en abstracto, traducido en un número fijo de días sino dependiendo de las circunstancias derivadas de cada caso.

15. Por lo señalado, resulta necesario establecer criterios que sirvan de parámetro al juez constitucional para determinar si una persona está detenida en su domicilio más allá del tiempo razonablemente necesario. Criterios que serán expuestos en esta sentencia con carácter vinculante.

16. En primer lugar, el Tribunal ha señalado en el Caso Silva Checa (Exp. N° 1090-2002-HC/TC), que "el principal elemento a considerarse con el dictado de (una) medida cautelar debe ser el *peligro procesal* que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas antijurídicas". Fines que deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que antes y durante el desarrollo del proceso puedan presentarse.

En consecuencia, si el llamado peligro procesal - de fuga o perturbación de la actividad probatoria-, no permanece como *amenaza efectiva* en tanto dure la medida decretada, la misma devendrá en ilegítima desde el momento mismo en que desaparece la amenaza.

En tales casos, de proseguir la medida, la situación del imputado bajo arresto domiciliario, estaría basada ya no en razones objetivas sino en retrasos judiciales causados por un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, con las responsabilidades jurídicas que de ello puedan derivar, conforme lo advierte el inciso 7 del artículo 139° de la Constitución.

17. De otro lado, siendo que en ambas medidas se persigue el mismo objetivo de lograr el éxito del proceso penal, asegurando la ejecución de la pena que eventualmente llegue a imponerse, corresponde invocar también en este caso, los elementos que este Tribunal ha desarrollado *in extenso* en el Caso Tiberio Berrocal (Expediente 2915-2004-HC/TC, l.j. 18 - 31), referidos a la evaluación de la razonabilidad del plazo en la detención provisional. Estos son:

- a) La actuación diligente de los órganos judiciales.
- b) La complejidad del asunto
- c) La actividad procesal del detenido

Respecto al primero de ellos, deberá analizarse la conducta diligente de las autoridades judiciales, es decir, el grado de celeridad en la tramitación y resolución de recursos, así como la motivación de los mismos. Por su parte, la complejidad del caso, se evalúa en función a factores como la naturaleza y gravedad del delito, hechos investigados, alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculcados, o algún otro elemento que objetivamente permita calificar una causa como complicada.

la actividad procesal del detenido es evaluada en función a lo que se entiende por *defensa obstruccionista*, cuando este ha abusado de su derecho a utilizar recursos con objeto de dilatar el procedimiento, es decir, únicamente cuando hay mala fe por parte del procesado, lo cual, corresponderá ser demostrado por el juez. En este caso, el término de la detención podría extenderse en el entendido que no corresponde contabilizarse como plazo razonablemente transcurrido a aquel atribuible a la actuación con mala fe del imputado.

Al respecto, ya en el Caso Saldaña, (Exp. 2196-2002-HC/TC), el Tribunal hizo mención al trato de las dilaciones maliciosas, señalando que "...si bien es cierto que el artículo 137° del Código Procesal Penal otorga la libertad por exceso de detención al vencerse los plazos establecidos, también lo es que dicha norma de excarcelación prevé que no se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos el tiempo en que la causa sufre *dilaciones maliciosas* imputables al inculcado o su defensa..."

§ Análisis de constitucionalidad del caso concreto

18. En el caso de autos, conforme se desprende del auto de apertura de instrucción, obrante de fojas 35, se aprecia que la medida dictada contra el accionante, se basa, fundamentalmente, en el *grado de participación* que habría tenido el accionante en la comisión del

delito contra la vida el cuerpo y la salud, así como por la forma y circunstancias en que se suscitaron los hechos incriminados. Igualmente, por la posibilidad de imponérsele una pena privativa de la libertad superior a cuatro años.

19. Se advierte además que el presente caso ha sido calificado como uno complejo, al existir pluralidad de procesados y agravados, por lo que se ampliaron los plazos de la instrucción.

20. Por tales motivos, el Tribunal Constitucional considera que no ha existido arbitrariedad, al momento de dictarse mandato de comparecencia con detención domiciliaria, el mismo que fue expedido de conformidad a la norma procesal de la materia en defecto a la prisión preventiva. Sin embargo, es de observar que desde la apertura de instrucción, esto es, desde febrero del 2001 hasta la fecha del último escrito presentado por el imputado ante este Tribunal con fecha 05 de agosto del 2004, han transcurrido más de 3 años, sin que se haya resuelto la causa, manteniendo con detención domiciliaria al accionante.

21. Tan prolongado periodo de tiempo podría presumirse como irrazonable, además de generar dudas respecto a si en estas condiciones, aun se puede reconocer el derecho a la libertad del individuo (prohibición de rebasar su contenido esencial).

Pese a ello, de autos no puede desprenderse si el mantenimiento de la medida se sustenta en la actuación

maliciosa del imputado o de su defensa – lo que justificaría la dilación - , conforme se señala en *elíd 17 supra*, circunstancia que constituye un elemento relevante para resolver sin equívoco si le asiste o no al actor el derecho que alega en su demanda.

Por este motivo, es necesario que el juez ordinario proceda a efectuar las diligencias pertinentes que permitan dilucidar si en el caso de autos se produjo alguna inapropiada conducta procesal atribuible al actor con el objeto de dilatar los términos de su proceso.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica;

HA RESUELTO

Declarar **NULO** lo actuado y retornar la causa a primera instancia, a fin de que el juez indague y determine si en el caso de autos se produjo alguna inapropiada conducta procesal atribuible al actor o su defensa que justifique la permanencia de la detención domiciliaria, conforme a lo señalado en el fundamento 23 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**BARDELLI LARTIRIGOYEN
REVOREDO MARSANO
GARCÍA TOMA**

Exp. N° 1238-2004-AA/TC [Proceso de Amparo promovido por Carlos Ever Gamarra Tapia Musso. Sobre la defensa de los derechos de los consumidores y los intereses “desproporcionados” en tarjetas de crédito, banca de consumo y préstamos dinerarios].

Fecha de Resolución: 16 de noviembre de 2004

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 12 de mayo de 2005

Resumen: El Tribunal Constitucional expresó que teniendo en cuenta la insuficiente regulación actual en nuestro ordenamiento jurídico debe detectarse y suprimirse cualquier tipo de cláusulas abusivas en el contrato de préstamos bancarios y en el uso de las tarjetas de crédito y de consumo en desmedro de los usuarios, y que debe propenderse a la reducción de las relaciones asimétricas con las entidades bancarias, ya que es evidente que no existe la más mínima posibilidad de negociación individual por parte de los usuarios del crédito. Ello porque en dicho ámbito se entabla una relación contractual no consensuada, puesto que los contratos se hallan previamente redactados sin la participación o asentimiento previo del adherente.

Agregó que frente a las asimétricas relaciones con el poder fáctico de las personas naturales o entidades jurídicas, especialmente del sistema financiero, el Estado debe afianzar su labor en defensa de los intereses de los consumidores; es decir, que en el tratamiento de las operaciones de crédito debe operar el criterio de lo más favorable al consumidor o usuario, acorde con el artículo 65° de la Constitución.

El Tribunal dispuso en esta causa la reincorporación del efectivo de la Fuerza Aérea que había sido separado de su institución al negarse a pagar obligaciones dinerarias con contenido usurario contraídas con personas y entidades particulares, precisando que si bien es cierto que las Fuerzas Armadas se rigen por sus propios estatutos y reglamentos, ello no significa que tal normatividad esté desligada de la Constitución.

Asimismo, el Colegiado precisó que, contemporáneamente y en el marco de las sociedades capitalistas, el interés constituye una justa retribución para quien presta dinero a otro, y que, sin embargo, la usura forma parte de las expresiones de rechazo hacia el aprovechamiento económico de quien carece de ellos. En el sentido más generalizado, la usura es sinónimo de alto interés, de interés odioso, desproporcionado y excesivo en el precio de los préstamos de dinero que el prestamista cobra, exige o se hace dar o prometer por su dinero.

Temas Claves: Asimetría informativa - pago de obligaciones dinerarias - principio de protección al consumidor - principio pro consumidor - régimen disciplinario militar policial - topes de tasas de interés.

EXP. N.º 1238-2004-AA/TC
LIMA

CARLOS EVER
GAMARRA TAPIA MUSSO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de noviembre de 2004, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Carlos Ever Gamarra Tapia Musso contra la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 249, su fecha 9 de julio de 2003, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente, con fecha 16 de agosto de 2001, interpone acción de amparo contra el Estado, representado por el Procurador Público del Sector Defensa a cargo de los asuntos judiciales de la Fuerza Aérea del Perú, sosteniendo que mediante Resolución Ministerial N.º 874DE/FAP-CP, del 20 de junio de 2001, se han conculcado sus derechos constitucionales al debido proceso administrativo, al trabajo y a la estabilidad laboral. Solicita su reincorporación al servicio activo de la Fuerza Aérea del Perú, al haber aprobado los exámenes médicos y de suficiencia profesional, alegando que por el hecho de haberse negado a pagar obligaciones dinerarias con contenido ilegal (usura), se le niega dicha reincorporación.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Defensa relativos a la Fuerza Aérea del Perú contesta la demanda aduciendo que no se ha desvirtuado los hechos que motivaron el pase del actor a la situación de disponibilidad y posteriormente a la de retiro, de modo que las causales que motivaron su separación por medida disciplinaria todavía subsisten.

El Cuarto Juzgado Civil de Lima, con fecha 5 de diciembre de 2002, declaró infundada la demanda, por estimar que el actor, pese a tener conocimiento de las normas de conducta militar, las ha transgredido, ya que se hizo merecedor de una sanción conforme al reglamento militar.

La recurrida confirmó la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda es que se declare inaplicable al actor la Resolución Ministerial N.º 874DE/FAP-CP, del 20 de junio de 2001, mediante la cual se le denegó su reincorporación al servicio activo como Mayor de la Fuerza Aérea del Perú, al no haber honrado sus

deudas contraídas con personal militar, civil y entidades particulares, lo que motivó su pase a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria.

2. Al desestimar la pretensión, la recurrida ha sostenido que el actor no ha cumplido con honrar sus deudas oportunamente, y que por ello no ha desaparecido el motivo por el cual se le sancionó inicialmente con su pase a la situación de disponibilidad por un año.

3. El actor, por su parte, aduce que se le ha denegado su reincorporación a la Fuerza Aérea del Perú por haberse negado a pagar obligaciones dinerarias con contenido usurario y, por ello, contrarias a la ley.

4. Al respecto, si bien el artículo 168º de la Constitución Política del Perú prevé que la organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, habrán de ser determinadas por "las leyes y reglamentos respectivos"; debe enfatizarse que dichas disposiciones legales que implican una regulación particular para las instituciones castrenses, no pueden, al igual que cualquier norma jurídica, desligarse de la norma suprema, que es la que preside, informa y fundamenta la validez de todo el ordenamiento jurídico.

5. En otras palabras, si bien los miembros de las Fuerzas Armadas se rigen por sus propios estatutos y reglamentos, ello no significa de ninguna manera que tal normatividad esté desligada de la Constitución del Perú, ni muchos menos que en ella no se respeten los derechos fundamentales reconocidos por la Carta Política.

6. Este Colegiado considera que la cuestión que se plantea en el presente caso no obedece a la racional aplicación del ordenamiento jurídico militar, por cuanto, aun si se estimase como inapropiada la conducta de un oficial militar que contrae deudas que circunstancialmente no puede honrar, constituyendo ello una falta administrativa contra un interés legítimo de la institución castrense, la sanción disciplinaria que le corresponda debe sustentarse en criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y no significar en la práctica un desmedido y excesivo castigo que, como en el caso del demandante, devino en la indebida separación de su institución, privándosele del empleo y, con ello, de su fuente de ingresos, situándolo en la imposibilidad de honrar sus deudas, que es lo que precisamente su institución le reclama.

7. Este Tribunal no considera que la actividad reprochada al demandante constituya una causal que comprometa en forma alguna la indemnidad de un bien jurídico corporativo militar, y cuyo resguardo resulta necesario para evitar el quebrantamiento de la institucionalidad castrense; antes bien, la justificación legal de su retiro resultó arbitraria y perjudicial a las expectativas de promoción y ascenso en su carrera militar.

8. En efecto, la exclusión del demandante de la Fuerza Aérea representó una decisión arbitraria e incongruente con una correcta exégesis de las normas militares aplicables al caso, y con los elementos de juicio

jurídicamente relevantes que la autoridad militar no tuvo en consideración, a saber: **a)** que las obligaciones dinerarias contraídas por el demandante con los señores Luis Ernesto Castillo Valderrama y Manuel Jesús Vigil Del Carpio tenían un contenido usurario, razón por lo cual se abrió contra estos proceso penal por delito de usura, el que concluyó con sentencia condenatoria; **b)** no se ha demostrado en autos que las deudas que motivaron la sanción disciplinaria del demandante, hayan generado juicios civiles de cobro ejecutivo; **c)** la Sala Corporativa Transitoria Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 17 de octubre de 1997, declaró nula la Resolución Ministerial N.º 0999-DE/FAP, del 16 de noviembre de 1994, que en vía de regularización amplió la permanencia de la situación militar de disponibilidad del demandante Mayor FAP Carlos Gamarra Tapia Musso, y la nulidad de la Resolución Suprema N.º 0081-DE/FAP, de fecha 13 de febrero de 1995, que la confirma, por haberse corroborado la violación del derecho de defensa del citado militar en el proceso disciplinario, habiéndose ordenado al Consejo de Investigación para Oficiales Superiores (CIOS) que emita nuevo pronunciamiento respecto de la solicitud de reincorporación del indicado Oficial, para volver a la situación de actividad; **d)** el demandante aprobó los exámenes de aptitud psicofísica y de eficiencia profesional correspondientes a su grado, rendidos para su reincorporación a la Fuerza Aérea; **e)** el demandante, por sentencia de fecha 13 de junio de 1994, fue absuelto por la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima de la acusación fiscal por delito contra la confianza y la buena fe en los negocios, que le fuera imputado por uno de sus acreedores; **f)** el demandante, a la par del seguimiento de su carrera militar, afianzó su preparación siguiendo la carrera de Ingeniería Electrónica, con estudios especializados seguidos en Inglaterra, durante 18 meses.

9. En línea de lo hasta ahora expuesto, cabe señalar que el problema jurídico constitucional materia de autos es el de la desproporción de la sanción disciplinaria que se impuso al demandante, vale decir, la inequidad entre la entidad de la falta y la entidad de la sanción disciplinaria, pero, además, otra cuestión que merece atención es el rehusamiento del demandante a la pretensión de la institución militar de hacerle cumplir con el pago de préstamos dinerarios con pacto de intereses usurarios, acuerdo ilegal por el cual sus acreedores fueron condenados por la justicia penal.

10. Al respecto, es necesario enfatizar que si bien contemporáneamente y en el marco de las sociedades capitalistas, el interés constituye una justa retribución para quien presta su dinero a otro, sin embargo, la usura forma parte de las expresiones de rechazo hacia el aprovechamiento económico de quien tiene fondos a costa de quien carece de ellos. En el sentido más generalizado, la usura es sinónimo de alto interés, de interés odioso, desproporcionado, excesivo, en el precio de los préstamos de dinero que el prestamista cobra, exige o se hace dar o prometer por su dinero.

11. Ciertamente, el sentimiento de repulsa hacia la percepción de tasas desmesuradas de interés, abusándose de la necesidad de un préstamo de dinero, ha logrado trascendencia para proteger el patrimonio del más débil frente a la voracidad de quienes quieren obtener ganancias desmedidas. En ese sentido, históricamente en nuestro ordenamiento jurídico han existido normas prohibitivas de la usura, tales como la Ley de Agio y Usura -N.º 2760- de 1918, que estableció un sistema de tasas máximas de intereses y la nulidad de los contratos que sobrepasasen dicho interés o que simulasen recibir una cantidad mayor que la recibida; el Decreto Ley N.º 11078, del 5 de agosto de 1949, que calificó como delito perseguible de oficio al agio y la usura; el Decreto Ley N.º 18779, de 1971, que facultó al Banco Central de Reserva el establecimiento de tasas máximas de interés para las operaciones realizadas dentro y fuera del sistema financiero; las Leyes N.º 21504, de 1976, y N.º 23232, de 1980; el Decreto Legislativo N.º 295, del 14 de noviembre de 1984, que puso en vigencia el Código Civil, el cual incorporó en su artículo 1243° el régimen de tasas máximas de interés. Asimismo, el 15 de marzo de 1991 fueron publicadas en el Diario Oficial *El Peruano* las tasas máximas de interés aplicables para las operaciones realizadas fuera del sistema financiero; en tanto que la Ley de Instituciones Bancarias y Financieras, Decreto Legislativo N.º 770 de 1993, liberalizó las tasas de interés convencionales para las operaciones que se realicen dentro del sistema financiero, de tal manera que quedarían determinadas por la libre competencia. Finalmente, la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros N.º 26702, de 1996, reiteró lo precisado por el Decreto Legislativo N.º 770 en materia de intereses, y en virtud de tal esquema legal se tipificó la usura en el artículo 214° del Código Penal de 1991.

12. Los instrumentos legales citados afianzan la labor estatal de defensa de los intereses de los consumidores y usuarios producto de las relaciones asimétricas con el poder fáctico de las personas naturales o entidades jurídicas, especialmente del sistema financiero. Ello quiere decir que en el tratamiento de estas operaciones de crédito, debe operar el criterio de estarse a lo más favorable al consumidor o usuario, lo que es acorde con el artículo 65° de la Constitución Política del Perú.

13. En el marco de las consideraciones expuestas, formulamos las siguientes digresiones, con el objeto de fortalecer la posición del usuario frente a las entidades financieras: **a)** teniendo en cuenta la insuficiente regulación actual en nuestro ordenamiento jurídico, debe detectarse y suprimirse cualquier tipo de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo bancario en desmedro del usuario; **b)** debe propenderse a la reducción de las relaciones asimétricas con las entidades bancarias, por cuanto es evidente que no existe la más mínima posibilidad de negociación individual por parte de los usuarios del crédito, respecto de las tasas de interés y financiamiento, dado que se entabla una relación contractual no consensuada, habida cuenta que los contratos se hallan pre redactados, sin la participación o

asentimiento previo del adherente en la determinación de las tasas e intereses; **c)** debe establecerse la aplicación de tasas de interés que guarden relación con el servicio bancario efectivamente prestado por las entidades; **d)** en épocas de mínima inflación como las actuales, ninguna entidad de crédito puede esgrimir razón valedera alguna para aplicar altas tasas y punitivos intereses usurarios por los servicios bancarios. Las tasas, lejos de ser arbitrarias, deberían ser flexibles y estar negociadas o acordadas por ambas partes, puesto que, de lo contrario, estaríamos ante la presencia de una operatoria privilegiada y prepotente de la banca; **e)** las elevadas tasas para la financiación de compras con tarjetas de crédito e intereses punitivos, se trasluce en una situación inequitativa, ya que el usuario está imposibilitado de renunciar al servicio antes de haber abonado las liquidaciones abusivas adelantadas, perjudicándose cada vez más sus intereses económicos; estableciéndose, además, que si desea rescindir el servicio sin pagar en el futuro, no será aceptado o tendrá escasas posibilidades de que lo acepten en otro servicio similar, por estar incluido en los nefastos registros de morosos; **f)** se debe evitar que las tasas sean incrementadas permanentemente por la banca, demostrando el poder económico y unilateral de la misma. Los índices no surgen de ningún resumen tarifario ni de ninguna regulación; tampoco cuentan con el visto bueno del Banco Central de Reserva o de cualquier otra autoridad; por ende, es el resultado de una decisión oligopólica abusiva; **g)** los porcentajes de las tasas de interés e intereses punitivos resultan desproporcionados respecto a los intereses generales de la plaza cambiaria; **h)** si los bancos aducen sufrir costos excesivos, estos deben ser exclusivamente atribuidos a su ineficiencia comparada con el nivel internacional, por lo que no resulta justo que sean cargados a los consumidores. Las tasas deben ser proporcionales a la mora; **i)** el régimen del sistema resulta abusivo porque los buenos consumidores -que son mayoría- pagan regularmente todos los conceptos incluidos en sus obligaciones crediticias, a pesar de que se los castiga injustamente con la inseguridad propia de un sistema de alto riesgo crediticio; **j)** ante la inexistencia de responsabilidad del usuario por el riesgo crediticio, el prestador de servicio se constituye en el único responsable de abuso manifiesto; **k)** deben eliminarse las tasas leoninas so pretexto del riesgo crediticio; con mínima inflación y una paridad cambiaria positiva, el único riesgo debe ser la falta de pago del usuario. Por ello, las instituciones bancarias tienen el deber de informarse de la situación del cliente al que se le concederá un crédito, es decir, la obligación de reunir la información previa y necesaria sobre la solvencia y capacidad de pago del cliente, por lo que la excusa del riesgo crediticio, esgrimida para justificar el cobro de altos intereses por parte de los prestadores del servicio crediticio, quedaría

totalmente descartada; **l)** el negocio bancario como modo de dominación es lo que constituye un alto riesgo social. La operatoria bancaria se desarrolla mediante contratos por adhesión, lo que pone de relieve el carácter dominante que tiene la entidad financiera, que impone sus cláusulas predisuestas por medio de condiciones generales elaboradas unilateralmente con el exclusivo propósito de someter al cliente a los planes y directivas cuyo fin es el mejor éxito del banco.

14. Las graves cuestiones reseñadas en los puntos precedentes, provocan un desequilibrio de tal magnitud entre los derechos y obligaciones de ambas partes, que comprometen seriamente el principio de equivalencia y de máxima reciprocidad que debe observarse en todo Estado de Derecho. Debe subrayarse que no es intención del Tribunal que se eliminen las necesarias tasas de interés, sino que se adecuen a su justo límite, debiendo la banca respetar la legislación de defensa del consumidor, y toda otra norma que establezca disposiciones tutelares para el usuario.

15. En suma, considerando que la política crediticia es un importante instrumento de conducción económica, el Estado debe ejercer su papel de regulación y vigilancia del sistema bancario, de modo que se torna imperativo que se revise la normatividad atinente a la creación y constitución de los bancos y sus actividades, y se replanteen las funciones que le conciernen al Banco Central de Reserva y a la Superintendencia de Banca y Seguros.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la acción de amparo.
2. Disponer la reincorporación del demandante Mayor FAP Carlos Gamarra Tapia Musso a la situación militar de actividad, con el reconocimiento de todos sus derechos y beneficios que correspondan a su grado.
3. Cursar copia certificada de la presente sentencia al Banco Central de Reserva y a la Superintendencia de Banca y Seguros, para su conocimiento y fines.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

Exp. N° 2758-2004-HC/TC [Proceso de Hábeas Corpus promovido por Luis Guillermo Bedoya de Vivanco. Sobre el Principio de legalidad penal].

Fecha de Resolución: 23 de noviembre de 2004

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 23 de febrero de 2005

Resumen: En el presente caso el recurrente alegó que se había violado el principio de legalidad penal al haber sido condenado por el delito de peculado a título de cómplice sin que a su juicio se cumplan los presupuestos previstos para que se configure dicho delito.

Se señaló en la sentencia que el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Así, como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica.

Además, que la dimensión subjetiva del 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.

En este sentido, se precisó que si bien es cierto como regla general la tipificación penal y la subsunción de las conductas ilícitas no son ni deberían ser objeto de revisión en los procesos constitucionales; resulta admisible que de manera excepcional la justicia constitucional pueda efectuar un control sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal y, en concreto, en aquellos casos en los que al aplicar un tipo penal o imponer una sanción el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores.

Así, en el caso de autos, el Tribunal coincidió con lo señalado en la sentencia cuestionada en el sentido de que sí se había configurado el delito de peculado. Pues, si bien es cierto, formalmente, Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad ejercía de hecho la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos por lo que se le podía considerar sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal.

Temas Claves: Hábeas corpus contra resoluciones judiciales - participación delictiva - principio de legalidad penal.

EXP. N.º 2758-2004-HC/TC
LIMA

LUIS GUILLERMO
BEDOYA DE VIVANCO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de noviembre de 2004, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de pleno jurisdiccional, con asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Bardelli Lartirigoyen y Revoredo Marsano

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Luis Guillermo Bedoya de Vivanco contra la sentencia de la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 558, su fecha 4 de junio de 2004, que declara improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de abril de 2004, el recurrente interpone acción de hábeas corpus contra el Poder Judicial y los vocales integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, doctores Andrés Echevarría Adrianzén, José Alarcón Menéndez, Raúl Valdez Roca, César Javier Vega Vega, Miguel Ángel Saavedra Parra y Walter Vásquez Bejarano, quienes, confirmando, en parte, la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, le impusieron una condena de cinco años de pena privativa de la libertad, lo cual atenta contra el principio de legalidad penal, al no haberse configurado el delito por el que se le condenó.

Manifiesta que fue condenado por el delito de peculado en calidad de cómplice, habiéndose condenado, a título de autor, a Vladimiro Montesinos Torres por el hecho de haber dispuesto indebidamente a favor de terceros, en su calidad de asesor del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), de fondos destinados a gastos de operaciones de inteligencia y contrainteligencia. Alega que el tipo penal de peculado es, en cuanto al autor, un delito especial que solo puede ser cometido por funcionario público al que, por razón de su cargo, le han sido confiados, para su administración o custodia, caudales o efectos del Estado; pero que Vladimiro Montesinos Torres, quien fue condenado a título de autor, ocupaba, según el ROF del Servicio de Inteligencia Nacional, el cargo de Asesor II del gabinete de asesores de la Alta Dirección del SIN, cargo que no comprendía la potestad de disposición o administración de fondos públicos. Además, afirma que la condena por el delito de peculado es incompatible con el delito de usurpación de funciones por el que fue condenado, por el hecho mismo de haber ejercido ilegítimamente las funciones del Jefe del SIN, y que al no haberse cometido el delito de peculado a título de

autor, tampoco podrá imputarse el mismo a título de complicidad.

Aduce también que, según la configuración de la complicidad establecida en nuestro Código Penal, la misma solo podrá presentarse en la etapa de preparación o ejecución del delito, y no después de que este se haya consumado; agregando que el delito de peculado se consuma con la apropiación de los fondos públicos, por lo que la entrega de los caudales apropiados a un tercero se produce en un momento posterior a la consumación que no puede ser considerado dentro de la participación delictiva.

El Vigésimo Sexto Juzgado Penal de Lima, con fecha 22 de abril de 2004, declara improcedente la demanda, considerando que lo realmente pretendido por la parte demandante es cuestionar los criterios dogmáticos adoptados por la emplazada, lo cual no puede ser objeto de discusión en el proceso de hábeas corpus.

La recurrida confirma la apelada por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

1. El recurrente alega que se ha violado el principio de legalidad penal, por haber sido condenado por el delito de peculado a título de cómplice, sin que, a su juicio, se cumplan los presupuestos previstos para que se configure dicho delito.
2. El principio de legalidad penal ha sido consagrado en el artículo 2.º, inciso 24, literal "d", de la Constitución Política del Perú, según el cual "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley".

En la STC 0010-2002-AI/TC, este Tribunal sostuvo que el principio de legalidad exige que por ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley. Como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*) y de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*).

3. Este Tribunal considera que el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica.

4. Por tanto, resulta igualmente claro que la dimensión subjetiva del 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 este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales.

5. Si bien el principio de legalidad penal, el cual protege el derecho de no ser sancionado por supuestos no previstos en una norma jurídica, en tanto derecho subjetivo constitucional debe ser pasible de protección en esta vía, el análisis que debe practicar la justicia constitucional no es equiparable a la que realiza un juez penal. En efecto, como este Tribunal lo ha señalado en diversas oportunidades, "[...] no puede acudirse al hábeas corpus ni en él discutirse o ventilarse asuntos resueltos, como [lo] es la determinación de la responsabilidad criminal, que son de incumbencia exclusiva de la justicia penal. El hábeas corpus es un proceso constitucional destinado a la protección de los derechos reconocidos en la Constitución, y no a revisar si el modo como se han resuelto las controversias de orden penal es el más adecuado conforme a la legislación ordinaria. En cambio, no puede decirse que el hábeas corpus sea improcedente para ventilar infracciones a los derechos constitucionales procesales derivadas de una sentencia expedida en proceso penal, cuando ella se haya dictado con desprecio o inobservancia de las garantías judiciales mínimas que deben guardarse en toda actuación judicial, pues una interpretación semejante terminaría, por un lado, por vaciar de contenido el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales y, por otro, por promover que la cláusula del derecho a la tutela jurisdiccional (efectiva) y el debido proceso no tengan valor normativo" [cf. STC 1230-2002-HC/TC].

6. De modo análogo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante resolución de fecha 13 de octubre de 2004, declarando inadmisibles las peticiones

presentada por el recurrente (cf. petición N.º 369-2001 - Informe N.º 45/04), ha establecido:

42. Al respecto, la CIDH ha sostenido desde su principal pronunciamiento en este tema que La Comisión es competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando ésta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso, o que aparentemente viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención. Si, en cambio, se limita a afirmar que el fallo fue equivocado o injusto en sí mismo, la petición debe ser rechazada conforme a la fórmula arriba expuesta. La función de la Comisión consiste en garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados partes de la Convención, pero no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho

o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia.

7. Es bien cierto que, como regla general, la tipificación penal y la subsunción de las conductas ilícitas no son ni deberían ser objeto de revisión en estos procesos. Al fin y al cabo, ni la justicia constitucional puede considerarse en forma análoga a la justicia penal, ni aquella resulta una tarea que entre en el ámbito de competencia de los jueces constitucionales. Como nuevamente lo ha expresado su par español, mediante estos procesos se ha "encomendado proteger los derechos fundamentales (...), conociendo de toda calificación jurídica realizada por los tribunales ordinarios que viole o desconozca (...) derechos, pero carece de aquel carácter en relación con procesos comunes que resuelvan derechos intersubjetivos ajenos a los derechos fundamentales y que se pronuncien sobre cuestiones de mera legalidad, al ser competencia exclusiva de los jueces y tribunales su interpretación y decisión, fijación de los hechos y subsunción, así como la precisión de las consecuencias jurídicas (...), aunque se apoyen en errores, equivocaciones o incorrecciones jurídicas o, en definitiva, en la injusticia de las resoluciones, porque ello le convertiría [al juez constitucional] en órgano de control de la mera legalidad, ejerciendo funciones que no le atribuye la Constitución" [cf. STC 104/1985].

8. De ahí que solo excepcionalmente quepa efectuar un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal y, en concreto, en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores. En consecuencia, si en la justicia ordinaria se determina la culpabilidad o inocencia del imputado, determinando en el caso si se da el supuesto de hecho previsto en la norma y sobre la base de consideraciones de orden penal, de acuerdo con la alternativa que ofrezca la dogmática penal que se estime la más adecuada, la justicia constitucional, en cambio, se encarga de determinar si la resolución judicial cuestionada afecta a derechos constitucionales.

9. El recurrente, basándose en diversa doctrina penal, alega que el delito de peculado, por su propia naturaleza, sólo puede ser cometido por funcionario público al que, por razón de su cargo, se le ha encomendado la administración o custodia de caudales o efectos del Estado, por lo que, al no tener formalmente Vladimiro Montesinos Torres el cargo de Jefe del Servicio de Inteligencia, cargo que sí lo habilitaba para el manejo de fondos públicos, habiendo sido incluso sancionado penalmente por ejercer dichas funciones sin haber sido designado para ello (delito de usurpación de funciones), no puede ser considerado autor del delito de peculado. Del mismo modo, la sentencia condenatoria, invocando conceptos desarrollados por la doctrina penal, señala que

también puede configurarse el delito de peculado en caso de que el funcionario público detente la función *de facto*.

La parte demandante sostiene, además, que la participación delictiva sólo puede producirse en la etapa de ejecución o preparación del delito y no en posteriores etapas del *iter criminis*. Así, afirma que, al consumarse el delito de peculado con la apropiación de los fondos públicos, la posterior recepción del dinero por parte del recurrente no puede ser considerada una forma de participación en el delito de peculado.

10. Este Tribunal coincide con lo señalado en la sentencia cuestionada en el sentido de que sí se configura, en el caso, el delito de peculado. Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerarse sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal.

11. Asimismo, tampoco puede afirmarse, como lo hace la parte demandante, que la recepción de fondos públicos por parte del recurrente fue posterior a la consumación del delito de peculado. Por el contrario, la consumación del delito de peculado se da, en el presente caso, cuando Vladimiro Montesinos Torres hace entrega de los caudales públicos al recurrente, momento en que ellos salen de la esfera de dominio estatal, consumándose, así, el peculado, por lo que no tiene sustento la alegada vulneración del principio de legalidad.

12. Este Colegiado no puede dejar de señalar que la conducta incriminada al recurrente estaría tipificada, además, en el artículo 385-a) de la Ley N.º 26859, Orgánica de Elecciones, sancionada con pena privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor de seis y, en el caso de los funcionarios, con inhabilitación por igual tiempo a la condena.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la acción de hábeas corpus.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA**

**EXP. N.º 2758-2004-HC/TC
LIMA**

**LUIS GUILLERMO
BEDOYA DE VIVANCO**

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO

JUAN BAUTISTA BARDELLI LARTIRIGOYEN

Con el debido respeto por mis colegas, discrepo tanto de las consideraciones por ellos expuestas como de la parte resolutive de la sentencia recaída en el expediente del rubro, por las siguientes razones:

1. La justicia penal no puede ser arbitraria, ya que toda persona sabe que no podrá ser condenada si no existe un delito y pena fijados en una ley previa

Es este el *principio de legalidad* que se remonta al derecho romano de donde proviene el conocido aforismo *nullum crimen, nullum poena, sine lege* y que es recogido en el artículo 2 inciso 24) literal "d" de la Constitución del Estado que a la letra dice: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley".

2. El principio de legalidad penal sintetiza en sí mismo diversos aspectos del estado de derecho en el ámbito del derecho estatal sancionador. En tal sentido se vincula con el *ius imperium*, como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de estos a la seguridad, así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad por parte de los órganos jurisdiccionales.

De lo expuesto se deduce que el principio de legalidad exige la existencia de una ley (*lex scripta*) que sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

El cumplimiento de estas tres exigencias determina el rechazo de la *analogía* como fuente creadora de los delitos y las penas y limita, absolutamente, a los jueces la posibilidad que se conviertan en *legisladores*.

La vulneración del principio de legalidad se ha manifestado históricamente en las dictaduras totalitarias. Recordemos que en la Alemania nazi los jueces determinaban los delitos y las penas según el "*santo sentimiento del pueblo*" y en la Unión Soviética de acuerdo con la "*conciencia socialista de la justicia*". Afortunadamente esa época pasó y en la actualidad el principio en mención es considerado "(...) como una característica de los pueblos civilizados (...)" que inspira la legislación de "(...) todos los países cultos (...)" (Mir Puig Santiago, "Derecho Penal", Editorial Bosch, Barcelona, España, 1998, página 76)

3. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 0010-2002-AI/TC ha señalado que el principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley, cita que la sentencia en mayoría, realiza en el fundamento 2) segundo párrafo.

4. La Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende que "(...)" en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Esto implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus

elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales como la vida o la libertad (Remotti Carbonell José Carlos "La Corte Interamericana de Derechos Humanos", IDEMSA, Lima, Peru, pagina 353).

5. De acuerdo con los fundamentos expuestos discrepo de lo señalado por mis honorables colegas en el fundamento 9) cuarto párrafo, de la sentencia en mayoría, que se transcribe a continuación : "*(...) resulta indudable que de la forma como se encuentra previsto el delito de peculado en nuestro Código Penal, el autor del mismo es un funcionario publico que reúne determinadas características, como es el hecho de que por razón de su cargo tenga la percepción, administración o custodia de bienes estatales. Sin embargo no resulta una interpretación que exceda lo dispuesto en la norma penal, de modo tal que pueda considerarse como una creación judicial de supuestos no previstos, que se sancione como autor de peculado a quien, sin tener formalmente la condición de funcionario publico, que por razón de su cargo tenga la percepción, administración o custodia de bienes estatales, no obstante ejerce de facto dicha función*".

6. Este fundamento contraviene el principio de legalidad al establecer que los jueces pueden crear delitos. El origen político del principio en cuestión radica en la división de poderes que separa de manera clara las funciones de legislador y juez. En tal sentido, a este ultimo se le priva la posibilidad de crear delitos o penas. Sin embargo "(...) la sujeción del juez a la ley no debe entenderse como si ello significara la aniquilación de la aportación creadora del juez en la Administración de Justicia, la cual siempre concurre, pero que solo se da dentro del sentido literal posible del texto(...)" (Castillo Alva José Luis, "Principios de Derecho Penal, Parte General", Gaceta Jurídica, Lima Peru, 2002, pagina 37)

7. Pese a que , conforme lo establece la sentencia en mayoría y reiterada jurisprudencia este Tribunal Constitucional, no puede dictar pronunciamiento tendiente a determinar si existe o no responsabilidad penal de un inculpado o sentenciado, ni efectuar la calificación del tipo penal, toda vez que estas son facultades exclusivas de la jurisdicción penal ordinaria (Sentencias dictadas en los expedientes Ns 2040-2003-HC/TC, 1634-2003-HC/TC, 1076-2003-HC/TC y 1551-2003-HC/TC), debo manifestar, que se ha sentenciado al accionante por peculado a titulo de cómplice, a pesar que para que se configure el delito quien le entrego el dinero, debió ser funcionario publico, conforme lo señala expresamente el artículo 387 del Código Penal.

8. Merece especial consideración para el suscrito, el hecho que al accionante, Luis Bedoya de Vivanco, se le haya impuesto la pena de 5 años de pena privativa de la libertad efectiva y a su co inculpado Tomas Gonzáles

Reategui, la pena de 3 años de pena privativa de la libertad efectiva, conforme consta de la sentencia expedida por la Sala Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 29 de mayo de 2003, la misma que fue declarada No haber Nulidad mediante sentencia de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la republica, de fecha 14 de noviembre de 2003.

9. En efecto, la sentencia, primeramente mencionada, al efectuar el análisis de la determinación de la pena señala (fojas 9733) "(...) en el caso de Luis Guillermo Bedoya de Vivanco se debe tener en cuenta su formación profesional y trayectoria como hombre publico, las circunstancias al hecho delictivo que le otorgan un plus de reproche en relación a cualquier particular (...)", y en caso del co acusado Tomas Gonzáles Reategui la Sala señala "(...) se tiene en cuenta el haber servido de intermediario entre los acusados Vladimiro Montesinos Torres y Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, también le resulta trasladable lo precisado en lo concerniente al procesado antes citado".

10. Al respecto , en opinión del suscrito, la aplicación de la pena por parte del Colegiado, vulnera el derecho a la igualdad de trato por los tribunales, que en los procesos penales tiene dos aspectos . Uno es el principio fundamental de que la defensa y la acusación sean tratadas de tal manera que se garantice que ambas partes tienen una oportunidad igual para preparar y exponer sus argumentos en el transcurso del proceso; y el otro aspecto, se refiere a que todo acusado tiene derecho a recibir un trato igual que otras personas acusadas en similar situación, sin discriminación. El trato igual significa que cuando los hechos objetivos son similares, la respuesta del sistema judicial ha de ser similar. En consecuencia, el principio en mención se viola ya que se establece que Bedoya tiene formación profesional y trayectoria de hombre público, situación similar a la de Gonzáles Reategui, sin embargo, la pena es distinta.

11. En tal sentido, considero que la sentencia de la Corte Superior y la de la Corte Suprema de Justicia, deben ser declaradas nulas por este Tribunal, al declarar fundada la acción de hábeas corpus deducida por el accionante Bedoya de Vivanco, ya que la inobservancia de una garantía constitucional, vicia de nulidad absoluta las sentencias

12. Por estas consideraciones mi voto es por que debe declararse **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus y en consecuencia nula la sentencia expedida por la Sala Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 29 de mayo de 2003 y la sentencia de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, de fecha 15 de diciembre de 2003, debiendo emitir la autoridad judicial competente nueva sentencia conforme a los fundamentos expuestos en este voto singular.

SS.

BARDELLI LARTIRIGOYEN

EXP. N.º 2758-2004-HC/TC
LIMA

LUIS GUILLERMO
BEDOYA DE VIVANCO

**VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA
REVOREDO MARSANO**

1. Constituye precedente obligatorio que vincula inclusive a los Magistrados de este Tribunal Constitucional (Artículo 52º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) lo dispuesto en las sentencias correspondientes a los Expedientes Nos. 010-2002-AI/TC, 589-2003-HC/TC, 290-2002-HC/TC y otros, en las que se reconoce la competencia de este Colegiado para entender de la tipificación penal realizada por la autoridad judicial en los procesos (tanto regulares como irregulares) de Hábeas Corpus, cuando dicha tipificación vulnera el principio de legalidad penal y los derechos fundamentales de la persona (Artículo 2, inciso 24, d) de la Constitución. Discrepo, entonces, de lo expresado en la recurrida y en los párrafos pertinentes de la sentencia, en los que parece recortarse esta atribución al Tribunal Constitucional.

2. Opino –en discrepancia con mis colegas- que la usurpación de funciones públicas no convierte al usurpador en funcionario público y que el Artículo 387 del Código Penal exige textualmente que el funcionario administre bienes públicos “por razón de su cargo”. Interpretar lo contrario es apartarse del texto claro, expreso

y literal de la ley penal y rozar analogías prohibidas por la Constitución.

3. Nada se dice en la sentencia recurrida respecto a un requisito esencial para configurar el delito de peculado, como es el “*animus*” o la intención dolosa -del autor o del partícipe- de cometer **ese delito**. Tampoco aparece claro si la participación del recurrente en los hechos revestía la calidad de indispensable o necesaria a fin de configurar un delito de peculado. Es decir, no se fundamenta en la recurrida, ni se le exige en esta sentencia, fundamentar la intención dolosa del recurrente de cometer precisa y específicamente un delito de peculado. Lo anterior no significa, sin embargo, que quede exonerado de toda responsabilidad por otros delitos, en caso no llegue a tipificarse el de peculado.

4. En cuanto a la vulneración del principio de igualdad en la tutela jurisdiccional, se omite explicar la aparente contradicción judicial que alega el recurrente, referida a la tipificación de los mismos hechos como delito de peculado en su caso, y como delito de receptación en otros.

Por lo expuesto, soy de opinión que debe anularse la sentencia recurrida, a fin de que la Sala denunciada proceda a esclarecer los temas mencionados, en nueva resolución.

SS.

REVOREDO MARSANO

Exp. N° 2868-2004-AA/TC [Proceso de Amparo promovido por José Antonio Álvarez Rojas. Sobre los derechos fundamentales en el ámbito policial (la preferencia sexual no puede ser causal de despido)].

Fecha de Resolución: 24 de noviembre de 2004

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 07 de febrero de 2005

Resumen: El Tribunal Constitucional en clara defensa de la dignidad y libertad de la persona humana, fin supremo de la sociedad y del Estado, ordenó a la Policía Nacional del Perú reincorporar en el servicio activo al efectivo policial (demandante) que fue separado de su institución por haber contraído matrimonio con un presunto transexual.

El Tribunal señaló que el respeto por la persona es la principal motivación que debe informar toda actuación estatal. Para tales efectos recalcó que la Constitución no distingue a las personas por su opción y preferencias sexuales, tampoco en función del sexo que pudieran tener, y que respeta la dignidad de la persona.

Así, pues, a juicio del Colegiado el carácter digno de la persona en su sentido ontológico no se pierde por el hecho de que se haya cometido un delito; tampoco por ser homosexual o transexual o, en términos generales, porque se haya decidido por un modo de ser que no sea de aceptación de la mayoría.

Evidentemente, en un Estado Constitucional de Derecho, que se sustenta en una comunidad de hombres libres y racionales, las relaciones entre moral y Derecho no se resuelven en el ámbito de los deberes, sino de facultades, tal como lo afirma Gustavo Radbruch, "el derecho sirve a la moral no por los deberes jurídicos que ordena, sino por los derechos que garantiza".

Con estas afirmaciones el Tribunal Constitucional no alienta, de modo alguno, que al interior de las instalaciones de la Policía Nacional del Perú (PNP) sus miembros puedan efectuar prácticas heterosexuales u homosexuales. Lo que juzga inconstitucional es que, inmiscuyéndose en una esfera de la libertad humana, se considere ilegítima la opción y preferencia sexual de una persona y, a partir de allí, que sea susceptible de sanción la relación que establezca con uno de sus miembros.

En el presente caso, el Tribunal consideró que es inconstitucional que el demandante haya sido sancionado por sus supuestas relaciones "sospechosas" con un transexual. Por último, la invalidez del acto administrativo que separó al efectivo policial de la PNP, en demostración de un exceso de poder, también se sustenta en una manifiesta incoherencia lógica al sostener que el demandante debió percatarse de las características de los órganos genitales de su pareja "en su condición de auxiliar de enfermería". No obstante, el reconocimiento médico legal indicaba que: "Actualmente no se puede definir el sexo inicial del paciente por existir plastía previa en órganos genitales". Es decir, lo que para un médico legista no es perceptible sí puede y debió conocerlo el demandante en su "condición de auxiliar de enfermería". Se trata de una afirmación evidentemente contradictoria.

Asimismo, se verificó que una de las razones que sirvieron para sancionar al demandante fue por haber cometido falta contra la obediencia, al "no haber cursado la solicitud correspondiente ante la superioridad pidiendo autorización para contraer matrimonio". Al respecto, se consideró que el derecho de contraer matrimonio, si bien no tiene autonomía propia de un derecho constitucional específico, como lo tienen la libertad contractual, de empresa, tránsito, religión o cualquier otra que se reconozca en la Norma Fundamental, sí se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona reconocido en el artículo 2, inciso 1), de la Constitución.

El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.

Como lo precisó el Colegiado, uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es el *ius connubii*. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantizada y, con él [aunque no únicamente], a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia. Por consiguiente, toda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio. Particularmente, en la decisión de contraer matrimonio no se puede aceptar la voluntad –para autorizar o negar– de nadie que no sea la pareja de interesados en su celebración.

Temas Claves: Derecho al debido procedimiento - derecho al libre desarrollo de la personalidad - derecho de defensa - discriminación por opción sexual - *ius connubii* -matrimonio - principio *iura novit curia* - principio *ne bis in idem* - principio de proporcionalidad y razonabilidad - régimen disciplinario militar policial.

EXP. N.º 2868-2004-AA/TC
ÁNCASH

JOSÉ ANTONIO
ÁLVAREZ ROJAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 24 días del mes de noviembre de 2004, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por José Antonio Álvarez Rojas contra la sentencia de la Segunda Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Áncash, de fojas 90, su fecha 24 de mayo de 2004, que declara improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 29 de diciembre de 2003, el recurrente interpone acción de amparo contra el Ministerio del Interior, solicitando su reincorporación al servicio activo de la Policía Nacional con el reconocimiento de su tiempo de servicios. Manifiesta que cuando prestaba servicios en la jefatura del área policial de Pomabamba – Áncash se expidió un parte administrativo disciplinario por faltas contra el decoro y la obediencia, imponiéndosele la sanción de 10 días de arresto simple, que posteriormente fue elevada a 18 días por el jefe de la Subregión de la Policía Nacional de Huari – Áncash. Agrega que, por los mismos hechos, se lo pasó de la situación de actividad a la de disponibilidad por medida disciplinaria por Resolución Regional N.º 062-IV RPNP-UP AMDI, de 28 de agosto de 1996 y, finalmente, por Resolución Directoral N.º 728-

2000 DGPNP/DIPER, de fecha 7 de abril de 2003, se dispuso su pase al retiro, violándose el principio *ne bis in idem*.

Alega, también, que no se observaron los plazos para expedir los actos cuestionados y que se le recortó el derecho a la defensa, ya que de manera apresurada se dispuso su pase de la situación de actividad a la de disponibilidad. De otro lado, señala que por los mismos hechos fue procesado y absuelto por el Cuarto Juzgado de Instrucción Permanente de la II Zona Judicial de la Policía Nacional, resolución que fue confirmada en todos sus extremos por la Sala del Consejo Superior de Justicia de la PNP.

El Procurador Público Adjunto del Ministerio del Interior a cargo de los asuntos judiciales de la Policía Nacional contesta la demanda deduciendo la excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa, de caducidad y de oscuridad y ambigüedad en el modo de proponer la demanda.

El Juzgado Mixto de Pomabamba de la Provincia de Áncash, con fecha 16 de febrero de 2004, declara fundadas las alegadas excepciones e improcedente la demanda.

La recurrida confirma la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

§1. Petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declaren inaplicables la Resolución Regional N.º 062-IV –RPNP –UP AMDI, de fecha 28 de agosto de 1996, que pasa al accionante de la situación de actividad a la de disponibilidad por medida disciplinaria; la Resolución Directoral 728-2000-DGPNP/DIPER, de fecha 07 de abril del 2000, que dispone su pase

a la situación de retiro; y la Resolución Ministerial 1701-2003-IN/PNP, de 25 de septiembre de 2003, que declara inadmisibles las solicitudes de nulidad presentadas contra las resoluciones anteriores; y que, en consecuencia, se ordene su reincorporación al servicio activo de la PNP.

§2. Principio *ne bis in idem* y ejercicio de la potestad sancionatoria de la PNP

2. A juicio del recurrente, se violó su derecho a no ser sancionado dos o más veces por la infracción de un mismo bien jurídico, puesto que en un primer momento fue sancionado disciplinariamente a 10 días de arresto simple por haber cometido faltas contra el decoro y la obediencia; sanción que posteriormente se incrementó a 18 días. No obstante, con posterioridad y pese a las dos primeras sanciones, se lo pasó a la situación de disponibilidad y, finalmente, al retiro.

Dimensiones del principio *ne bis in idem*

3. En la STC 2050-2002-AA/TC, este Tribunal destacó que el principio *ne bis in idem* es un principio implícito en el derecho al debido proceso, reconocido por el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución. “Esta condición de contenido implícito de un derecho expreso se debe a que, de acuerdo con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos y libertades fundamentales se aplican e interpretan conforme a los tratados sobre derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte” (Fund. Jur. 18). Y este derecho a no ser juzgado o sancionado dos veces por los mismos hechos se encuentra reconocido en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a tenor del cual:

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

Así como en el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual:

“(…) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas:

(…)

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

4. En la misma STC 2050-2002-AA/TC, este Tribunal recordó que el principio *ne bis in idem* tiene una doble dimensión:

a. Por un lado, una dimensión procesal, en virtud de la cual se garantiza que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos»; es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo)” [Fund. Jur. 19].

b. Por otro, una dimensión material, según la cual el enunciado «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», “expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador contrario a las garantías propias del Estado de derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más) veces por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento”.

Esta última dimensión tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2°, inciso 24, literal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos —como lo ha expresado este Tribunal en la STC 0002-2001-AI/TC, Fund. Jur. 6— a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica.

De ahí que se considerase que “el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido”.

5. Para que el ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración policial pueda considerarse contraria a dicho derecho fundamental, en su dimensión material [que es la que el recurrente, en esencia, ha alegado], es preciso que cuando menos dos de las sanciones impuestas a un mismo sujeto, por la comisión de un acto, obedezcan a la infracción de un mismo bien jurídico, sea este administrativo o de carácter penal.

Por tanto, lo importante para calificar si dos sanciones impuestas violan dicho derecho fundamental no es tanto que por un mismo acto una persona sea sancionada administrativa y disciplinariamente y, correlativamente, en un proceso penal [pues, *a priori*, efectivamente ello puede acontecer desde el momento en que aquel acto puede suponer la infracción de un bien jurídico administrativo y, simultáneamente, de un bien jurídico penal], sino que la conducta antijurídica, pese a afectar a un solo bien jurídico, haya merecido el reproche dos o más veces.

Violación del principio *ne bis in idem* y del derecho de defensa

6. Bajo ese esquema, corresponde al Tribunal evaluar las siguientes medidas adoptadas contra el recurrente:

A) Inicialmente, el recurrente fue sancionado a ocho días de arresto simple por haber cometido falta contra el decoro [debido a que el recurrente era el padre biológico

de un no nato de seis meses de gestación, lo que había sido denunciado ante la Fiscalía, Municipalidad e Iglesia de la Provincia de Pomabamba] y falta contra la obediencia [porque el recurrente no habría "cursado la solicitud correspondiente ante la superioridad pidiendo autorización respectiva para contraer matrimonio con la Sra. Keli Rojas Minchola (...)]." (f. 8 vuelta).

B) Posteriormente, dicha sanción fue incrementada a 18 días de arresto simple (f. 11).

C) Por su parte, por Resolución Regional N.º 062-IV-RPNP-UPUMDI fue pasado de la situación de actividad a la de disponibilidad, por haberse encontrado responsable de la comisión de faltas "contra el decoro" y el "espíritu policial" (f. 2).

D) Finalmente, por Resolución Directoral N.º 728-2000-DGPNP/DIPER, el recurrente fue pasado de la situación de disponibilidad por medida disciplinaria a la de retiro por límite de permanencia en disponibilidad.

7. En primer lugar, el Tribunal considera que no se ha infringido el principio *ne bis in idem* en su dimensión material por el hecho de que la administración policial haya aumentado la sanción originalmente impuesta de ocho días de arresto simple a 18 días de arresto simple. La hipótesis de agravamiento de una sanción incide en el *quántum* de esta y, por sí misma, no configura una nueva sanción por la infracción del mismo bien jurídico.

En segundo lugar, el Tribunal estima que sí se ha acreditado la lesión del principio *ne bis in idem*, pues el recurrente, además de haber sido sancionado con 18 días de arresto simple, posteriormente fue pasado a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria. En efecto, se violó el referido principio en su dimensión material, esto es, en su expresión de no ser sancionado dos o más veces por la infracción del mismo bien jurídico, puesto que se lo sancionó con arresto simple supuestamente por haber cometido *faltas contra el decoro* y contra la obediencia y, posteriormente, se lo pasó a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria, alegándose su responsabilidad en la comisión de la misma *falta contra el decoro*, a la que se agregó la infracción de la falta contra el espíritu policial.

8. Finalmente, el Tribunal Constitucional opina que no se ha lesionado el principio *ne bis in idem*, por el hecho de que, impuesta la última sanción –la del pase del recurrente a la situación de disponibilidad–, con posterioridad, la administración policial haya decidido pasarlo a la situación de retiro. En efecto, como se observa de la parte resolutive de la Resolución Directoral N.º 728-2000-DGPNP/DIPER, el recurrente fue pasado a la situación de retiro por haber sobrepasado el límite de permanencia en la situación de disponibilidad, y no porque hubiese sido sancionado *ex novo* por las mismas faltas que se invocaron en aquella.

§3. Arresto simple y violación del derecho de defensa

9. En el fundamento 7 de esta sentencia, el Tribunal ha descartado que se haya producido una violación del

principio *ne bis in idem*, en su dimensión material, por el hecho de que la administración policial haya aumentado la sanción originalmente impuesta de ocho días de arresto simple a 18 días de arresto simple.

No obstante, considera que la sola imposición de dicha sanción, bajo el esquema previsto en el Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP, violó el derecho de defensa del recurrente. En efecto, como también se indicó en la referida STC 2050-2002-AA/TC, el artículo 88º de dicho Reglamento autoriza que la susodicha sanción, por aplicarse a faltas no consideradas graves, pueda aplicarse sin seguirse un previo procedimiento disciplinario y sin que los sancionados puedan ejercer su derecho a defenderse de los cargos que se le imputan.

De ahí que en la STC 2050-2002-AA/TC se sostuvo que "ni siquiera la necesidad de preservar los principios de disciplina y jerarquía de la Policía Nacional del Perú justifica que las sanciones disciplinarias respectivas que puedan dictarse a sus integrantes se impongan sin respetar el derecho de defensa. Autoridad, disciplina y respeto del principio de jerarquía no pueden entenderse como franquicia para sancionar en condiciones de indefensión".

En esa medida, el Tribunal Constitucional estima que, en la medida en que el recurrente fue sancionado con arresto simple, en los términos que se han expuesto, se ha acreditado la lesión del derecho reconocido en el artículo 139, inciso 14), de la Constitución.

§4. *Iura novit curia* constitucional, principio de congruencia y contradictorio en el amparo

10. Como se desprende de la demanda y de lo expuesto en los antecedentes de esta sentencia, el recurrente solo ha alegado la lesión del derecho al debido proceso y, particularmente, del principio *ne bis in idem*. No obstante, el Tribunal Constitucional considera que con el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la Policía Nacional del Perú se han vulnerado otros derechos fundamentales, respecto de los cuales el Colegiado considera imprescindible detenerse.

Antes de hacerlo, sin embargo, ha de recordarse nuevamente su doctrina, establecida en la STC 0905-2001-AA/TC, en torno a las relaciones del principio de congruencia procesal y el *iura novit curia* constitucional, y sus repercusiones en la determinación del contradictorio en el proceso constitucional de amparo.

11. Como allí se dijo, por lo que respecta al principio de congruencia de las sentencias o, a su turno, a la necesidad de que se respete el contradictorio en el seno del amparo, el Tribunal no considera que estos resulten "afectados por el hecho de que el juez constitucional se pronuncie por un derecho subjetivo no alegado por la demandante, pues una de las particularidades de la aplicación del *iura novit curia* en este proceso constitucional es que la obligación del juzgador de aplicar correctamente el derecho objetivo involucra, simultáneamente, la correcta adecuación del derecho subjetivo reconocido en aquel".

"Y ello es así, pues sucede que el derecho subjetivo constitucional está, a su vez, reconocido en una norma constitucional, norma esta [...] que es indisponible para el Juez Constitucional y que, en consecuencia, aunque no haya sido invocada, debe aplicarse. Además, no puede olvidarse que el contradictorio en el amparo, por lo general, no se expresa de manera similar a lo que sucede en cualquier otro ámbito del derecho procesal, en particular, si se tiene en cuenta la posición y el significado de la participación de las partes (sobre todo, la demandada) en el presente proceso; de manera que la comprensión y el respeto del contradictorio en el amparo ha de entenderse, no conforme a lo que se entiende por él en cualquier otro proceso, sino en función de las características muy particulares del proceso constitucional" [Fund. Jur. 4, STC 0905-2001-AA/TC].

§5. El *ius connubii* como potestad fundamental que forma parte del ámbito del derecho al libre desarrollo de la persona

12. Como se ha expuesto en el fundamento 5, A, de esta sentencia, el recurrente fue sancionado, en total, a 18 días de arresto simple, entre otras razones, por haber cometido falta contra la obediencia. Dicha falta, de acuerdo con la emplazada, se habría cometido "por no haberse cursado la solicitud correspondiente ante la Superioridad pidiendo autorización respectiva para contraer matrimonio con la Sra. Keli Micheli Rojas Minchola, el día 03MAY96".

Por tanto, la cuestión que ahora corresponde analizar es la siguiente: ¿es admisible constitucionalmente la exigencia de contar con autorización de la institución policial para que sus efectivos, como el recurrente, puedan contraer matrimonio?

13. En primer lugar, el Tribunal ha de recordar que del artículo 4º de la Norma Fundamental no es posible derivar un derecho *constitucional* al matrimonio. En efecto, cuando dicho precepto fundamental establece que el "Estado protege a la familia y promueve el matrimonio", reconociéndolos como "institutos naturales y fundamentales de la sociedad", con ello simplemente se ha limitado a garantizar constitucionalmente ambos institutos [la familia y el matrimonio] con una protección especial, la derivada de su consagración en el propio texto constitucional.

Más que de unos derechos fundamentales a la familia y al matrimonio, en realidad, se trata de dos *institutos jurídicos constitucionalmente garantizados*. De modo que la protección constitucional que sobre el matrimonio pudiera recaer se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial. En efecto, ni siquiera el amplio margen de configuración del matrimonio que la Constitución le otorga al legislador, le permite a este disponer del instituto mismo. Su labor, en ese sentido, no puede equipararse a lo propio del Poder Constituyente, sino realizarse dentro de los márgenes limitados de un poder constituido.

Se trata de una garantía sobre el instituto que, por cierto, no alcanza a los derechos que con su celebración

se pudieran generar, los mismos que se encuentran garantizados en la legislación ordinaria y, particularmente, en el Código Civil. De manera que, desde una perspectiva constitucional, no cabe el equiparamiento del matrimonio como institución con el derecho de contraer matrimonio, aunque entre ambos existan evidentes relaciones.

14. Si no existe un derecho constitucional al matrimonio, ¿quiere ello decir que no tiene protección constitucional la decisión de un efectivo de la PNP de contraer libremente matrimonio? O, planteado de otro modo, ¿que es legítimo que una policía tenga que pedir autorización a la PNP para hacerlo?

El Tribunal considera que el derecho de contraer libremente matrimonio, si bien no tiene la autonomía propia de un derecho constitucional específico, como lo tienen la libertad contractual, de empresa, tránsito, religión o cualquier otra que se reconozca en la Norma Fundamental, sí se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2, inciso 1), de la Constitución.

El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.

Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales.

Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.

Uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es el *ius connubii*. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantizada y, con él [aunque no únicamente], a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia. Por consiguiente, toda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio. Particularmente, en la decisión de contraer matrimonio no se puede aceptar la voluntad –para autorizar o negar– de nadie que no sea la pareja de interesados en su celebración.

15. Es bien cierto que, como sucede con cualquier otro derecho fundamental, el del libre desarrollo de la personalidad tampoco es un derecho absoluto. En la medida en que su reconocimiento se sitúa al interior de un *orden constitucional*, las potestades o facultades que en su seno se pudieran cobijar, pueden ser objeto de la imposición de ciertos límites o restricciones a su ejercicio.

En algunos casos, y por lo que hace a determinados derechos fundamentales, la Constitución sujeta la actividad limitadora de los derechos fundamentales a la necesidad de que se observe el principio de reserva de ley. Así sucede, por ejemplo, con los derechos a la inviolabilidad del domicilio, a contratar con fines lícitos, a trabajar libremente, etc.

Sin embargo, ausente una reserva de ley en la disposición que reconoce un derecho fundamental, ello no quiere decir que mediante cualquier norma jurídica se pueda restringir un derecho de por sí considerado limitable. En la STC 1091-2002-HC/TC, este Tribunal sostuvo que la prohibición de deslegalización de la actividad limitadora de los derechos, en tales casos, debe materializarse sobre base de los literales a) y b), inciso 24°, artículo 2, de la Constitución, que establece, en ausencia de una reserva legal, la sujeción al principio de legalidad [fund. jur. 5].

La sujeción de toda actividad limitadora de un derecho fundamental al principio de reserva de ley o, en su defecto, al principio de legalidad, constituyen *garantías normativas* con los que la Constitución ha dotado a los derechos fundamentales. El propósito que ellos cumplen es sustraer tales restricciones del poder reglamentario del Ejecutivo o, en general, de la competencia de cualquier órgano estatal que no represente directamente a la sociedad y, por tanto, que con criterios de generalidad y abstracción puedan establecer restricciones a su ejercicio.

Ese es el caso en el que se encuentra el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por un lado, en la medida en que el mismo derecho no se encuentra sujeto a una reserva de ley y, por otro, que las facultades protegidas por este tampoco se encuentran reconocidas de manera especial en la Constitución [como sucede, por el contrario, con las libertades de tránsito, religión, expresión, etc.], el establecimiento de cualquier clase de límites sobre aquellas potestades que en su seno se encuentran garantizadas debe efectuarse con respeto del principio de legalidad.

16. Ciertamente, los niveles de protección que han revestido constitucionalmente los derechos fundamentales no se agotan con las "garantías normativas" [reserva de ley y legalidad]. Aunque la Constitución de 1993 no contenga una cláusula semejante a las existente en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 o en la Constitución española de 1978, en virtud de la cual se establezca que en la limitación de los derechos el legislador deberá respetar su contenido esencial, lo cierto es que en nuestro ordenamiento tal limitación de los derechos se deriva de la distinción de planos en los que actúa el Poder Constituyente y el legislador ordinario.

Como este Tribunal lo ha recordado en la STC 0014-2002-AI/TC, el respeto al contenido esencial de los derechos constituye un "límite implícito [del Poder Legislativo] derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente". Y es que una cosa es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su supresión, sino solo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. "De ahí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende de que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción" [Funds. jurs. 94 y 93, respectivamente].

17. En ese sentido, encontrándose el legislador de los derechos fundamentales obligado a respetar su contenido esencial, no basta que se satisfagan las garantías normativas a las que antes se ha aludido para que se considere, sin más, que una limitación determinada no constituye afectación de un derecho o, acaso, que la aplicación de una norma legal limitadora, por el simple hecho de haberse establecido respetando tales garantías normativas, no puede suponer la violación de un derecho constitucional.

Tal afirmación también es de recibo en el tratamiento constitucional al cual está sujeto el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, la sujeción al principio de legalidad de la actividad limitativa de este derecho no puede entenderse en el sentido de que basta que una ley o norma con rango de ley establezca un límite a cualquiera de las potestades por él protegidas para que estas se consideren válidas en sí mismas, pues este último juicio solo podrá considerarse constitucionalmente correcto si, a su vez, se respeta el contenido constitucionalmente declarado del derecho y se satisfacen los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

18. En el caso, se ha acreditado que el recurrente fue sancionado a 18 días de arresto simple como autor de la falta contra la obediencia, por haberse casado sin contar con la autorización de la PNP. El Tribunal Constitucional considera que dicha sanción viola el principio de legalidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

A) En primer lugar, afecta el principio de legalidad, pues, como antes se ha expuesto, el *ius connubis* está sujeto a la exigencia del literal a), inciso 24 artículo 2°, de la Constitución. Y, por tanto, no se puede sancionar a un servidor público por no haber solicitado su autorización, como se ha hecho con el recurrente.

No enerva el juicio de haberse infringido el principio de legalidad, el hecho de que la sanción haya sido impuesta en mérito del Régimen Disciplinario de la PNP, pues como se expuso en el Fund. Jur. 24 de la STC 2050-2002-AA/TC,

en el momento en que se juzgaron administrativamente los hechos, tal régimen disciplinario no había sido publicado en el diario oficial *El Peruano*, conforme lo ordena el artículo 109 de la Constitución Política del Estado, por lo que no era obligatoria.

Tampoco ponen en entredicho tal juicio los artículos 50 y 67 del Decreto Legislativo N.º 745 [el primero de los cuales establece que se pasará al retiro al efectivo que no solicite autorización para contraer nupcias con un extranjero, y el segundo que "El personal de la Policía Nacional en Situación de Actividad o Disponibilidad, para contraer matrimonio con persona extranjera, requerirá autorización por Resolución del Director General de la Policía Nacional", y sobre cuyos alcances este Tribunal no se detendrá]. En efecto, tales dispositivos legales no fueron de aplicación al caso del recurrente, dado que la persona con la que se casó no era extranjera, y tampoco se le impuso la sanción de pase al retiro por medida disciplinaria, porque sencillamente no era una norma aplicable.

B) En segundo lugar, el Tribunal considera que se ha violado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, puesto que así se hubiese satisfecho el principio de legalidad, la exigencia de contarse con una autorización de la PNP para que uno de sus efectivos contraiga matrimonio constituye una intolerable invasión de un ámbito de libertad consustancial a la estructuración de la vida privada del recurrente. Este último, como todo ser humano, es libre de decidir con quién contrae matrimonio y cuándo lo celebra, sin que para ello requiera el visto bueno de un órgano estatal, por más que se preste servicios en dicha institución.

§6. Principio de proporcionalidad, potestad sancionatoria de la administración policial y contenido constitucionalmente protegido de derechos fundamentales

Actuación administrativa, principio de proporcionalidad y presunción de inocencia

19. Por otro lado, el Tribunal Constitucional observa que el recurrente fue sancionado con el pase a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria, tras supuestamente haber cometido faltas contra el decoro y el espíritu policial. La comisión de tales faltas se sustentarían, según la parte considerativa de la mencionada Resolución Regional N.º 062-IV-RPNP-UP-AMDI, en el hecho de que el 03 de mayo de 1996 el recurrente se casó con Óscar Miguel Rojas Minchola,

"quien, para tal efecto, asumió la identidad de Kelly Miguéli Rojas Minchola, previamente adulterando sus documentos personales, manteniendo el mencionado efectivo PNP relaciones de convivencia en forma sospechosa con el referido civil, pese [a] haberse percatado y tenido conocimiento, en su condición de auxiliar de enfermería, de las anomalías físicas que presentaba en sus órganos genitales, hecho acreditado posteriormente con el reconocimiento médico legal de fecha 06AGO96, expedido por la Dirección Regional de Salud de Huari,

diagnosticando en la persona de Oswaldo Miguel Rojas Minchola: Actualmente no se puede definir el sexo inicial del paciente por existir plástia previa en órganos genitales. D/C: HERMAFRODITISMO', demostrando, con estos hechos, total desconocimiento de las cualidades morales y éticas como miembro de la PNP, incurriendo, de esta manera, en graves faltas contra el decoro y el espíritu policial, estipuladas en el art. 83: "c" -13 y "d" -8 del RRD PNP, con el consiguiente desprestigio institucional (...)".

20. A diferencia de lo que sucedió con el arresto simple, ahora la justificación para imponerle una sanción al recurrente ya no se sustenta en que se habría casado sin autorización de la PNP, sino en lo siguiente:

A). Que tal matrimonio se efectuó con una persona de su mismo sexo, que habría cambiado sus nombres de pila, y

B). Que mantuvo relación de convivencia con tal persona, pese a conocer -o tener que razonablemente haber inferido, en función de su condición de auxiliar de enfermería- las "anomalías físicas" de sus órganos genitales.

A juicio del Tribunal Constitucional, el primer motivo de la sanción impuesta puede analizarse desde una doble perspectiva. En primer término, que tal sanción se impuso por casarse con una persona que habría "previamente adulterado sus documentos personales". O, en segundo término, que la sanción obedezca a haber mantenido "relaciones sospechosas" con un transexual.

21. Por lo que hace al primer motivo, es decir, que la sanción se justifique porque el acto matrimonial se haya realizado con un tercero, el cual, para llevarlo a cabo, haya cometido un delito, es lícito que el Tribunal se pregunte si es que en un Estado constitucional de derecho es válido que una persona sea sancionada por un acto ilícito cuya realización se imputa a un tercero.

La respuesta no puede ser otra que la brindada en la STC 0010-2002-AI/TC: un límite a la potestad sancionatoria del Estado está representado por el principio de culpabilidad. Desde este punto de vista, la sanción, penal o disciplinaria, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico. En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable.

Por lo que al caso de autos se refiere, no ha quedado plenamente acreditado que el recurrente haya tenido participación en la comisión del delito contra la fe pública. Antes bien, en autos existen evidencias de la carencia de responsabilidad del recurrente en la comisión de tales ilícitos, como se desprende del hecho de que en el proceso judicial iniciado no haya sido comprendido en la investigación judicial que se sigue contra doña Blanca Luz del Río Vidal, Sofía Édith Moreno Caldas y Oswaldo Miguel Rojas Minchola.

Por tanto, el Tribunal Constitucional considera, *prima facie*, que si la sanción se impuso al recurrente porque terceros cometieron delitos, entonces ella resulta

desproporcionada, puesto que se ha impuesto una sanción por la presunta comisión de actos ilícitos cuya autoría es de terceros.

No obstante, por sí mismo, el carácter desproporcionado de un acto administrativo no termina en la violación de un derecho fundamental. El Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de proporcionalidad es un test o canon de valoración para evaluar actos estatales que inciden sobre derechos subjetivos [constitucionales o simplemente legales]. Se trata de una técnica a partir del cual un tribunal de justicia puede evaluar si la intromisión estatal en el ámbito de los derechos resulta, o no, excesiva. Pero no se confunde, ni se superpone, a las potestades que garantizan cada uno de esos derechos.

De ahí que una actuación administrativa pueda no satisfacer el test de proporcionalidad y, sin embargo, no afectar a derechos reconocidos por la Norma Fundamental. Estos últimos, como es evidente, generan la invalidez de aquella actuación administrativa, pero sí no inciden en el ámbito de los derechos protegidos por los procesos constitucionales, no son de competencia de la justicia constitucional, sino de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Habiéndose constatado el carácter desproporcionado de la sanción impuesta, queda por analizar si con ella se afectó un derecho constitucional. Pues bien, el Tribunal Constitucional considera que la sanción impuesta al recurrente, so pretexto de que la persona con la que contrajo matrimonio cometió un delito, viola el derecho a la presunción de inocencia. En efecto, ni administrativa ni judicialmente, la emplazada ha probado que el recurrente haya participado en la comisión de los delitos. Por el contrario, se ha acreditado, a través de diversos medios de prueba, que los actos presuntamente ilícitos fueron presuntamente cometidos por terceros.

El derecho de presunción de inocencia garantiza que toda persona no sea sancionada si es que no existe prueba plena que, con certeza, acredite su responsabilidad, administrativa o judicial, de los cargos atribuidos. Evidentemente se lesiona ese derecho a la presunción de inocencia tanto cuando se sanciona, pese a no existir prueba plena sobre la responsabilidad del investigado, como cuando se sanciona por actos u omisiones en los que el investigado no tuvo responsabilidad. Siendo tal la situación en la que se sancionó al recurrente, este Tribunal estima que se ha acreditado la violación del derecho a la presunción de inocencia.

Transexuales, principio de dignidad y exceso de poder administrativo

22. Cabe, no obstante, entender que la sanción impuesta no solo haya obedecido a las razones que antes se han expuesto, sino también al hecho de haber mantenido relación de convivencia con un transexual, con "anomalías físicas" en sus órganos genitales, pese a conocer tal condición, o tener que razonablemente haberlo inferido dada su condición de auxiliar de enfermería.

A criterio del Tribunal, tal cuestión pone de manifiesto un doble orden de problemas. Por un lado, si la convivencia con un transexual puede o no ser considerada ilícita desde el punto de vista del derecho administrativo sancionador, y, por otro, vistas las razones expuestas en la parte considerativa de la Resolución Regional, en virtud de la cual se sanciona al recurrente, la coherencia interna del acto administrativo sancionador.

23. Respecto al primer asunto, el Tribunal debe destacar que, de conformidad con el artículo 1º de la Constitución, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. En ese sentido, el respeto por la persona se convierte en el *leit motiv* que debe informar toda actuación estatal. Para tales efectos, la Constitución peruana no distingue a las personas por su opción y preferencias sexuales; tampoco en función del sexo que pudieran tener. Se respeta la dignidad de la persona.

El carácter digno de la persona, en su sentido ontológico, no se pierde por el hecho de que se haya cometido un delito. Tampoco por ser homosexual o transexual o, en términos generales, porque se haya decidido por un modo de ser que no sea de aceptación de la mayoría. Como lo ha sostenido la Corte Suprema Norteamericana, "Estos asuntos, relativos a las más íntimas y personales decisiones que una persona puede hacer en su vida, decisiones centrales para la autonomía y dignidad personal, son esenciales para la libertad [...]. En la esencia de la libertad se encuentra el derecho a definir el propio concepto de la existencia, el significado del universo y el misterio de la vida humana. La creencia sobre estos asuntos o la definición de los atributos de la personalidad no pueden ser formados bajo la compulsión del Estado" [Planned Parenthood of Southeastern v. Casey, 505 US 833 (1992)].

Pero si no pueden ser formados bajo la compulsión del Estado, tampoco pueden considerarse ilícitos desde el punto de vista del derecho, a no ser que con su ejercicio se afecten bienes jurídicos. Forman parte de aquello que el derecho no puede regular. De ahí que cuando el Estado, a través de uno de sus órganos, sanciona a un servidor o funcionario por tener determinado tipo de relaciones con homosexuales o, como en el presente caso, con un transexual, con independencia de la presencia de determinados factores que puedan resultar lesivos a la moral o al orden público, se está asumiendo que la opción y preferencia sexual de esa persona resulta ilegítima por antijurídica. Es decir, se está condenando una opción o una preferencia cuya elección solo corresponde adoptar al individuo como ser libre y racional.

24. Asimismo, considerando ilegítima la opción y determinada preferencia sexual de una persona, con la consecuencia de sancionarla administrativamente, si es un servidor público, simultáneamente el Estado, de modo subrepticio, está imponiendo como jurídicamente obligatorio lo que él, autoritariamente, o una mayoría, juzga como moralmente bueno.

En tales casos, el asunto es, como nuevamente lo ha expresado la Corte Suprema Norteamericana [Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003)], "si la mayoría puede usar el poder del Estado para reforzar estos puntos de vista en la sociedad entera a través de operaciones en la ley [...]". Es decir, si el Estado puede declarar ilegal la elección de una persona, conforme a sus propios criterios, sobre qué es lo bueno o lo moralmente aceptable para él.

Evidentemente, en un Estado constitucional de derecho, que se sustenta en una comunidad de hombres libres y racionales, las relaciones entre moral y derecho no se resuelven en el ámbito de los deberes, sino de las facultades. Como lo afirma Gustavo Radbruch, "El derecho sirve a la moral no por los deberes jurídicos que ordena, sino por los derechos que garantiza; está vuelto hacia la moral por el lado de los derechos y no por el lado de los deberes. Garantiza derechos a los individuos, para que puedan cumplir mejor sus deberes morales. (...) El orgullo moral, que siempre va unido a lo que el hombre se da a sí mismo, va ligado en los derechos subjetivos a lo que uno aporta a los demás; el impulso y el interés, encadenados siempre por la norma, quedan ahora libertados por la misma norma. Mi derecho es, en el fondo, el derecho a cumplir con mi deber moral. En sus derechos lucha el hombre por sus deberes, por su personalidad" [Gustavo Radbruch, *Filosofía del derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1952, p. 63].

Con tales afirmaciones, el Tribunal no alienta que al interior de las instalaciones de la Policía Nacional del Perú, sus miembros puedan efectuar prácticas homosexuales; tampoco, por cierto, heterosexuales [cf. ordinal "g" del fundamento jurídico 85 de la STC 0023-2003-AI/TC]. Lo que juzga inconstitucional es que, inmiscuyéndose en una esfera de la libertad humana, se considere ilegítima la opción y preferencia sexual de una persona y, a partir de allí, susceptible de sanción la relación que establezca con uno de sus miembros.

Por tanto, este Tribunal considera que es inconstitucional que el recurrente haya sido sancionado por sus supuestas relaciones "sospechosas" con un transexual.

Exceso de poder administrativo y potestad sancionatoria de la administración

25. Por último, la invalidez del acto administrativo sancionador también se deriva de su manifiesta incoherencia lógica. Efectivamente, en un primer momento, allí se afirma que las relaciones de convivencia con una persona de su mismo sexo fueron conocidas plenamente por el recurrente, pues pese a la plástica realizada a aquella en sus órganos genitales, este pudo "percatarse y tener conocimiento" de ello, "en su condición de auxiliar de enfermería".

No obstante, inmediatamente después, pretendiéndose corroborar la afirmación anterior, la emplazada afirma que dicho conocimiento de las anomalías físicas en sus órganos genitales se acreditó "posteriormente con el reconocimiento médico legal". Según este, "Actualmente

no se puede definir el sexo inicial del paciente por existir plástica previa en órganos genitales. D/C: HERMAFRODITISMO(...)".

Dicho en otros términos, lo que para un médico legista no es perceptible y, por tanto, no se puede definir [el sexo inicial del paciente], sí pudo y debió conocerlo el recurrente "en su condición de auxiliar de enfermería". Se trata, evidentemente, de una afirmación que contiene una *contradictio in abeyecto*, que, por sí misma, no podía servir de base suficiente para sancionar administrativamente –si es que, acaso, tal argumento fuera relevante– al recurrente.

26. No obstante lo dicho, tal vez quepa entender que el argumento para sancionar al recurrente se haya sustentado, además, en la "sospecha" que debió tener tras la realización de una plástica en los órganos genitales, pues al fin y al cabo, en su condición de auxiliar de enfermería, podía distinguir en los órganos genitales de su pareja la realización de una plástica. Tal argumento, a juicio del Tribunal, es insuficiente y hace que la sanción impuesta al recurrente sea desproporcionada. Y es que, como tal, la realización de una plástica no es evidencia de una alteración del sexo de una persona, pues la plástica también puede utilizarse con medios meramente estéticos.

Cabe ahora preguntarse si tal sanción afecta al contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional considera que el derecho afectado no es otro que el debido proceso sustantivo en sede administrativa. En efecto, como en diversas oportunidades lo ha recordado este Colegiado, la dimensión sustantiva del debido proceso administrativo se satisface, no tanto porque la decisión sancionatoria se haya expedido con respeto de los derechos constitucionales de orden procesal, sino, por lo que al caso importa resaltar, cuando la sanción impuesta a una persona no se encuentra debidamente fundamentada, sea irrazonable o excesiva, de cara a las supuestas faltas que se hubieran podido cometer, como ha sucedido en el presente caso.

En ese sentido, también se ha acreditado que la emplazada violó el derecho al debido proceso sustantivo en sede administrativa del recurrente.

§6. Finalidad del proceso de amparo y satisfacción de condiciones de la acción para la expedición de una sentencia estimatoria

27. De acuerdo con el artículo 1 de la Ley N.º 23506, el objeto de los procesos constitucionales de la libertad es volver las cosas al estado anterior a la violación del derecho constitucional. Como tal, supone que cuando se haya advertido en un acto la lesión de un derecho fundamental, este sea objeto de una declaración de nulidad y, consiguientemente, se repongan las cosas al estado inmediatamente previo a cuando se realizó la violación del derecho fundamental.

Sin embargo, como sucede con cualquier otro proceso, para que se pueda expedir una sentencia de mérito, es

preciso que se satisfagan determinadas condiciones de la acción, es decir, aquellos requisitos que el legislador haya establecido, siempre que estos resulten razonables y no afecten al contenido constitucionalmente protegido del derecho de solicitar la tutela jurisdiccional del Estado.

28. En el caso de autos, la recurrida ha desestimado la demanda señalando que esta fue interpuesta extemporáneamente, en tanto que la Resolución Regional N° 062-IV-RPNP-UPAMDI, que dispone su pase de la situación de actividad a la de disponibilidad, se expidió con fecha 28 de agosto de 1996, mientras que la demanda se interpuso con fecha 29 de diciembre de 2003, esto es, fuera del plazo establecido en el artículo 37 de la Ley N.° 23506.

Para enervar las razones de la recurrida, en su recurso extraordinario el recurrente ha sostenido que la iniciación y desarrollo del proceso ante la jurisdicción castrense interrumpió el plazo, por lo que una vez que culminó dicho proceso con una sentencia absolutoria, el plazo se debería computar a partir del día siguiente en que se denegó su solicitud de nulidad de la Resolución Directoral N.° 728-2000-DGPNP/DIPER, que lo pasó a la situación de retiro, esto es, a partir del día siguiente en que se le notificó la Resolución Ministerial N.° 1701-2003-IN/PNP. Tal hecho –indica– finalmente ocurrió el 14 de octubre de 2003, entre tanto la demanda se interpuso el 29 de diciembre del mismo año, es decir, dentro del plazo establecido en el artículo 37 de la Ley N.° 23506.

29. El Tribunal Constitucional comparte parcialmente el criterio del recurrente. En efecto, conforme se aprecia de autos, y se ha narrado en diversas partes de esta sentencia, el recurrente fue sancionado administrativamente –la última sanción con el pase a la situación de disponibilidad– por la supuesta comisión de faltas administrativas contra el decoro y el espíritu policial, contempladas en el no publicado Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP, mientras que el proceso penal militar se le siguió por los delitos contra el honor, *decoro* y deberes militares y *desobediencia*.

Esto quiere decir que, sin perjuicio de considerarse que los actos analizados presuntamente constituían

la comisión de algunos delitos no sancionados administrativamente [v.g. los delitos contra el honor y deberes militares], en el proceso militar –que culminó con la absolución del recurrente– se volvió a juzgarlo por la supuesta infracción de bienes jurídicos que ya habían sido objeto de pronunciamiento en sede administrativa [i.e. desobediencia y decoro].

En el párrafo 10 del fundamento jurídico 17 de la STC 2050-2002-AA/TC, este Tribunal sostuvo que cuando una conducta afecta simultáneamente a bienes jurídicos administrativos y penales-militares, la eventual sanción administrativa “solo podrá darse una vez finalizado el proceso penal, pues si bien en sede judicial no se sancionará por la comisión de una falta administrativa, sino por la comisión de un ilícito (penal), la autoridad administrativa está vinculada por los hechos declarados como probados en sede judicial”.

En mérito de ello, el Tribunal Constitucional considera que el plazo de caducidad contemplado en el referido artículo 37 de la Ley N.° 23506, en el caso, debe computarse a partir del día siguiente en que la emplazada notificó al recurrente la Resolución Ministerial N.° 1701-2003-IN/PNP; es decir, a partir del 14 de octubre de 2003, por lo que, habiéndose interpuesto la demanda el 29 de diciembre de 2003, este Tribunal debe estimarla.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda.
2. Ordena que la emplazada reincorpore al servicio activo a don José Antonio Álvarez Rojas, reconociéndole su tiempo de servicios como reales y efectivos.

Publíquese y notifíquese.

BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

Exp. N° 3330-2004-AA/TC [Proceso de amparo promovido por Ludesminio Loja Mori. Sobre la libertad de empresa y la competencia de las municipalidades para optar licencias de funcionamiento. El caso de la Discoteca "Calle Ocho"].

Fecha de Resolución: 11 de julio de 2005

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 11 de agosto de 2005

Resumen: En esta causa el Tribunal Constitucional estableció que no se puede utilizar indiscriminadamente el proceso de amparo para solicitar el otorgamiento de licencias de funcionamiento de locales públicos, toda vez que esta función recae exclusivamente en las municipalidades y es parte de sus atribuciones constitucionales.

De esta forma, el Colegiado puso coto a las innumerables situaciones en que discotecas, hoteles, locales públicos, entre otros, desarrollaban sus actividades gracias a amparos judiciales sin respetar las inspecciones, estudios técnicos e informes especializados que sólo las municipalidades están en capacidad de realizar.

El demandante, básicamente alegó que se estaba vulnerando su derecho a la libertad de empresa, al debido procedimiento administrativo, a la cosa juzgada y el derecho al trabajo. Por ello, el Tribunal estableció que la libertad de empresa, derecho estrictamente relacionado con la posibilidad de funcionamiento de una persona jurídica, contiene como parte de su contenido constitucionalmente protegido el acceso al mercado, bajo un principio de libre iniciativa. Sin embargo, su funcionamiento está sujeto a límites y uno de ellos es que se cuente con licencia de funcionamiento. Sólo con el cumplimiento de esta condición se podrá aceptar la titularidad de este derecho. En caso de que no se cuente con licencia, la empresa no tendrá legitimidad activa para demandar vía amparo, pues es la municipalidad el órgano constitucional que debe analizar cuándo debe otorgarse, o no, tal licencia.

En la demanda planteada se solicitaba que, a través de un amparo, se otorgue la licencia de la Discoteca "Calle Ocho", por lo que el Tribunal consideró improcedente la demanda, de conformidad con los argumentos expuestos. Sin perjuicio de ello, el Tribunal ingresó a analizar las particularidades del caso, estableciendo que se debió respetar la moral pública (la discoteca no cumplió con los requisitos urbanos de un Centro Histórico y no reconoció los derechos de los adolescentes, al permitir el ingreso de menores de edad y al estar ubicada muy cerca de centros educativos); la salud pública (la discoteca no contaba con medidas mínimas de salubridad, y hasta se la acusaba de realizar contaminación acústica); y la seguridad pública (la discoteca no tenía las medidas de seguridad necesarias).

Pese a la evidencia de tales irregularidades, la empresa argüía que como ya contaba con licencia provisional (otorgada vía amparo) la Municipalidad de Lima debía otorgarle obligatoriamente la licencia definitiva, lo cual destacaba el Tribunal es inadmisibles en un Estado Constitucional de Derecho.

De esta forma el Tribunal mediante una interpretación armónica de las disposiciones constitucionales pertinentes destacó la competencia de las municipalidades en cuanto a la expedición de licencias. Y que para tal otorgamiento no basta con el cumplimiento de requisitos formales, sino que inclusive debe ingresar a analizar si se vulneran determinados derechos fundamentales, todo ello a partir del reconocimiento de la eficacia directa de la Constitución.

Temas Claves: Autonomía municipal - contenido esencial de la libertad de empresa - contenido esencial del derecho al trabajo - derecho a la libre iniciativa privada - derecho a la salud - derecho al trabajo - economía social de mercado - eficacia horizontal de los derechos fundamentales - eficacia vertical de los derechos fundamentales - interés público - libertad de comercio - libertad de empresa - libertad de industria - licencias - moral pública - principio de supremacía constitucional.

EXP. N° 3330-2004-AA/TC

LIMA

LUDESMINIO LOJA MORI

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de julio de 2005, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular discordante del magistrado Bardelli Lartirigoyen

I. ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Ludesminio Loja Mori contra la resolución de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 1 de abril de 2004, que declara infundada la demanda de amparo de autos.

II. ANTECEDENTES

a. Demanda

Con fecha 20 de febrero de 2003, el recurrente interpone acción de amparo contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, la Dirección Municipal de Comercialización y Defensa del Consumidor, y la Dirección de Fiscalización y Control de la Municipalidad Metropolitana de Lima, solicitando que se deje sin efecto la Resolución de Alcaldía 19854, del 30 de diciembre de 2002, que declaró infundado su recurso de apelación; y la nulidad de la Resolución Directoral 1087, del 21 de noviembre de 2001; e infundada la nulidad del procedimiento de autorización municipal de funcionamiento de local comercial; y que, en consecuencia, reponiéndose las cosas al estado anterior, se declare la validez y vigencia de la Resolución de Alcaldía 38636, del 26 de diciembre de 2001, que ordenó la prosecución del trámite de autorización de funcionamiento de local comercial.

El recurrente, en su demanda, sostiene que la Municipalidad Metropolitana de Lima, tomando como base el Informe 177-2001-MML-DMCDC-DAME, de fecha 3 de julio de 2001, y el Informe 2081-2001-MML-OGAJ, de fecha 23 de agosto de 2001, emitió la Resolución de Alcaldía 38636, de fecha 26 de diciembre de 2001, la cual, al declarar fundado el recurso de apelación contra la Resolución Directoral 1087, de fecha 21 de noviembre de 2001 –que denegaba su petición de autorización de funcionamiento–, ordenó que continuara el trámite de la Autorización Municipal de Funcionamiento solicitado por el actor.

Agrega el demandante que la demandada, incurriendo en abuso de autoridad y arbitrariedad, anuló la Resolución de Alcaldía 38636, de fecha 26 de diciembre de 2001, transgrediendo los principios de legalidad y de conservación de los actos administrativos, toda vez que dicho acto constituía cosa decidida; además, alega que dicha resolución no le fue notificada.

Por otro lado, aduce que la inspección de su local comercial por la Municipalidad se realizó sin notificación previa, y que esta inspección generó el Informe 343-2002-MML-DMCDC, de fecha 12 de diciembre de 2003, el cual opinaba a favor de la improcedencia del otorgamiento de la autorización municipal, no obstante que los actos administrativos anteriores ya habían quedado firmes.

Finalmente, argumenta que la municipalidad no podía declarar la nulidad de la Resolución de Alcaldía 38636, de fecha 26 de diciembre de 2001, toda vez que la aplicación de controles posteriores, reservada para la autoridad administrativa, se aplica cuando se trata de comprobar la veracidad de la información presentada por él, y que el plazo para declarar la nulidad de los actos administrativos había vencido.

b. Contestación de la demanda

Con fecha 24 de marzo de 2003, la Municipalidad Metropolitana de Lima, representada por la abogada Hilda Aurora Coronado Roque, se apersona al proceso y solicita que se declare improcedente la demanda de amparo, alegando que la Resolución de Alcaldía 38636, cuya vigencia y validez pretenden, solo autorizó el trámite de otorgamiento de Licencia de Funcionamiento, mas no la entrega de la misma.

Señala que el accionante ha equivocado el petitorio, porque no se puede solicitar en vía de amparo que se deje sin efecto resoluciones administrativas, por ser necesaria una etapa probatoria, máxime si la Resolución de Alcaldía 19854, cuya nulidad se solicita, ha sido emitida conforme a ley, por cuanto el accionante apeló la Resolución Directoral 1087.

Refiere que el trámite rutinario para el otorgamiento de licencia de autorización de funcionamiento supone la verificación por parte de la Administración del cumplimiento de todos los requisitos, para lo cual, en el caso de autos, se realizó la inspección del local bajo la forma de operativo, el mismo que nunca es comunicado a ningún administrado dado el elemento sorpresa que es concomitante a su naturaleza, contado siempre con la presencia del fiscal. Es así que, conforme se recoge en los Informes 237 y 1818-2002-MML-OGAJ, se encontró que el local comercial ubicado en el jirón Washington 1265, Cercado de Lima, estaba funcionando y que en su interior había un grupo de menores de edad, lo que no solo fue comprobado por los inspectores municipales, sino por el fiscal; que, además, se comprobó la modificación del local, lo que no concordaba con los documentos presentados en el trámite de la licencia; que el trámite de atención a los clientes contraviene lo dispuesto en el literal f) del artículo 7 de la Ordenanza 235-MML; que los boletos de ingreso no habían sido enumerados; que el personal encargado del expendio de bebidas no contaba con carné de sanidad, infringiendo el artículo 8°, literal c, de la Ordenanza 235-MML; que la ubicación del local incumple el artículo 6 de la Ordenanza 235-MML, por encontrarse a menos de 150 metros lineales del centro de enseñanza; y que existe oposición de los vecinos,

por cuanto este tipo de establecimientos comerciales los perjudica de manera directa.

Finalmente, señala que la Ley 23853, Ley Orgánica de Municipalidades, en sus artículos 115 y 199, faculta a la demandada para sancionar, multar, y ordenar la clausura transitoria y definitiva de edificios o establecimientos cuando su funcionamiento esté prohibido legalmente y constituya peligro, o sean contrarios a las normas reglamentarias o produzcan olores, humos, ruidos u otros daños perjudiciales para la salud o tranquilidad del vecindario.

c. Resolución de primera instancia

Con fecha 15 de mayo de 2003, el Trigésimo Séptimo Juzgado Civil de Lima declara fundada, en parte, la demanda por afectación al debido procedimiento, y que, en consecuencia, se deje sin efecto la Resolución de Alcaldía 19854, del 30 de diciembre de 2002, debiéndose emitir una nueva resolución observando los términos de la sentencia; e infundada en el extremo de retrotraer todo lo actuado a la vigencia de la Resolución de Alcaldía 38636.

Los fundamentos fueron los siguientes:

i. La cuestionada Resolución de Alcaldía 19854, de fecha 30 de diciembre de 2002, fue emitida para resolver dos recursos de apelación, cuyo trámite implica una apreciación eminentemente jurídica, es decir, sobre derecho. Sin embargo, antes de su expedición, se ordenó la 'actualización de información' existente, lo que provocó la inclusión en el procedimiento de nuevos elementos que fueron tomados en cuenta decisivamente para la emisión del pronunciamiento. En un primer momento, por la Resolución de Alcaldía 38636 se declara haber cumplido todos los requisitos, mientras que en la Resolución de Alcaldía 19854, materia de acción, se consideran nuevos elementos no previstos. De esta forma se ha afectado el principio de predictibilidad, al seguirse un trámite no previsto en la norma; y el principio de doble instancia, pues los nuevos elementos obtenidos no pueden ser materia de revisión por una nueva autoridad.

ii. El procedimiento para la obtención de la Licencia de Funcionamiento Municipal es un procedimiento eminentemente declarativo, previsto como tal, en el cual se verifica únicamente el cumplimiento de los requisitos exigidos para la expedición de la licencia. No obstante, la cuestionada resolución se sustentó en elementos que corresponden a un proceso sancionador, en el que el accionante no tuvo posibilidad de ofrecer descargo alguno ni la posibilidad de subsanar la infracción cometida. La demandada alude a una entidad que ya se encuentra en funcionamiento y no al cumplimiento de requisitos preestablecidos.

iii. La Resolución de Alcaldía 38636 fue declarada nula por Resolución de Alcaldía 6604, que no es materia de la presente demanda, por lo que no puede ampararse el petitorio en este extremo.

d. Resolución de segunda instancia

Con fecha 1 de abril de 2004, la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declara infundado el extremo de la demanda que pretende la inaplicabilidad de la precipitada Resolución de Alcaldía.

Los siguientes fundamentos:

i. La Resolución de Alcaldía 6604, del 11 de marzo de 2002, que declara la nulidad de los actos derivados de la Resolución Directoral Municipal 1087, fue emitida dentro del plazo establecido en el artículo 110 del Decreto Supremo 02-94-JUS, aplicable al expediente administrativo del demandante en virtud de la Primera Disposición Transitoria de la Ley 27444, en atención a haberse prescindido de las normas esenciales del procedimiento, al no existir notificación de la Resolución 1087 a los vecinos que habían formulado oposición a la solicitud del actor destinada a obtener la autorización respectiva para el funcionamiento del local ubicado en jirón Washington 1265, Lima.

ii. La Resolución de Alcaldía 6604, del 11 de marzo de 2002, fue debidamente notificada al demandante, apreciándose del cargo que obra a fojas 63, que este se negó a recibirla.

iii. De conformidad con la Ley 23853, Ley Orgánica de Municipalidades, la demandada es competente para agotar los mecanismos que, a su entender, permitan obtener certeza respecto al carácter procedente de la autorización solicitada por cualquier administrado, lo cual, como es evidente, en el caso de autos, comprendía la visita inspectiva cuestionada por la parte actora, la misma que estando a su finalidad, debía ser realizada en forma intempestiva.

III. CUESTIONES PRELIMINARES

A. DATOS GENERALES

1. Violación constitucional invocada

La presente demanda fue presentada por Ludesminio Loja Mori contra la Municipalidad Metropolitana de Lima.

El acto lesivo se habría producido con la expedición de la Resolución de Alcaldía 19854, que declaró infundado el recurso de apelación del recurrente.

2. Petitorio constitucional

El demandante ha alegado afectación de los derechos constitucionales al debido proceso (artículo 139, inciso 3), a la cosa juzgada (139, inciso 13), al trabajo (artículo 2, inciso 15) y a la libre empresa (artículo 59).

Se ha solicitado lo siguiente:

- Que se deje sin efecto la Resolución de Alcaldía 19854, que declara infundado el recurso de apelación del recurrente.

- Que se declare la nulidad de la Resolución Directoral 1087.

- Que se declare la validez y vigencia de la Resolución de Alcaldía 38636, que ordena se prosiga con el trámite de autorización de funcionamiento de local comercial.

B. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS

3. El parámetro para resolver

Otro tema que merece ser analizado por este Tribunal está referido a establecer un canon interpretativo constitucional que sirva de parámetro para determinar si la actuación municipal en el caso concreto ha sido conforme o no a la Constitución.

Según el artículo 79 del Código Procesal Constitucional, "para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona".

Por tanto, como parte del desarrollo de la Constitución, se han dado una serie de normas que aparecen como pertinentes dentro del presente proceso en virtud de que su aplicación permite la vigencia de las normas constitucionales.

4. El reconocimiento del bloque de constitucionalidad

Relacionando y armonizando la Constitución y el ordenamiento jurídico nacional, se puede entender como bloque de constitucionalidad todo el conjunto de disposiciones que deben ser tenidas en cuenta para apreciar los vicios de constitucionalidad de una ley sujeta a su control.

Como ya lo ha venido señalando este Colegiado, en el fundamento 10 de la Sentencia del Expediente 002-2005-PI/TC, Caso Miguel Ángel Mufarech y más de cinco mil ciudadanos, "el Tribunal Constitucional debe analizar la presente demanda a partir de un canon interpretativo integrado por las normas de la Constitución, y en tanto desarrollan su contenido, diversos tipos de normas".

Cabe hacer una diferenciación entre las diversas normas que van a ser utilizadas en el presente caso. Tal como se podrá apreciar en las siguientes líneas, solamente tendrán valor para el caso concreto aquellas emitidas antes del 29 de marzo del 2001, fecha en que el demandante solicitó ante la autoridad municipal, en vía de regularización, la licencia definitiva para su local.

5. El reconocimiento del bloque de constitucionalidad

Sobre la base de lo que señala el artículo 103 de la Constitución, "la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte", se puede entender, rescatando lo que señalara la Primera Disposición Transitoria, acápite 1, de la Ley 2744, Ley de Procedimiento Administrativo General, que "los procedimientos administrativos

iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley, se registrarán por la normativa anterior hasta su conclusión".

Una norma legal de este tipo tendrá eficacia plena si se toma en consideración que, tal como lo desarrolla el artículo 109 de la Constitución, "la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial".

Sin embargo, tomando en consideración la vocación vinculante de la presente sentencia, se va a realizar un análisis haciendo hincapié en la normatividad que resulte aplicable en la actualidad, a fin de poder ilustrar cómo debe resolverse en un caso que se presente en estos momentos.

6. Las normas a ser utilizadas en la presente sentencia

A continuación se analizarán las principales normas que se utilizarán respecto al desarrollo constitucional, y en las que no sean de aplicación al caso concreto, por ser ilustrativas de la situación actual, se hará referencia especial:

- Sobre las *competencias municipales en general*, la Ley 23853, Ley Orgánica de Municipalidades, de 1984; el Decreto Legislativo 776, de 1993; en la actualidad, la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, del 2003.

- Sobre los *procedimientos administrativos de otorgamiento de licencia*, el Decreto Legislativo 705, Ley de Promoción de Microempresas y Pequeñas Empresas, de 1991 (aplicable especialmente para la licencia de funcionamiento provisional); el Decreto Legislativo 720, de 1992; la Ordenanza 235-MML, ordenanza que reglamenta el funcionamiento de establecimientos públicos de esparcimiento (baile, recreación y diversión denominados salones de baile, discotecas y/o similares, cabaré, *grill, boite*) en el Cercado de Lima, de 1999; la Ley 27268, Ley General de la Pequeña y Microempresa, del 2000; la Ordenanza 282-MML, ordenanza que regula el otorgamiento de Licencia de Apertura de Establecimiento, Certificados de Aptitud del Local y de Calidad del Negocio, del 2000; en la actualidad, Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, del 2001; la Ley 28015, Ley de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa, del 2003.

- Sobre la *protección de los niños y adolescentes*, Declaración de los Derechos del Niño, de 1959; la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989; la Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes, del 2000.

- Sobre el *control de la salud y salubridad*, la Ordenanza 015-MML, Ordenanza para la supresión y limitación de los ruidos nocivos y molestos, de 1986; el Decreto Legislativo 613, Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, de 1990; la Ley 26842, Ley General de Salud, de 1997; el Decreto Supremo 007-98-SA, Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas, de 1998.

Por más cambios infraconstitucionales que hayan existido, la vigencia de la Constitución de 1993 es igualmente

reconocida, y la argumentación presentada en la presente sentencia debe seguir siendo la misma. Es decir, por más que las normas hayan variado desde el 2001, el razonamiento constitucional no puede variar porque la Constitución no lo ha hecho.

C. NORMA PROCESAL APLICABLE

7. La aplicación inmediata del Código Procesal Constitucional

Antes de entrar al fondo del asunto, es necesario determinar cuál es la norma procesal aplicable al presente caso.

Según la Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional, que rige desde el 1 de diciembre del año 2004, "las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado".

Por tanto, en el presente caso, es de preferencia la utilización del Código Procesal Constitucional porque su aplicación no tiene relación alguna con los supuestos de excepción y no termina afectando derechos del demandante. Por tanto, se aplicarán las normas procesales de tal código, al ser su empleo de carácter inmediato y ser más convenientes para resolver los cuestionamientos existentes en el proceso en curso.

D. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

8. Análisis

En atención a la importancia de los temas a ser tratados en la presente sentencia, se procederá a analizar sus naturalezas e implicancias desde una perspectiva general. Por tal motivo, la resolución que se está dictando debe explicar las siguientes cuestiones:

- ¿Resulta legítima la afectación de los derechos fundamentales del demandante con relación al funcionamiento de la discoteca Calle Ocho? En tal supuesto, se debe analizar:

- ¿Cuál es el contenido del derecho a la libertad de empresa?

- ¿El análisis del acceso al mercado es parte de la libertad de empresa?

- ¿Cómo se relaciona, desde la perspectiva constitucional, la libertad de trabajo y la libertad de empresa?

- ¿Se puede supervisar o controlar el ejercicio de la libertad de empresa en virtud de bienes jurídicos constitucionales? Es menester de este Colegiado, por tanto, explicar:

- La moral pública como límite de la libertad de empresa.

- La salud pública como límite de la libertad de empresa.

- La seguridad pública como límite de la libertad de empresa.

- ¿Cómo se integran legítimamente el ejercicio de la libertad empresarial de la discoteca Calle Ocho con la obligación de la Municipalidad Metropolitana de Lima de garantizar la certeza en los servicios de recreación en la comunidad? En tal sentido,

- ¿Cómo se presentan los límites entre tales derechos?

- ¿Cuál es la competencia municipal para realizar tal ponderación de derechos?

- ¿Bajo qué condiciones se entregará una licencia de funcionamiento?

IV. FUNDAMENTOS

9. La relación entre derechos fundamentales

La realización del Estado constitucional y democrático de derecho solo es posible a partir del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de las personas. Es que estos derechos poseen un doble carácter: son, por un lado, derechos subjetivos; pero, por otro lado, también instituciones objetivas valorativas, lo cual merece toda la salvaguarda posible.

En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional.

Sobre esta base, es interesante partir asumiendo que "el Estado en cuanto totalidad no es una suma de elementos disgregados, sino una unidad individual, una totalidad que se halla determinada por la concreción de valores sustantivos en situaciones históricas determinadas"^[1].

Por tanto, en la presente sentencia van a analizarse las cuestiones más relevantes respecto a los derechos fundamentales en juego, tanto de la parte demandante como de la colectividad, estando estos últimos protegidos por la municipalidad.

A. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA

10. Si el amparo no protege derechos vulnerados es improcedente

El demandante, como propietario de una discoteca, al concluir la argumentación de su pedido, llega a alegar que "siendo la acción de amparo un mecanismo de protección para el ciudadano, contra las arbitrariedades preanotadas en los puntos precedentes y resultando evidentes las afectaciones aludidas, es indiscutible la Tutela

Jurisdiccional Efectiva, para que se repongan las cosas al estado anterior del acto cuestionado, pues es de advertir de los propios considerando de la resolución de alcaldía cuestionada, que se ha dictado sin sujeción a normas administrativas de carácter y cumplimiento obligatorio como los vicios preanotados, toda vez que las facultades que otorga la Ley Orgánica de Municipalidades, no pueden ser ejercidas de un modo absoluto y arbitrario, ajenos al Principio de Razonabilidad, pues si no se convierten en ilegítimas e injustas como en el presente caso que, con la adopción de decisiones facilistas, lo único que grafican es apresuramiento y violación de los legítimos derechos de los administrados, obligándonos a recurrir a sede Constitucional"¹²³.

De esta forma, advierte la supuesta afectación de derechos fundamentales de los cuales es titular, por intermedio de normas infraconstitucionales. Sin embargo, este Colegiado debe llegar a determinar la validez de los derechos invocados sobre la base de uno esencial, cual es la libertad de empresa, a fin de establecer su verdadera dimensión, en la que se deben anotar los límites a su contenido accidental.

El Tribunal Constitucional aprecia la limitada argumentación jurídica de parte del demandante respecto a cómo se ha producido la supuesta afectación de la libertad de empresa, y subsecuentemente del derecho al trabajo y del derecho al debido procedimiento administrativo, por ser elementos esenciales en la protección que está solicitando. La postulación de una vulneración no puede presumirse, sino que debe demostrarla quien la alega.

En caso de no existir un verdadero derecho que proteja al recurrente, la demanda será declarada necesariamente improcedente, tal como se analizará más adelante.

§1. Libertad de empresa y ejercicio constitucional

11. Configuración constitucional del derecho a la libertad de empresa

La libertad de empresa se manifiesta como el derecho de las personas a elegir libremente la actividad ocupacional o profesional que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual.

Ello es así, por una parte, en la medida en que la Constitución, en su artículo 59, reconoce que "el Estado garantiza [...] la libertad de empresa, comercio e industria".

De otro lado, porque la libertad de empresa se incardina dentro de la libertad de trabajo, el cual, a su vez, es una manifestación del derecho fundamental al trabajo.

Es así como este Colegiado, en la Sentencia del Expediente 0018-2003-AI/TC, Caso Más de cinco mil ciudadanos, manifiesta que "la expresión 'empresa' alude a una actividad económica organizada para los fines de la producción o el cambio de bienes y servicios y entre sus elementos constitutivos se considera a la organización y la dirección, a los cuales se suman los bienes, el capital y el trabajo".

12. Libertad de empresa como parte de la economía social de mercado

Sobre la base de la configuración constitucional de la libertad de empresa, es básico señalar que en la libertad de empresa no se encuentra "una relación de causa a efecto, como ocurre, por ejemplo, con el derecho a la propiedad cuyo ejercicio se condiciona al cumplimiento de una función social, sino una cualificación o valoración del propio ejercicio en sentido positivo o valorativo"¹²⁴.

Según está dispuesta la libertad de empresa, esta también está en relación directa con la función social que debe cumplir. Y asume este objetivo por ser parte de un sistema como el de la economía social de mercado, arquetipo que, tal como se presenta en el país, se exhibe como "un esquema intermedio en que el Estado tiene la facultad de intervenir con el fin de velar por la conservación y el buen funcionamiento del mercado, así como de superar y corregir las desigualdades sociales existentes [...] para hacer realidad el fin último de la Constitución: la consecución del bienestar general"¹²⁵, siendo este también el fin al cual debe atenerse la libertad empresarial.

Al respecto, no hay que olvidar que este Colegiado ha explicado con claridad, como parte del fundamento 16 de la Sentencia del Expediente 0008-2003-AI/TC, Caso Más de cinco mil ciudadanos, cuál es el verdadero significado constitucional de la forma de la economía social de mercado, pues "dado el carácter 'social' del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos".

13. Contenido de la libertad de empresa

Ahora bien, el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipos de libertades¹²⁶, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho.

- En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado, tema que será materia de un mayor análisis *infra*.

- En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros).

- En tercer lugar, está la libertad de competencia.

- En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno.

De otro lado, la libertad de empresa está íntimamente relacionada con las libertades de comercio y de industria. La primera consiste en la facultad de elegir la organización

y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Tal libertad presupone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal. Por su parte, la libertad de industria se manifiesta en la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos.

14. La libertad empresarial a través de una discoteca

Poner en funcionamiento una discoteca es una de las formas en que una persona puede ejercer su derecho a la libertad de empresa. En este punto, este Colegiado concuerda con el fundamento esgrimido por el demandante con respecto a la discoteca Calle Ocho.

En tal sentido, en la normatividad municipal (artículo cuarto de la Ordenanza 235-MML), se entiende que una discoteca es un "establecimiento acondicionado especialmente para reuniones donde se realizan bailes públicos y espectáculos en vivo, pudiéndose expender bebidas alcohólicas, refrescos y comidas, abonándose o no derecho de ingreso".

Una cuestión respecto a la discoteca misma. A través del presente amparo, por más que se esté permitiendo analizar el pedido de licencia de funcionamiento definitiva, se va a tener que examinar cuál es la actividad real que realiza la discoteca, pues esta sí se ha encontrado funcionando en los últimos años gracias a un mandato judicial. Es más, la presente sentencia se sustentará en la constatación fáctica de los operativos del local de baile cuestionado, que fuera realizada tanto por la propia municipalidad demandada, en un operativo conjunto entre la Fiscalía y la Policía Nacional, como del propio Ministerio Público.

15. Legitimidad activa para demandar en amparo y titularidad de la licencia de funcionamiento

Antes de seguir avanzando en el desarrollo de este tema, se debe hacer un comentario especial acerca de un hecho que merece la atención de este Colegiado.

Según consta en el artículo 17, acápite c, de la Ordenanza 282-MML, no es posible que exista licencia de apertura "cuando se constate que el establecimiento es conducido por persona distinta al titular, disponiendo la clausura del establecimiento".

En este punto es interesante rescatar lo que se pudo encontrar en la inspección realizada por la municipalidad a la discoteca. Según se observa, en el tique de ingreso aparece un titular distinto al que ha presentado la presente demanda de amparo, tal como consta en la verificación realizada por la parte demandada: "La presente inspección se produjo en forma anónima, ingresando al establecimiento por el cual se abonó el derecho correspondiente (S/. 3,00), entregándose tickets

a nombre de Mariela Isabel Flores Zapata con RUC 10256833714, y no a nombre del recurrente"⁶⁴.

Si bien el Amparo se sustenta en el hecho de que es el demandante quien ha iniciado el procedimiento de otorgamiento de licencia en sede municipal, no es actualmente el que está ejerciendo el control de tal establecimiento. Es más, hay que reconocer que cabe la posibilidad de ceder el uso del local para el cual está tramitando una licencia.

Sin embargo, esta cuestión de admisibilidad debe ser considerada perfeccionada con la sola presentación de los documentos que acreditan el inicio del procedimiento municipal por parte del recurrente, y su posible afectación en tanto promotor de un trámite administrativo.

§2. Libertad de empresa y libre iniciativa privada

16. Libertad de empresa y creación de empresa

Como bien se señala constitucionalmente, en el artículo 58, "la iniciativa privada es libre".

Sobre esta base, y relacionándola con la estudiada libertad de empresa, el acceso al mercado empresarial aparece como la capacidad de toda persona de poder formar una empresa y que esta funcione sin ningún tipo de trabas.

La creación de empresas no significa que al titular del derecho no se le pueda exigir requisito alguno, pues si la naturaleza de su actividad así lo requiere, es imprescindible que se reconozca lo que razonablemente sea necesario.

En este marco, tal como lo señala el artículo 195, inciso 8, de la Constitución, es imprescindible reconocer que las municipalidades son competentes para "regular actividades y/o servicios en materia de recreación", y es sobre esta base en que se ejercida la libertad de empresa. Solo podrá existir un verdadero derecho a la libertad de empresa si es que para abrir del rubro de recreación, existe una previa intervención municipal, según la Constitución le ha reconocido.

17. Libertad de empresa en el caso del funcionamiento de las discotecas

Legalmente se ha establecido que las municipalidades pueden otorgar licencias a todo aquel que realice actividades sujetas a fiscalización o control municipal cuando cuenten con autorización legal expresa para ejercer dicha función, tal como se observa del artículo 68, inciso e, del Decreto Legislativo 776. En ese sentido la demandada ha actuado de acuerdo con las atribuciones y facultades que le otorga la ley.

Se reconoce que si bien las municipalidades pueden y deben supervisar las actividades económicas y de servicios, el otorgamiento de licencias de funcionamiento tiene carácter reglado y su concesión o denegación no queda a la discrecionalidad del ente competente, sino que se desenvuelve en estricto examen de legalidad (previsto en el artículo IV punto 1.1, de la Ley del Procedimiento Administrativo General) y del cumplimiento de los

requisitos previstos por las normas en la materia, conforme a las disposiciones constitucionales.

Es en ese sentido que conviene considerar, en el marco de las funciones que a este Tribunal le corresponde desempeñar, la posible incidencia que este tipo de establecimientos tiene en la integridad real y efectiva de los derechos fundamentales de los vecinos, de los niños y adolescentes y de los ciudadanos, discerniendo lo que estrictamente afecta a los derechos fundamentales protegibles en amparo de aquellos otros derechos constitucionales que tienen su cauce adecuado de protección por vías distintas.

18. La protección de los usuarios en el otorgamiento de las licencias

La tutela adecuada de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios implica la expedición de directivas, el establecimiento de procedimientos administrativos, la aplicación de las leyes y reglamentos de conformidad con los derechos fundamentales, entre muchos otros factores a tomarse en consideración, tal como lo reconocido este Colegiado en el fundamento 14 de la STC 0858-2003-AA/TC, Caso Eyler Torres del Águila.

Es más, sobre la base del artículo 65 de la Constitución, este Colegiado ha creído conveniente considerar en la Sentencia del Expediente 0008-2003-AI/TC que el "el Estado mantiene con los consumidores o usuarios dos *obligaciones genéricas*; a saber: a) Garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles. b) Vela por la salud y la seguridad de las personas en su condición de consumidoras o usuarias.

Ahora bien, pese a que existe un reconocimiento expreso del derecho a la información y a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores o usuarios, estos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tuitividad consagrada en la Constitución. Es de verse que en la Constitución existe una pluralidad de casos referidos a ciertos atributos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen un *numerus apertus* a otras expresiones sucedáneas".

Regresando al caso de autos, el recurrente debía cumplir cada uno de los requisitos exigidos para otorgársele la licencia: una solicitud, el certificado de zonificación y el de compatibilidad de uso. Pero, ¿es realmente necesario analizar si se cumplieron cumplió tales requisitos? La respuesta a tal afirmación debe darse con ciertas precauciones, pero analizándola desde un punto de vista constitucional, y no estrictamente administrativo, la misma que será encontrada en las siguientes líneas.

19. El problema del otorgamiento de licencia

Según lo ha expresado claramente el demandante, tras la denegatoria de la municipalidad demandada de otorgarle la licencia de funcionamiento, "la entidad edilicia [...]

emitió la Resolución de Alcaldía N° 38636 del 26.12.01, en la cual al declarar FUNDADO mi recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 1087 del 21.11.01, que denegaba mi petición de Autorización de Funcionamiento ORDENÓ que se remitan los actuados a la Dirección de Comercialización y Defensa del Consumidor, ahora demandada, a fin de que prosiga con el trámite de Autorización Municipal de Funcionamiento [...] habiendo quedado consentido dicho acto administrativo y al encontrarme a la espera del otorgamiento de la Licencia respectiva, la Municipalidad demandada [...] ha procedido a ANULAR LA Resolución de Alcaldía N° 38636 del 26.12.01 [...] cuando ya era COSA DECIDIDA, inobservando el Principio de Conservación de dicho acto administrativo, [...] pues en todo caso de haberse omitido alguna notificación, se podía haber ordenado que se rehaga la notificación subsanatoria, sin perjudicar al administrado"^[2].

Entonces, si bien para el demandante la municipalidad termina afectando claramente su derecho al debido procedimiento administrativo, debe establecerse en qué parte del procedimiento se encuentra actualmente, para poder determinar la procedencia o no de su pedido. Para mejor resolver, es imprescindible hacer una escisión entre lo que significa solicitar una decisión provisional y una definitiva en la Administración.

Para clarificar este tema, este Colegiado ha llegado a señalar en el fundamento 9 de la Sentencia del Expediente 2002-2003-AA/TC, Caso Lizardo Canales Motta, que existen "las licencias provisionales, que se otorgan mientras la municipalidad evalúa los requisitos de las normas técnicas".

20. El trámite de una supuesta licencia provisional

En octubre de 1997, se inicia el procedimiento para el otorgamiento de licencia provisional de local ubicado en el jirón Washington 1265, tras la solicitud presentada por el recurrente, signándose como Expediente 703062. Pese a la existencia del Certificado de Zonificación 1688, de abril de ese año, en el que se da la conformidad del local, también existe el informe de inspección ocular, realizado el mismo mes, que desapruueba el local por el déficit en los servicios higiénicos y por no cubrir la distancia exigible a determinados hitos urbanos (200 metros).

Por tanto, la Resolución Directoral Municipal 2369 declara improcedente la licencia provisional, disponiendo la clausura definitiva del local, sobre la base de no acreditar el certificado de compatibilidad de uso. Frente a tal decisión, el demandante interpone demanda de amparo, la misma que es resuelto definitivamente a través de la sentencia emitida por la Sala Transitoria Especializada en Derecho Público de la Coarte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente 399-97, declarándola fundada, pues consideraba a la resolución como abusiva porque el recurrente sí contaba con certificado de compatibilidad de uso del local.

Tras las opiniones favorables de los informes 444-2001-DMCDC-DAM (local se encuentra en

condición de aceptable), 574-2001-DMCDC-DAMF-MC (se presentó toda la documentación requerida), 177-2001-MML-DMCDC-DAMF (solo se requiere Certificado de Zonificación Conforme, y no existe ubicación de local de estudio a menos de 200 metros) y 2081-MML-OGAJ (debe reiniciarse el procedimiento), la Alcaldía de Lima emite la Resolución de Alcaldía 38636, de diciembre del 2001, que declara el reinicio del trámite de licencia provisional.

21. La discutida existencia de una licencia provisional en el trámite municipal para el funcionamiento de discotecas

En términos generales, una licencia provisional es aquella por la cual se hace una solicitud que cumpliendo los requisitos es condición suficiente para ser otorgada. Pero, ahora es conveniente determinar si esta categoría también puede ser aplicada al caso del funcionamiento de las discotecas.

Según alega el propio demandante, cuando se inició el trámite de licencia de funcionamiento provisional en 1997, estaba sujeto a la siguiente regla, según el artículo 11 de la Ley de Promoción de Micro Empresas y Pequeñas Empresas¹⁸¹: "Con la sola presentación de la Solicitud Simplificada de Licencia Municipal de Funcionamiento se considerará como otorgada una Licencia Municipal de Funcionamiento Provisional, con validez de doce (12) meses a partir de la fecha de presentación de la misma, período dentro del cual el Municipio Distrital hará las verificaciones y evaluaciones correspondientes para otorgar o denegar la Licencia Municipal de Funcionamiento con carácter definitivo, una vez vencido dicho plazo.

Sólo se considerará otorgada la Licencia Municipal de Funcionamiento Provisional, cuando la actividad que se pretenda desarrollar en el correspondiente local, no contravenga la normatividad sobre zonificación y compatibilidad de uso"¹⁸².

Entonces, pese a que se reconoce la posibilidad del silencio administrativo positivo, se requieren condiciones básicas para que la licencia provisional sea entregada.

Similar a lo anterior, aunque no completamente coincidente, las normas municipales actualmente vigentes (artículos 28 y 29 de la Ordenanza 282-MML) declaran que "para obtener automáticamente la Licencia Provisional, se requiere cumplir con: a) Zonificación conforme. b) Solicitud Declaración Jurada. c) Pago de los derechos respectivos", aunque "sólo pueden acogerse los que cumplan con la clasificación de pequeña y microempresa, y no están considerados en esta modalidad los establecimientos de juego, baile y recreación, ni aquellos que expendan sólo bebidas alcohólicas"¹⁸³.

Sin embargo, ¿en el caso de las discotecas se puede sostener que pueden existir licencias de funcionamiento 'provisionales'? En toda entidad comercial cuyo giro tenga relación directa con la vida y el respeto de la dignidad de la persona no puede considerarse válida la

existencia de una licencia 'provisional', puesto que el carácter tuitivo de derechos fundamentales demanda de la autoridad municipal que realice todas las inspecciones tendientes a determinar si se otorga o no una licencia. Provisionalmente, se podrá 'autorizar' el funcionamiento mientras que el trámite iniciado concluya en sede administrativa.

Es más, también se debe discutir la utilización de la Ley de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa como marco jurídico adecuado para el otorgamiento o no de una licencia referida a una discoteca. Para ello se debe tomar en consideración que una ley de este tipo, como lo señala el propio artículo 1 de la actual Ley 28015, "tiene por objeto la promoción de la competitividad, formalización y desarrollo de las micro y pequeñas empresas para incrementar el empleo sostenible, su productividad y rentabilidad, su contribución al Producto Bruto Interno, la ampliación del mercado interno y las exportaciones, y su contribución a la recaudación tributaria".

22. La clausura de un local

De otro lado, para que se clausure un local, la municipalidad debe realizar su actuación sobre la base de lo que ordena la ordenanza respectiva. Por eso este Colegiado ha señalado en el fundamento 5 de la Sentencia del Expediente 2728-2004-AA/TC, Caso Carola Villanueva Arbieto y otro, que "en cuanto a la ordenanza cuestionada, este Tribunal considera que no vulnera ningún derecho constitucional de los demandantes, puesto que ha sido emitida en virtud de la autonomía municipal y conforme a las competencias que la Constitución reconoce a las municipalidades".

Es decir, solamente se puede ordenar la clausura de un local si se ha incurrido en alguna de las causales de aplicación de sanción de clausura definitiva, tal como lo prevé el artículo decimocuarto de la Ordenanza 235-MML: "a) Permitir el consumo o venta de drogas. b) Permitir el ejercicio de la prostitución. c) No reunir las condiciones técnicas establecidas para el funcionamiento de locales públicos a los cuales se refiere el Artículo Sexto. d) Funcionar sin contar con Autorización Municipal de Funcionamiento. e) Reabrir el establecimiento que se encuentre clausurado. f) Las señaladas en el artículo Décimo Tercero siempre que sean reiteradas".

Sin embargo, debe considerarse como válida la emisión de una orden de clausura cuando el peticionante que solicita una licencia provisional no cumple los requisitos exigidos, como lo realizó la Municipalidad Metropolitana de Lima con la Resolución Directoral 2369, de agosto de 1997. De hecho, la sanción de clausura depende del otorgamiento o no de la licencia provisional.

Entonces, es recién con la sentencia de segunda instancia que se terminó configurando finalmente un otorgamiento judicial de la licencia provisional de la discoteca materia de la *litis*. En ningún momento, la Municipalidad Metropolitana de Lima otorgó tal licencia al demandante, sino

que fue un juez quien lo hizo. Es así como en tal sentencia se observa que, a consecuencia de la prohibición de la orden de clausura, subsecuentemente sigue en trámite la licencia de funcionamiento provisional: "la sanción impuesta[está] revista de arbitrariedad, toda vez que carece de sustento, al haberse acreditado que el actor sí contaba con el certificado de compatibilidad de uso de su local"¹²¹.

23. Funcionamiento posterior a la licencia provisional

Es más, siguiendo la argumentación del demandante, según se puede observar normativamente, todo recurrente cuenta, desde la fecha de la notificación, con doce meses para funcionar y para actuar con la 'licencia provisional', pues el artículo 12 de la Ley de Promoción de Micro Empresas y Pequeñas Empresas, de 1991, reconoce que "en el caso de que un Municipio Distrital, una vez vencida la licencia provisional otorgada en la forma que indica el artículo precedente, considere como no procedente el otorgamiento de la Licencia Municipal definitiva, notificará de su decisión a la Microempresa o Pequeña Empresa solicitante, otorgándole simultáneamente un período adicional de seis (06) meses durante los cuales podrá seguir funcionando en el mismo local"¹²².

Entonces, pese a lo discutible de la fórmula de la licencia de funcionamiento 'provisional' (este tema será materia de pronunciamiento más adelante), en el caso concreto, el plazo transcurrido en el procedimiento administrativo del caso concreto ha sido superado largamente (van casi siete años, desde la sentencia judicial, o, de igual forma, más de tres años, desde la Resolución de Alcaldía 38636), por más pedidos que sigan existiendo al respecto e informes municipales que la avalen¹²³.

Por tal motivo, el actual proceso de amparo debe versar básicamente sobre la legitimidad o ilegitimidad en el otorgamiento de la licencia de funcionamiento definitiva, pues ella es la constitutiva del derecho a la libertad de empresa, según el pedido realizado por el recurrente en marzo del 2001, independientemente de las supuestas afectaciones al debido procedimiento administrativo en el caso de la licencia provisional.

24. El respeto al debido procedimiento administrativo

Pese a lo explicado en las líneas precedentes, es imprescindible que se reconozca plenamente el debido procedimiento respecto al trámite iniciado por el recurrente, pero, como ya se señaló, no respecto al pedido provisional, sino exclusivamente sobre el definitivo.

Sobre la base de la Constitución que señala, en su artículo 139, inciso 3, como principio de todo proceso "la observancia del debido proceso", en las normas de procedimiento administrativo (artículo IV punto 1.2, de la Ley del Procedimiento Administrativo General) se ha venido a entender el principio del debido procedimiento, el mismo que significa que "los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho".

Sobre la base de este derecho constitucional, se debe analizar si en el caso concreto se ha visto afectado a través de la negativa de seguir considerando la licencia provisional como válida y por el no otorgamiento de la licencia definitiva. Sin embargo, deben hacerse algunas precisiones al respecto.

Recapitulando, se observa que en el procedimiento de otorgamiento de licencias pretendido por el demandante se pueden encontrar dos momentos claramente identificables. Uno referido a la licencia provisional, y otro referido a la definitiva. Y es justamente este último el que nos interesa en la presente sentencia y sobre la cual se hará referencia a lo largo de la misma.

Al respecto, no debe existir duda alguna de que la importancia de una licencia de funcionamiento provisional es importante pues permite el funcionamiento de un local en tanto la municipalidad hace los estudios, exámenes, inspecciones o cualquier acto conducente al análisis correcto respecto a la conveniencia o no del otorgamiento de la licencia definitiva. Por tanto, no puede aceptarse que, luego de una sentencia judicial, la Resolución de Alcaldía 38636, que simplemente señala el reinicio del procedimiento de licencia de funcionamiento, se encuentra obligando a la autoridad municipal a otorgar la licencia definitiva. Esta alocución no es para nada cierta. Justamente lo único que señala es que el trámite comienza. No dice nada más.

Por tanto, es improcedente que en sede constitucional se solicite la nulidad de las Resoluciones de Alcaldía 19854 y Directoral 1087, basándose en el efecto excesivo de la Resolución de Alcaldía 38636. Lo único que se realizó en su momento fue la autorización para la terminación de un trámite inconcluso. De esta forma, no puede sostenerse la afectación a la supuesta cosa juzgada alegada, por no tener sustento constitucional. Justamente, sobre la prosecución de tal trámite, este Colegiado debe pronunciarse.

25. La improcedencia del amparo presentado

Como se señalara *supra*, si un derecho fundamental no asiste al recurrente, la demanda será declarada necesariamente improcedente, en virtud de que, según el artículo 38 del Código Procesal Constitucional, "no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo".

Es más, es una causal de improcedencia del amparo, de acuerdo con el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, el hecho de que "existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado".

Como se ha podido analizar, no puede asumirse la afectación de un derecho fundamental como el de la libertad de empresa, en virtud de que este derecho no puede ser reconocido al demandante, al no tener la licencia correspondiente de parte de la autoridad municipal. Por tanto, si existen dudas acerca de

la actuación de los gobiernos locales al momento del otorgamiento o denegatoria de las licencias de funcionamiento, el afectado deberá recurrir a la vía contencioso-administrativa, salvo que sustente con claridad la afectación de un derecho fundamental.

26. Análisis del fondo respecto al pedido de licencia

Entonces, cuando el demandante asevera que “el procedimiento administrativo mediante el cual se materializa las decisiones de la administración municipal, la cual como hemos anotado anteriormente, está plagado de vicios que atentan contra derechos constitucionales”¹⁴⁴, se debe determinar con claridad cuál es la relación entre tales vicios y el pedido de licencia definitiva.

De ello se colige que la demanda de amparo ha versado exclusivamente sobre derechos supuestamente afectados a través del trámite de la licencia provisional.

Considera este Colegiado que existe sustracción de la materia, pues el pedido posterior de la licencia definitiva desdice tal argumentación. Por lo tanto, sólo se podrá analizar en la presente sentencia si la negativa de parte de la autoridad municipal de otorgarle la licencia de funcionamiento definitiva al recurrente constituye o no una afectación a su derecho a la libertad de empresa, en el extremo de la creación de empresa y acceso al mercado.

27. El reconocimiento de la autoridad municipal en el otorgamiento de la licencia

Este Colegiado, por más que reconoce la capacidad judicial de resolver las causas, debe solicitar a los magistrados que, en la medida de lo posible, reestablezcan la autoridad municipal y su autonomía funcional, para que otorguen las licencias de funcionamientos, según las competencias asignadas constitucionales.

Solo si es que existe un derecho fundamental vulnerado, puede intervenir judicialmente, pero debe evitarse la “amparización” de la resolución de problemas municipales, hecho al que contribuye el presente Código Procesal Constitucional.

El reconocimiento de la autoridad municipal en el otorgamiento de licencia se encuentra plenamente sustentada en la Constitución (artículo 195 incisos 4 y 8), y por el principio de interpretación de ‘corrección funcional’, un órgano jurisdiccional no puede interponerse en las competencias de otro ente con reconocimiento constitucional. Este el fin básico de la presente sentencia, que va a tratar de analizar el fondo del asunto, al margen de que se deba declarar improcedente.

§3. Libertad de empresa y libertad de trabajo

28. Conexión entre libertad de empresa y libertad de trabajo

Se ha señalado que el Estado no solo debe limitarse a garantizar el derecho de las personas de acceder a un puesto de trabajo o a proteger al trabajador frente al despido arbitrario, sino que, también, debe garantizar la libertad de empresa.

Entonces, en el caso concreto, y esta lógica se aplica a muchos de los pedidos de supuestos atentados contra el trabajo de los accionantes, se entiende que este es vulnerado si es que no se les permite ejercer su derecho a la libertad de empresa. Es decir, si al demandante no se le estaría permitiendo abrir su discoteca, tampoco se le estaría permitiendo trabajar. A pesar de este planteamiento, ¿a eso se refiere la norma constitucional cuando reconoce el derecho a la libertad de trabajo?

Por tanto, para este Colegiado (fundamento 4 de la Sentencia del Expediente 2633-2002-AA/TC, Caso Hilda Anaya Cárdenas), “aunque es cierto que toda persona tiene derecho a trabajar libremente, con sujeción a ley, no lo es menos que este derecho no es irrestricto y que debe estar sujeto al cumplimiento de las disposiciones de cada municipio, como en el presente caso, en el que para el inicio de una actividad comercial se deberá obtener previamente la licencia de funcionamiento respectiva; caso contrario, la Municipalidad tiene la facultad de clausurar el local y de sancionar”.

29. Configuración constitucional del derecho al trabajo y la libertad de trabajo

Tal como está previsto constitucionalmente, en el artículo 2, inciso 15, toda persona tiene derecho “a trabajar libremente, con sujeción a la ley”.

Es más, sobre la base del artículo 22 de la Constitución, se reconoce que “el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

Este es el marco que ha dotado la Norma Fundamental al derecho al trabajo, y sobre el cual se debe resolver el presente proceso.

30. Contenido del derecho al trabajo

Al respecto, este Colegiado ha señalado, dentro de la Sentencia del Expediente 1124-2001-AA/TC, Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL (fund. 12), que el contenido esencial de este derecho implica dos aspectos: por un lado, el de acceder a un puesto de trabajo; y, por otro, el derecho a no ser despedido sino por causa justa.

En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado.

El segundo aspecto se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo que medie una motivación justificada o se indemnice. Este ámbito de protección no es sino la manifestación de la especial protección que la Constitución confiere a los trabajadores frente a las eventuales decisiones arbitrarias por parte de los empleadores de dar por finalizada una relación jurídico-laboral. De ahí que la Constitución, en su artículo 27, haya señalado que “la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

31. Libertad de trabajo como parte del derecho al trabajo

Sin embargo, debe precisarse que el derecho al trabajo se manifiesta también en la libertad de trabajo (artículo 27 de la Constitución); es decir, en el derecho que poseen todas las personas "para elegir la profesión o el oficio que deseen"¹¹⁵¹.

Así, el Estado no solo debe garantizar el derecho de acceder a un puesto de trabajo o a proteger al trabajador frente al despido arbitrario, sino que, además, debe garantizar la libertad de las personas de elegir la actividad mediante la cual se procuran los medios necesarios para su subsistencia.

En tal sentido, el Estado debe proteger tanto al trabajador dependiente como a la persona que realiza actividades económicas por cuenta propia. Siendo así, a efectos de su protección, "no existe diferencia alguna entre el individuo que se gana la vida como trabajador por cuenta ajena del que lo hace por cuenta propia" y, por ello, sería una aberración "afirmar que es más digno constitucionalmente hablando el trabajo dependiente que el independiente"¹¹⁵¹.

Entonces, para poder determinar la existencia o no de afectación de la libertad de trabajo del demandante tendrá que determinarse previamente la vulneración del derecho a la libertad de empresa, según los parámetros presentados anteriormente.

B. LOS LÍMITES DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA

32. La autorrestricción de la libertad de empresa

Por más que no se ha llegado a determinar específicamente la existencia de un correcto ejercicio del derecho a la libertad de empresa del demandante, y que amerita que esta demanda deba ser declarada improcedente, no cabe duda de que, al haber estado funcionando, la discoteca ha venido permitiendo hasta el día de hoy, el ingreso de adolescentes, el poco control de su personal encargado de bebidas y alimentos, la falta de seguridad y el desorden en la comunidad. Es así como se ha ejercido ilegítimamente tal derecho, de manera cuestionable. Por tales consideraciones, este Colegiado considera pertinente desarrollar los límites de tal derecho, pues sobre esta base deberá determinarse la validez o no de la licencia de funcionamiento definitiva que desea le sea otorgada.

Cuando el artículo 59 de la Constitución señala que el ejercicio de la libertad de empresa "no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas", no está haciendo otra cosa que precisar los límites dentro de los cuales este derecho es ejercido de acuerdo a ley. Claro está que estos límites son enunciativos y no taxativos, pues la protección correcta debe surgir de un principio constitucional como es la dignidad de la persona humana, el mismo que se encuentra recogido en los artículos 1 y 3 de la Constitución, y que se convierte en "un principio constitucional portador de valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres"¹¹⁵¹.

La realización práctica de la dignidad del ser humano conlleva la admisión de un *status activus processualis*, al contener un efecto vinculante en tanto categoría jurídico-positiva y valorativa.

Así, el derecho a la libertad de empresa traspasa sus límites cuando es ejercido en contra de la moral y las buenas costumbres, o pone en riesgo la salud y la seguridad de las personas. Consecuentemente, el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, para estar arreglado a derecho, ha de hacerse con sujeción a la ley y, por ello, dentro de las limitaciones básicas que se derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente.

En el caso de locales como discotecas, su funcionamiento debe ordenarse por normas especiales. Sobre ellos, en el artículo 1° de la Ordenanza 235-MML se ha expuesto que se deben "regular los aspectos técnicos y administrativos que deben observar los establecimientos de esparcimiento y distracción destinados a discotecas, salones de baile, boites y similares; a fin de evitar que su funcionamiento altere la tranquilidad de los vecinos, ponga en riesgo la vida y la salud de los usuarios o vulnere la integridad física o moral de los niños y adolescentes"¹¹⁵¹.

§1. Libertad de empresa y moral pública

33. La moral pública

La moral es un concepto de contenido abierto que debe ser concretizado en casos específicos. Relacionada básicamente con las buenas costumbres, su efectividad constitucional puede encontrarse reconocida básicamente en forma de límites, tal como aparece también en el caso del derecho a la libertad religiosa (artículo 2, inciso 3, de la Constitución): "el ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral".

Justamente, la existencia de este límite a la libertad de empresa en el caso concreto se puede encontrar cuando los vecinos expresan una preocupación latente y directa sobre el respeto de la moral en la discoteca: "corre oposición a la entrega de licencia de apertura por los vecinos de las zonas circundantes al local 'Calle 8' manifestando que la actividad que realizan causa malestar a los vecinos, permitiendo el ingreso de menores de edad para consumir licor, generando escándalos y actos reñidos contra la moral y buenas costumbres, más aún si se tiene en cuenta que en los alrededores funcionan centros educativos"¹¹⁵¹.

Así, en una jurisprudencia de este Tribunal (fundamento 3 de la Sentencia del Expediente 0168-2002-AA/TC, Caso Carlos Hildebrando La Rosa Santos), se ha señalado que es conveniente que una autoridad municipal haya "verificado que en el establecimiento del demandante se venían realizando actividades que contravienen el orden público y las buenas costumbres, lo cual motivó a que se dispusiera la clausura del local".

Por tanto, en el presente caso se debe analizar qué extremo de la moral pública constitucionalmente reconocida

merece intervención de este Colegiado a fin de encontrar el verdadero confin de la libertad de empresa.

34. Moral pública y protección de los niños y adolescentes

Como parte de la moral pública, se debe tener en cuenta un elemento esencial de análisis municipal, cual es la protección de los niños y adolescentes que debe lograrse a través del control del ingreso a centros nocturnos como son las discotecas.

Es más, como parte de la ética, moral y buenas costumbres en los locales previstos en el artículo 10° de la Ordenanza 235-MML, se ha prescrito que "los propietarios, conductores y/o administradores de estos establecimientos deberán: a) Mantener el orden, la moralidad y la tranquilidad dentro de sus locales y en el área pública cercana a sus establecimientos. Ante cualquier contravención del orden en el interior o exterior del establecimiento deberán solicitar de inmediato la intervención de la Policía Nacional, Serenazgo y/o autoridad competente. b) Impedir actos de violencia dentro de sus locales y en el área pública adyacente a sus establecimientos. c) Evitar el ingreso o permanencia de menores de edad cuando las actividades del establecimiento no sean exclusivas para menores. d) No permitir la venta o consumo de drogas y el ejercicio de la prostitución".

Es por eso que se considera necesario hacer un hincapié en el tema de niños y adolescentes a fin de desarrollar la coherencia que debe tener la emisión de una licencia con la protección de este grupo vulnerable de la sociedad.

35. Configuración constitucional de la protección de los niños y adolescentes

Se señala en la Constitución, artículo 4, que "la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente".

El fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución les otorga radica en la especial situación en que ellos se encuentran; es decir, en plena etapa de formación integral en tanto personas. En tal sentido, el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar.

Por tanto, en el presente caso se debe analizar si es coherente el ingreso de adolescentes (según la denominación del Código de los Niños y Adolescentes⁽²⁰⁾) o de niños (según el lenguaje de la Convención sobre los Derechos del Niño⁽²¹⁾) a una discoteca en horarios no permitidos según su edad.

36. El deber municipal de proteger a los niños y adolescentes

La importancia de dicha obligación por parte del Estado y de la sociedad en general se manifiesta de modo más patente frente a los peligros y riesgos a los cuales están expuestos diariamente. Por ello, el ejercicio de los derechos que la Constitución reconoce a las personas

no puede poner en riesgo, en modo alguno, la vida e integridad de los niños y adolescentes; más aún si ese peligro proviene de una actividad que se realiza con fines de lucro.

Como bien lo ha explicado el párrafo 41 de la Opinión Consultiva OC-17/2002, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, la protección de un niño y adolescente se sustenta en el hecho de que "la mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños".

Por tanto, es necesario reforzar que cualquier tipo de actividad económica relacionada con la libertad de empresa no puede contravenir el 'interés superior del niño y del adolescente', a la cual están obligadas las municipalidades, según lo dispuesto por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes: "En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los [...] Gobiernos Locales [...] se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos"⁽²²⁾.

Es por ello que la Municipalidad Metropolitana de Lima está sujeta a la protección de los niños y adolescentes en cada una de las actividades en las que ella es competente.

37. Exposición de niños y adolescentes a riesgos innecesarios

De ahí que este Colegiado considere que no puede alegarse, legal ni legítimamente, el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, cuando de dicho ejercicio se derive la exposición de niños y adolescentes a riesgos innecesarios e injustificados que pudieran afectar su salud, integridad, libre desarrollo y su bienestar en general.

Esto, sobre todo, si se toma en consideración que, según el artículo 25 del Código de los Niños y Adolescentes, "el Estado garantiza el ejercicio de los derechos y libertades del niño y del adolescente consagrados en la ley, mediante la política, las medidas, y las acciones permanentes y sostenidas [...]".

De esta manera, de acuerdo con el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, Resolución 1386 (XIV), "el niño gozará de una protección especial [...] para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad"⁽²³⁾.

38. El ingreso de adolescentes a las discotecas

En la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 31, acápite 1) se ha reconocido claramente que los

niños y adolescentes tienen derecho "al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad".

Sin embargo, de lo anterior no se concluye que los niños y adolescentes puedan ingresar libremente a las discotecas, pues su desarrollo emocional no es coherente con la reunión indiscriminada con mayores de edad.

Por tal razón, los establecimientos, al realizar sus actividades no deben, rigiéndose por lo dispuesto en el artículo 7° acápite c, de la Ordenanza 235-MML, "permitir el ingreso de menores de 18 años de edad, excepto en aquellos locales debidamente adecuados y exclusivos para menores desde los 14 años".

De ello, se colige que si bien los adolescentes no pueden ingresar a una discoteca, excepcionalmente lo podrán hacer si ésta se encuentra acondicionada a su edad. Es decir, el giro de la empresa debe estar relacionada con tal fin, elemento que es inexistente en el presente caso. La solicitud de funcionamiento de la discoteca Calle Ocho no está referida a la permisión de ingreso de adolescentes, por lo que tal ingreso se encuentra prohibido.

39. La presencia de adolescentes en la discoteca

En el presente caso, se pudo consignar la presencia de adolescentes en la discoteca cuya licencia es sujeta a análisis, hecho que termina atentando contra la moral y es falta de coherencia con una respetuosa libertad de empresa.

Refiriéndose al operativo llevado a cabo el 6 de agosto del 2002, se señala que se "llegó al establecimiento siendo las 8:45 PM, motivo por el cual dentro del local se suscitó alboroto en la Administración y personal de seguridad; en cuestión de minutos pasaron mesa por mesa solicitando Documento de Identidad en salvaguarda de sus intereses por la presencia de indocumentados y menores de edad"^[24].

Pero menos duda de la existencia de adolescentes dentro del local, puede encontrarse a través del Acta Fiscal, en la cual se encuentra lo siguiente: "en este acto, personal policial procede a verificar si existe menores de edad con la anuencia del conductor del local; al término de esa verificación se determina la presencia de seis personas, aparentemente menores de edad, las mismas que son trasladadas a la Comisaría del sector como medida preventiva a efectos de ser debidamente identificadas y entregadas a sus padres, tutores y/o quienes ejercen la patria potestad, siguiendo el procedimiento de ley, en procura de evitar la vulneración de sus derechos o la puesta en peligro de los mismos; las personas antes señaladas son: N.P.R.K. (17), K.O.D.L.V. (17), G.M.R. (17), R.E.L. (17), A.Z.M. (17) y K.S.J. (17), quienes asienten en acompañar al personal femenino de la Policía Nacional; [...] que en la discoteca se expende sangría y cerveza"^[25].

Además de este hecho, de manera previa al ingreso del operativo antes mencionado, la inspección inopinada de la municipalidad constató lo siguiente: "El público

era aproximadamente de 100 personas, conformado generalmente por estudiantes de las diversas academias e institutos existentes en la zona (presencia de mochilas, cuadernos, entre otros).

En el ingreso, el personal de seguridad no exige el documento de identidad, a pesar de que al local ingresan muchos estudiantes"^[26].

40. La cercanía de centros educativos a la discoteca

De otro lado, partiendo del derecho de los niños y adolescentes a la educación, gracias al artículo 28, acápite 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Estado, incluyendo los gobiernos locales, adoptará "cuantas medidas sean adecuadas para velar porque la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño".

Por tal razón, y también tomando en consideración la posibilidad de emitir ruidos molestos, es necesario asimilar una discoteca al supuesto expresado en el artículo primero del Decreto de Alcaldía 095, de 1999, según el cual "los locales en que funcionen Salones de Juego Electrónicos, Billar, Bochas, Bowling, y afines en el Cercado de Lima, deberán ubicarse a una distancia no menor de ciento cincuenta (150) metros lineales de [...] Universidades, Escuelas, Institutos y Academias".

Cuando la norma señala que deben existir ciento cincuenta metros lineales, es lógico que en este caso la preocupación va más allá de la existencia o no de licencia municipal para el desarrollo de las actividades educativas, salvo que preexista un derecho a un local de diversión.

En el caso de autos, al estar la licencia de funcionamiento siendo solicitada paralelamente por el accionante y por diversos centros educativos de la zona, parece coherente, siguiendo el valor constitucional de la protección de los niños y adolescentes y su interés superior, que no sea necesario para el análisis del cumplimiento de la norma por parte de la discoteca, revisar si los planteles de educación contaban con licencia previa^[27].

Esta argumentación también es asumida por la Municipalidad Metropolitana de Lima: "Si la Municipalidad considerara a los centros educativos que tienen licencia estaría restringiendo y limitando los beneficios que otorga la Ordenanza a los niños y adolescentes usuarios, e indirectamente estaría negando la existencia física real de centros educativos, con problemas de formalización de los cuales no son responsables los alumnos y la sociedad en general, en todo caso de ser ese el criterio, deberá definirse la permanencia de aquellos mediante el órgano de control respectivo.

Por lo que de lo expuesto, debe considerarse la existencia real de 10 centros de enseñanza y no de tres, al momento de calificarse la ubicación de la discoteca"^[28].

Como se observa, al existir diez centros educativos cercanos a la discoteca en mención, independientemente de su regularización en el tema de licencias, es preocupante que esta funcione sin contar con una

licencia de funcionamiento definitiva. Si normalmente es necesaria que ésta haya sido otorgada, en este caso, es especialmente delicada la situación del local, ubicado en jirón Washington 1265. Aparte del caso del Instituto EIGER, ubicado en el inmueble contiguo al de la discoteca (jirón Washington 1255), es substancialmente trascendente lo que sucede con el Instituto Superior Tecnológico Rochdale, sito en pasaje Velarde 192 (a 128,70 metros), que cuenta con licencia de funcionamiento plenamente vigente^[29].

41. Certificación de Zonificación

Coherente con lo señalado en el párrafo anterior, se señala que para poder funcionar el local motivo de la controversia debe estar sometido a las nuevas reglas de zonificación del Centro Histórico, área geográfica en la cual cualquier planificación debe ser congruente con las políticas municipales sobre la materia.

Desde el 2001 (artículo 1 de la Ordenanza 201-MML), el Plan Maestro Centro de Lima "es un componente de la gestión municipal diseñado con el propósito de obtener mejores niveles de calidad física, social y económica para el Centro Histórico, el Cercado y su Zona de Influencia, y como medio de concertar las actividades de las diferentes direcciones y dependencias municipales hacia las metas establecidas"^[30].

Por lo tanto, el pedido del recurrente debe ser sometido a las reglas de zonificación. Es así como "actualmente el establecimiento cuenta con zonificación no conforme, toda vez que la Ordenanza N° 201-MML que estableció la nueva zonificación en el Centro Histórico de Lima entró en vigencia con fecha anterior al pedido de fecha 29.03.01 en vía de regularización del otorgamiento de su licencia definitiva"^[31].

Sin embargo, pese a que la propia municipalidad, en julio del 2001, emitió un equívoco informe en el que se consideraba una Zonificación Conforme respecto a la discoteca^[32], posteriormente, en agosto del 2002, se rectificó considerando que "el informe en mención no está suscrito por profesional colegiado siendo meramente referencial, el mismo omite mencionar la falta de acondicionamiento del local en el trámite de la licencia provisional en sí, así como las observaciones mencionadas"^[33].

Justamente este Certificado de Zonificación, además de permitir la coherencia del desarrollo urbano en la capital, también coadyuva al respeto de la moral y las personas, especialmente de niños y adolescentes, vecinos del Centro Histórico.

42. Forma de protección a través de horarios

Una forma adicional en que se puede proteger a los niños y adolescentes, sobre todo tomando en consideración la cercanía con locales educativos, es a través del control de horarios de ingresos a las discotecas, en especial de la Calle Ocho.

Por tanto, si existe la posibilidad de que los adolescentes saliendo de sus centros de educación puedan ingresar

directamente a un establecimiento de este tipo, debe existir una norma que con claridad impida este hecho. Es así como, tomando en consideración el artículo 7, acápite f, de la Ordenanza 235-MML las discotecas "desarrollarán sus actividades a partir de las 20:00 horas, excepto los días sábados, domingos y feriados, en los cuales podrán iniciar sus actividades desde las 15:00 horas. Cuando se trate de locales o funciones exclusivas para menores de edad desde los 14 años, podrán desarrollar sus actividades los días viernes, sábados y feriados desde las 18:00 horas hasta las 02:00 horas: Debiendo contar con la correspondiente Licencia Especial".

De lo expuesto se demuestra que en el presente caso el demandante solo podría hacer funcionar su local a partir de las ocho de la noche, cosa que no ha sucedido en la realidad.

Sin embargo, la Fiscal Provincial de la Fiscalía Especial de Prevención del Delito realizó un operativo, en el que como ya se señaló, se encontraron adolescentes. Pero, ¿en qué momento del día se realizó el operativo? "En el Cercado de Lima, siendo las dieciocho horas con veinte minutos del siete de junio del dos mil dos [...]"^[34].

De esta manera, la municipalidad llega a concluir que "el horario de atención al público contraviene lo dispuesto por el literal f) del artículo Séptimo de la Ordenanza 235"^[35], es decir, se configura una afectación más al derecho de los niños y adolescentes, y consiguientemente, del respecto a la moral, en el abusivo ejercicio de la libertad de empresa por parte del demandante.

§2. Libertad de empresa y salud pública

43. Doble análisis de la salud pública

La salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida, y la vinculación entre ambos derechos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducir a la muerte de la persona o, en todo caso, a desmejorar su calidad de vida.

El concepto académico de salud incluye una idea que "ya no se limita a ausencia de enfermedad, sino que abarca positivamente el desarrollo normal y funcional de los órganos fisiológicos del ser humano, entendiéndose que carece de salud el que, sin estar enfermo, presenta una anomalía anatómico-funcional", el mismo que termina siendo un concepto más amplio: "la Organización Mundial de la Salud la ha definido en su documento constitutivo como el 'estado de completo bienestar físico, mental y social'^[36].

Analizando el caso concreto, se puede observar que la libertad de empresa pretendida por el demandante debe verse restringida, básicamente, en dos supuestos, los mismos que van a ser materia de estudio particular^[37].

De un lado, se analizará la salud física de los concurrentes a la discoteca. De otro, se observará la salud psicopatológica de los vecinos que puede verse afectada por la contaminación acústica. Y son estos temas los que serán materia de análisis en las siguientes líneas.

44. Configuración constitucional del derecho a la salud

Como principio esencial de nuestra Constitución se ha establecido, en su artículo 1, que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

En este marco, se ha llegado a señalar, como parte del artículo 7 de la propia Constitución, que “todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa”.

La salud, por tanto, puede ser entendida como el funcionamiento armónico del organismo tanto del aspecto físico como psicológico del ser humano^[38]. Es por ello que la Constitución reconoce como parte del artículo 2, inciso 1, por un lado, el derecho de toda persona “a su libre desarrollo y bienestar”; y, a su vez, garantiza el derecho, como parte del artículo 2, inciso 22, de la Norma Fundamental, “a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”, derecho este último que será materia de desarrollo posterior. Nuestra Constitución, pues, otorga la misma protección a ambos aspectos del derecho a la salud.

45. La exigencia constitucional de salud

La persona, pues, está consagrada como un fin en sí misma y, por ende, el Estado tiene la obligación de protegerla. Su protección supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos.

En efecto, el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene en inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos.

En tal sentido, con respecto a la salud, en tanto derecho social, se ha señalado que “la obligación del Estado no siempre está vinculada con la transferencia de fondos hacia el beneficiario de la prestación, sino más bien con el establecimiento de normas que concedan relevancia a una situación determinada, o bien con la organización de una estructura que se encargue de poner en práctica una actividad determinada”^[39].

El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental.

En este marco, este Colegiado ha venido a señalar, como parte del fundamento 6 de la Sentencia del Expediente 2071-2002-AA/TC, Caso Servicios y Productos Industriales Kernel Universal S.A., que “si bien en el ordenamiento constitucional coexisten diversos derechos constitucionales, hay circunstancias que legitiman la restricción de unos derechos en salvaguarda de

otros, atendiendo a finalidades superiores del mismo ordenamiento constitucional. Bajo esta perspectiva, si el respeto a los derechos invocados en la demanda supone menoscabar los derechos a la salud y a un medio ambiente sano de los vecinos, convirtiéndolos en irreparables, es evidente que deben prevalecer estos últimos, por estar vinculados al principio de protección al ser humano, contenido en el artículo 1° de la Constitución Política del Perú, en virtud del cual la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, y sin cuya vigencia carecerían de sentido todos los demás derechos constitucionales. Es evidente, también, que el interés individual no puede primar sobre el interés colectivo”.

De los conceptos antes vertidos, se desprende la existencia de un control municipal que debe realizarse en un doble ámbito: el local donde funciona la discoteca, expendiéndose bebidas y comidas, y del personal que los manipula.

46. La higiene y salubridad en el lugar de expendio de alimentos y bebidas

Es imprescindible que la discoteca haya cumplido con reglas básicas de salubridad para que se puedan comercializar productos comestibles y bebibles, con el fin de salvaguardar el derecho de las personas que asistan a su local.

Al respecto, en una norma relativa a la emisión de licencias (artículo 1 del Decreto Legislativo 720), se ha llegado a señalar que “las Municipalidades sólo podrán exigir a las personas naturales o jurídicas, para el desarrollo de cualquier actividad económica, la Autorización Municipal de Funcionamiento. Lo dispuesto en el párrafo anterior no exime a las personas naturales o jurídicas de cumplir con los objetivos de higiene y salubridad establecidos en las normas vigentes”.

De su contenido se observa que todo establecimiento, inclusive una discoteca, debe tener higiene y salubridad como condición *sine qua non* para que pueda funcionar. Una exigencia de este tipo, por más de no estar previamente establecida en el momento de la solicitud de licencia definitiva, es necesaria para observar el control sanitario que hoy en día debe ser requerido para todo local.

Partiendo de que estos establecimientos deben respetar la higiene y salubridad para la venta y manipulación de alimentos y bebidas^[40], se ha señalado en el artículo 6 del Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas que son las municipalidades las que asumen la función de vigilancia sanitaria de tal pretensión: “la vigilancia de los establecimientos de comercialización, elaboración y expendio de alimentos y bebidas [...] están a cargo de las municipalidades”.

No obstante las normas expuestas, en la inspección realizada por la Municipalidad se pudo constatar que “los servicios higiénicos que se encontraban bajo una de las escaleras según los planos presentados han sido

eliminados, siendo reemplazados por una cocina para uso del preparado de alimentos rápidos¹⁴¹¹.

Por tal razón, no parece coherente con la necesidad de sanidad en los establecimientos que comercializan alimentos y bebidas, como la Discoteca Calle Ocho, que se pueda realizar una modificación del plano presentado para la solicitud de su licencia, variando baños por cocina. Ello atentaría contra la salud de los comensales, y, por tanto, vulneraría las normas antes enunciadas.

47. La higiene y salubridad de las personas encargadas del expendio de alimentos y bebidas

Juntamente con el tema del ambiente de los establecimientos, se requiere que las personas que laboran con bebidas y comidas también cumplan las medidas de salubridad y sanidad correspondientes.

Por tanto, según el artículo 8, inciso c, de la Ordenanza 235-MML, cada local debe "contar con personal mayor de 18 años y que tenga el respectivo carnet de salud, así como llevar un Libro de Registro actualizado de este personal".

Una exigencia de este tipo tiene un fin esencial, tal como lo señala el artículo 94 de la Ley General de Salud: "el personal que intervenga en [...] expendio y suministro de alimentos está obligado a realizarlo en condiciones higiénicas y sanitarias para evitar su contaminación".

Sin embargo, en el caso concreto, se pudo constatar que "el personal que atendía en la barra destinada al expendio de licores no contaba con su respectivo carnet de salubridad al ser preguntada por el mismo"¹⁴²¹.

Una vez más, se señala que el demandante no ha cumplido correctamente las normas sanitarias que le correspondía observar. Si no se puede establecer con claridad quién manipula comida y bebidas, no se puede asegurar el respeto de la salud de los concurrentes al local.

48. El derecho de vivir en un lugar adecuado como parte del derecho a la salud

Juntamente con el control que debe realizar la Municipalidad Metropolitana de Lima del expendio de bebidas y comidas en el interior de la discoteca, existe la necesidad de preservar a la sociedad de los ruidos molestos que puede ocasionar un determinado establecimiento.

El derecho a la tranquilidad está relacionado con la protección del aspecto psicológico de la salud. Este derecho cobra especial importancia en tanto que, en la sociedad de nuestros días, la contaminación acústica se ha convertido en uno de los factores más psicopatógenos y una fuente de deterioro permanente de la calidad de vida de las personas. Sobre tal base, el derecho a un medio ambiente adecuado incluye "el derecho de uso ambiental del entorno. Naturalmente este uso es moderado por la necesidad de preservar los bienes ambientales y, en ningún caso, podrá acarrear la esquilmación del medio o el agotamiento de los recursos naturales que han de preservarse"¹⁴³¹.

La salud también debe ser protegida a través de una norma como la expresada constitucionalmente a través de la siguiente fórmula: toda persona tiene derecho "a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida".

De esta forma, se llega a señalar en sede infraconstitucional (artículo I del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales) que "toda persona tiene el derecho irrenunciable a gozar de un ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida [...]. Es obligación del Estado mantener la calidad de vida de las personas a un nivel compatible con la dignidad humana. Le corresponde prevenir y controlar la contaminación ambiental [...] que pueda interferir en el normal desarrollo de toda forma de vida y de la sociedad. Las personas están obligadas a contribuir y colaborar inexcusablemente con estos propósitos".

49. Planificación municipal y protección del ambiente

Según el artículo 96 del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, debe existir una relación directa entre el derecho de gozar de un medio ambiente saludable y equilibrado, en el ámbito acústico, con la planificación urbana, pues "la habilitación y rehabilitación de la infraestructura económica y de servicios se planifica y se ejecuta observando los planes de ordenamiento y zonificación que sean aprobados previo estudio de la capacidad asimilativa del área".

Es más, sobre la base de la competencia municipal para tal planificación, en el artículo 99 del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, se ha venido a determinar que en ella "se tendrá en cuenta las tendencias de expansión de las ciudades, la localización de aeropuertos y demás fuentes productoras de ruidos y emanaciones difícilmente controlables o nocivos a la salud humana y el respeto irrestricto a las sembreras o áreas de cultivo agrícola".

E, incidiendo en el tema de los locales de acceso público, el artículo 11, acápite a, de la Ordenanza 235-MML señala que estos deben "acondicionar debidamente la acústica de los locales garantizando la tranquilidad pública y de los vecinos, así como la salud de los asistentes".

50. La imposibilidad de contaminación acústica

El Tribunal Constitucional es consciente de la necesidad de asegurar la protección del derecho a la salud de las personas, no solo frente a factores psicopatógenos tradicionales, sino también frente a los riesgos que pueden surgir de una sociedad tecnológicamente avanzada. Por ello, no es irrazonable pensar que este aspecto del derecho a la salud deba ser adecuadamente protegido; más aún si ella puede verse seriamente menoscabada por los nocivos efectos que se producen a consecuencia de la contaminación acústica.

De esta forma, "el sometimiento a un ruido excesivo produce en la especie humana perniciosos efectos,

tanto fisiológicos como psíquicos. Los primeros afectan, además de al aparato auditivo [...], a otros órganos del cuerpo humano, como perturbaciones en el sistema nervioso central y alteración de la reactividad del sistema neurovegetativo, perturbaciones en las funciones respiratoria, cardíaca y circulatoria [...]. Entre los efectos psicológicos hay que señalar [...] la producción de sentimientos como miedo, angustia, incomodidad, perturbaciones de la memoria, pérdidas de la concentración, insomnio, incluso obsesiones, irritabilidad, así como alteraciones en la atención y el rendimiento del trabajo físico e intelectual"^[44].

Una agravante de la contaminación acústica se produce, relacionando el tema de adolescentes analizado, cuando se llega a determinar que se afecta el nivel de condiciones ambientalmente adecuadas en las cercanías de locales educativos. Una protección de este tipo se desprende una interpretación *a contrario sensu* de la norma prevista en el artículo 3 del Código de los Niños y Adolescentes: "el niño y el adolescente tienen derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado".

51. El análisis municipal de la contaminación acústica

Ya este Colegiado ha expresado la necesidad de controlar los ruidos molestos, sobre todo en el momento de analizarse si se otorga o no una licencia de funcionamiento. En el fundamento 9 de la Sentencia del Expediente 0814-2003-AA/TC, Caso Frente de Defensa de los pobladores de Ate Vitarte, filial Santa Clara, se reconoció el derecho al medio ambiente adecuado: "Por lo tanto, forma parte del denominado 'principio de precaución' que el Estado controle, a través de normas reguladoras en materia urbanística, la ubicación de fuentes emisoras de ruidos molestos que puedan lesionar, en el corto o largo plazo, las condiciones necesarias para el desarrollo de la vida humana digna, así como la participación de las entidades encargadas de proteger de manera efectiva las posibles infracciones a las normas que controlan y suprimen estas formas de polución".

Según las normas municipales sobre la materia (es decir, artículo 11, acápite b, de la Ordenanza 235-MML), para el caso de una discoteca, se debe tomar en cuenta que "en ningún caso la emisión de sonido o ruido sobrepasará los límites de salubridad permitidos técnicamente y señalados en la Ordenanza Metropolitana N° 015 y demás disposiciones legales aplicables".

Pero, ¿qué señala tal ordenanza? El artículo 4 de la Ordenanza 015-MML dice lo siguiente: "en la realización de todo tipo de reuniones, sea en lugares públicos o privados, los organizadores y/o propietarios de los locales en que se realicen, adoptarán las medidas necesarias para que las mismas no ocasionen ruidos nocivos o molestos al vecindario, no pudiendo exceder, en ningún caso, de los niveles permisibles de acuerdo a la zonificación y horario señalados en la presente Ordenanza"^[45].

De esta forma, según alega la parte demandada, las normas legales estarían facultando a la municipalidad "a sancionar, multar, ordenando la clausura transitoria y

definitivamente de edificios o establecimientos cuando su funcionamiento está prohibido legalmente y constituye un peligro [...] o produzcan olores, humos, ruidos u otros daños perjudiciales para la salud o tranquilidad del vecindario"^[46].

52. Los ruidos molestos en la discoteca

Aparte de los ruidos que de por sí tiene una discoteca, se ha podido encontrar una situación especial que merece la pena atender en la presente sentencia.

La propia municipalidad ha considerado que existe una cantidad de sonidos estridentes y presencia de personas que provocan escándalos: "la oposición de los vecinos se fundamenta en que afecta la tranquilidad de los vecinos por los escándalos [...] lo que es corroborado por los informes de la Dirección Municipal de Fiscalización y Control"^[47].

Es lógico y coherente con el respeto a la paz y tranquilidad de los vecinos que no se vean afectados por ruidos molestos emitidos por un local de acceso público, como es una discoteca. Inclusive este derecho corresponde a los propios concurrentes al local, que no pueden escuchar la música en un volumen superior al permitido.

Sin embargo, la autoridad municipal debió realizar un estudio más concienzudo de la materia a través de una medición de los decibeles emitidos por el local, y comprobar si éstos se encuentran dentro de los márgenes permitidos. La realización de este estudio hubiese permitido una mejor resolución de parte de este Colegiado sobre la materia. Sin embargo, ello no obsta para reclamar a todo establecimiento que no produzca ruidos molestos o nocivos, so pretexto de su derecho a la libertad de empresa.

§3. Libertad de empresa y seguridad pública

53. Configuración constitucional del derecho a la vida e integridad

Como último aspecto a ser desarrollado como parte de los límites de la libertad de empresa, existe el respeto de la seguridad pública, concepto altamente relacionado con los derechos a la vida e integridad, señalados en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución.

El Estado social y democrático de derecho no tiende a proteger la vida bajo cualquier tipo de condiciones; por el contrario, el Estado debe proveer las condiciones necesarias para que el derecho a la vida de las personas se realice con un mínimo de condiciones que la tornen digna. En otras palabras, se protege la vida, pero con dignidad. En esas circunstancias, se impone principalmente a los poderes públicos la promoción de esas condiciones; de ahí que la vida ya no es posible de ser entendida tan solo como un límite frente a los poderes públicos, sino también del poder privado.

Con respecto a la vida e integridad, la relación entre estos derechos es más que formal: "cualquier atentado contra la integridad física y moral convierte en inhumano el ejercicio del derecho a la vida"^[48].

54. Exigencias de seguridad en locales públicos

Como parte del fundamento 4 de la Sentencia del Expediente 2581-2004-AA/TC, Caso Andrés Vera Cateriano, para este Colegiado “las municipalidades, en uso de sus funciones específicas, pueden ordenar la clausura transitoria o definitiva de edificios, establecimientos o servicios cuando su funcionamiento esté prohibido legalmente o constituya peligro o riesgo para la seguridad de las personas y la propiedad privada o la seguridad pública, o cuando infrinjan las normas reglamentarias o de seguridad del sistema de defensa civil”

Sobre esta base, cualquier local que quiera atender al público debe estar sustentado en las medidas de seguridad razonables para la protección de su vida e integridad, más aún en un país que ya ha tenido víctimas en su haber por no tomar todas las medidas necesarias dentro de los locales, especialmente, dentro de las discotecas.

En este esquema, “el derecho a la integridad personal supone ante todo la protección del individuo frente a acciones contrarias a su dignidad”^[52].

Sabiendo que existe una necesidad de los locales de mantener la infraestructura y las condiciones de funcionamiento, en el artículo noveno (y de cierta forma, artículo sexto) de la Ordenanza 235, claramente se ha expuesto respecto a los locales que “en materia de seguridad deberán: a) Contar con personal que garantice la seguridad e integridad física de los asistentes, así como el normal desarrollo de las actividades. b) Contar con equipos contra incendios y botiquín de primeros auxilios; c) Contar con un Plan de Evacuación elaborado por Defensa Civil; d) Mantener debidamente señalizados y libres los accesos y las áreas de circulación y de evacuación; e) Contar con una póliza de seguros a favor del personal que labora en el establecimiento y de las personas que concurren al mismo. La póliza cubrirá los riesgos de muerte accidentales, invalidez total o parcial, gastos de atención médica, hospitalización y sepelio. En caso de que dichos siniestros ocurran como consecuencia del incumplimiento de las medidas de seguridad preestablecidas por la autoridad competente, la tenencia de la póliza de seguro no exime de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar”.

55. Necesidad de acondicionamiento adecuado

De lo expresado, se desprende que todo local debe ser acondicionado de tal manera que permita la seguridad de los que concurren a él, y esto merece ser analizado en el caso concreto.

Pese a que Defensa Civil ha otorgado Certificado de Seguridad al demandante^[50] y a la existencia de un Informe de Inspección Técnica N° 36-MML-DGDC^[51], este Colegiado considera preocupante que el local no haya contado con acreditación por parte del Cuerpo de Bomberos^[52] y que, tras las modificaciones realizadas al local, este haya quedado de la siguiente manera: “2. En área de servicios complementarios (parte posterior)

se han construido ambientes adicionales destinados a depósitos. 3. En área libre o patio también se ha realizado construcción de ambientes con material provisional (madera, triplex) destinados al guardado de canes. 4. No cuenta con espacios destinados a estacionamiento [...] 6. Una de las escaleras de emergencia no cuenta con el ancho mínimo reglamentario ni los pasamanos de seguridad”^[53].

56. El control de la capacidad de personas

Como condición también necesaria para que la seguridad pueda ser mantenida según los parámetros expuestos, es necesario que el público que asista sea el adecuado, según la capacidad permitida al local. En tal sentido, para el artículo 7, acápite b, de la Ordenanza 235-MML los establecimientos para el desarrollo de sus actividades deberán “entregar boletos numerados a los usuarios ingresantes y no permitir que se sobrepase la capacidad del local, la misma que debe figurar en la respectiva Autorización Municipal de Funcionamiento, exhibida en un lugar visible”.

Pese al texto expreso y claro de la norma, la misma que era exigible al local, por ser anterior a su solicitud, se ha comprobado que “la capacidad máxima deberá estar de acuerdo con lo dispuesto en el RNC Título III Capítulo XIV, no debiendo superar las 500 personas, sin embargo en el ingreso al local se indica la capacidad de 800 personas”^[54].

De esta forma, tanto con la falta de medidas de seguridad como con el exceso de concurrentes al local, se estaría sobrepasando el ejercicio de la libertad de empresa, al no respetarse otro límite más: la seguridad pública.

C. LOS LÍMITES AL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA REFLEJADOS EN LA NEGATIVA DEL OTORGAMIENTO DE UNA LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO

57. Relacionando derechos y bienes jurídicos tutelados en la Constitución

En este punto se busca justificar, en un caso concreto como el presentado, cómo derechos relacionados con la expectativa pecuniaria han debido encontrar sus límites en derechos fundamentales.

Sin embargo, para poder analizarlos correctamente en una resolución administrativa, se debe explicar cómo una municipalidad asume un rol especial en el otorgamiento o no de una licencia de funcionamiento. Es decir, partiendo de una correcta interpretación constitucional se debe encontrar la adecuada actuación municipal en el caso concreto.

§1. Libertad de empresa y existencia de discotecas

58. Los contornos de los supuestos derechos de la demandante

Tras haber analizado el derecho a la libertad de empresa del demandante, es preciso advertir que él no es, en modo alguno, absoluto; muy por el contrario, ejercerlo

supone el respeto de principios, valores y otros derechos que la Constitución ha consagrado. En ese sentido, es correcto afirmar que la economía social de mercado, que es el fundamento de la libertad de empresa, es también su límite, en tanto que es el marco en el que ella se reconoce^[55].

En efecto, la economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho. En esta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado.

59. La eficacia vertical de los derechos fundamentales

Con una interpretación constitucional de este tipo se da plena aplicabilidad al principio interpretativo de la eficacia vertical de los derechos fundamentales, pues las municipalidades, en el ejercicio de sus competencias, están obligada a dar a los derechos fundamentales el carácter de verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos, además de su capacidad de irradiarse en las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada.

De hecho, se puede exigir al demandante el cumplimiento de la Constitución a la hora que su local estaba funcionando. Sin embargo, no puede escudarse el demandante, como bien lo hizo el "conductor" de su local (identificado en un operativo de la Fiscalía Especial de Prevención del Delito como José Manuel Cabrera Córdova), en que desconoce la afectación de derechos y bienes constitucionales que se realiza en la discoteca: "el conductor del local señala que las personas antes citadas ingresaron porque aparentan ser mayores de edad y en todo caso fue un error del personal de seguridad no pedir sus documentos de identidad, sólo mostraron sus carnets de estudiantes donde no se señala su edad"^[56].

Por tal motivo, sobre la base de las normas constitucionales (básicamente, artículo 38 de la Constitución), y retomando el sentido de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, *Drittwirkung*, este Colegiado ha afirmado, en el fundamento 6 de la Sentencia del Expediente 1124-2001-AA/TC, Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S. A. y FETRATEL, que "la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquellas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretende conculcar o desconocerlos [...] resulta inexorablemente inconstitucional".

60. El interés público en el funcionamiento de la discoteca

Por ello es que no se configura un "desorbitante" interés público que convierte a la resolución administrativa impugnada mediante el presente proceso de amparo en un acto discrecional que genera "inseguridad jurídica" y en un "exceso de competencia prohibido", pues la municipalidad demandada ha motivado adecuadamente su decisión en las exigencias especialísimas que impone la protección de la salud y seguridad, además de las condiciones generales a las que esté sujeta la actividad o el espectáculo, las actividades a las que se permita el acceso a adolescentes para su recreo y esparcimiento, las que sujetas específicamente, sin perjuicio de la aplicación de la normativa sobre protección del niño y adolescente, a la prohibición de suministro o dispensación de todo tipo de bebidas alcohólicas o tabaco.

Y, ¿cuál es la base constitucional para señalar un elemento como éste? Según la propia Constitución, en su artículo 44, es un deber primordial del Estado, "promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en [el] desarrollo integral y equilibrado de la nación".

De todo lo expuesto, qué cosa no será más justa que proteger los derechos fundamentales de las personas si es que se ven afectados por el ejercicio irregular de un supuesto derecho a la libertad de empresa.

61. La vocación unificadora de la Constitución

Para determinar la existencia de vulneración o no de derechos y bienes constitucionales, la entidad municipal, al igual que lo está haciendo este Colegiado, debe referirse a la proporcionalidad, razonabilidad y racionalidad del funcionamiento de la discoteca en casos concretos, tal como se ha podido observar *supra*. No puede considerarse permisible según una correlación adecuada entre derechos fundamentales, que se afecten unos (moral, salud y seguridad) a fin de permitir la existencia de otros (empresa).

Como ya lo ha señalado este Colegiado en el fundamento 1 de la Sentencia del Expediente 0273-2001-AA/TC, Caso Zeus Promotora Espectáculos S.A., "es función de las municipalidades otorgar autorizaciones de funcionamiento y que están facultadas para controlar el funcionamiento de los establecimientos y la adecuada realización de la actividad autorizada que garantice el estricto cumplimiento de las normas legales existentes, el orden público, las buenas costumbres y el respeto a los derechos de los vecinos, pudiendo adoptar todas las medidas que sean pertinentes e, inclusive, ordenar la clausura de los establecimientos cuando su funcionamiento esté prohibido legalmente y constituya peligro, o sea contrario a las normas reglamentarias, o produzcan daños perjudiciales para la salud o tranquilidad del vecindario".

Esta forma de interpretación asume un rol peculiar cuando se refiere a un criterio interpretativo como es el de la unidad de la Constitución. Cuando se buscan

entender las normas de los derechos fundamentales, estas deben aparecer como optimizadoras de todo el cuerpo normativo, en un sentido de vocación integradora. Solamente facilitando la eficacia de todos los derechos fundamentales, puede permitirse la aptitud realizadora de uno de ellos. Es decir, no puede solicitarse que se proteja la libertad de empresa del demandante, sobrepasando y transgrediendo la moral, la salud y la seguridad públicas, pertenecientes a la colectividad.

62. El respeto de los derechos de los vecinos

Tomando en cuenta que en el caso concreto existen derechos y bienes jurídicos, tanto de los vecinos de la discoteca como de los concurrentes a la misma, es necesario analizar la titularidad de los derechos. Sobre estos se ha señalado que “al ser tan amplios tanto el contenido del derecho [...] como su objetivo [...], todos los titulares ejercen continuamente el derecho [...]”. Ello complica el comercio jurídico y la relación entre este derecho y los demás con los cuales está en frecuente colisión o solapamiento^[57].

Por eso, se requiere una protección *ex ante*, a través de instituciones legitimadas para hacerlo, tales como las municipalidades. En el presente proceso, la Municipalidad Metropolitana de Lima es la principal interesada en proteger a la ciudadanía que en los locales de ingreso público se respeten tanto las normas de licencia como los derechos de los miembros de la comunidad.

Como se ha logrado observar *supra*, son los vecinos de la comunidad los que se encuentran afectados con un ejercicio abusivo del derecho de la libertad de empresa, tal como ocurre en el presente caso. Felizmente, las normas municipales (artículo 20 de la Ordenanza 282-MML) permiten que los vecinos estén en la capacidad de oponerse a que se otorgue la licencia de apertura de establecimiento. “cuando exista oposición cierta y sería al otorgamiento de la Licencia de Apertura de Establecimiento, comprobado por los medios probatorios ofrecidos^[58]”.

63. La responsabilidad en la protección de los ciudadanos como usuarios

Respecto de los usuarios a la discoteca, es decir, los concurrentes a la misma, a partir del artículo 65 de la Constitución, este Colegiado ha reconocido, en los fundamentos 27 ss. de la Sentencia del Expediente 0008-2003-AI/TC, lo siguiente: “Así como la Constitución protege a los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado, a partir del ejercicio de los derechos de libre empresa, comercio e industria, con igual énfasis protege al individuo generador de demanda, es decir, al consumidor o el usuario.

El consumidor -o usuario- es el fin de toda actividad económica; es decir, es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios. En puridad, se trata de una persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta de determinados

productos [como consumidor] o servicios [como usuario] que previamente han sido ofrecidos al mercado.

Es indudable que la condición de consumidor o usuario se produce a través de la relación que éste entabla con un agente proveedor -independientemente de su carácter público o privado-, sea en calidad de receptor o beneficiario de algún producto, sea en calidad de destinatario de alguna forma de servicio.

En consecuencia, la condición de consumidor o usuario no es asignable a cualquier individuo o ente, sino a aquel vinculado a los agentes proveedores dentro del contexto de las relaciones generadas por el mercado, las cuales tienen como correlato la actuación del Estado para garantizar su correcto desenvolvimiento”.

Con respecto a los concurrentes al local, como premisa básica se ha señalado en el artículo 7, acápite e, de la Ordenanza 235-MML que cada establecimiento deberá “informar al público convenientemente y con anticipación al ingreso, el tipo y características del espectáculo a presentarse en el local”.

§2. Libertad de empresa y actuación municipal

64. El objetivo constitucional de las municipalidades

Tal como está previsto constitucionalmente en el artículo 195, las municipalidades “promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo”.

Es decir, como bien lo señala el artículo I del Título Preliminar de la actual Ley Orgánica de Municipalidades, “los gobiernos locales son entidades básicas de la organización territorial del Estado y canales inmediatos de participación vecinal en los asuntos públicos, que institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades; siendo elementos esenciales del gobierno local, el territorio, la población y la organización^[59]”.

Sin embargo, como bien lo explica el artículo 152 de la vigente Ley Orgánica de Municipalidades, si hay una municipalidad que ha merecido un tratamiento especial, ella es la demandada, al ser considerada como Metropolitana: “La capital de la República es sede de la Municipalidad Metropolitana de Lima, la que ejerce jurisdicción exclusiva sobre la provincia de Lima en materias municipales y regionales. En casos de discrepancias generadas por el fenómeno de conurbación provincial, la decisión final corresponde a la Municipalidad Metropolitana de Lima”.

65. La vocación vinculante de la Constitución para las municipalidades

Habiendo observado el verdadero marco en el cual se desenvuelve la Municipalidad de Lima, este Colegiado considera necesario remarcar que la actuación de una municipalidad requiere desenvolverse en el marco de los principios que inspiran el Estado constitucional de

derecho y del proceso constitucional peruano, lo que supone el afianzamiento de la Constitución, como norma suprema y en esa medida norma exigible, directamente por los ciudadanos.

Dicha consolidación del papel de la Constitución supone, en primer término, la legitimación de su carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos, y en segundo término, el pleno reconocimiento de los derechos fundamentales. En tal sentido, "la Constitución es una norma jurídica, pero no sólo norma jurídica, ya que es un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas, y en el que, por consiguiente, la relación entre gobernantes y gobernados está expresada de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de derechos y libertades que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder"¹⁶⁰.

66. Reconocimiento de la supremacía jurídica y valorativa de la Constitución

El principio de supremacía jurídica y valorativa de la Constitución, que tiene su fundamento en el principio político de soberanía popular, determina su fuerza normativa, y la exigencia que las "normas regla" como las "normas de principio" establecidas en ella¹⁶¹, deben ser cumplidas acorde con el grado de compromiso constitucional de los ciudadanos y gobernantes.

Aparte de la norma constitucional del artículo 51, según la cual "la Constitución prevalece sobre toda norma legal", la normativa propia y actual de la Municipalidad de Lima (artículo 157, inciso 3, de la vigente Ley Orgánica de Municipalidades) señala que el Concejo Metropolitano tiene por función "velar por el respeto de la Constitución", en el sentido de que todos y cada uno de los preceptos constitucionales tienen la condición de norma jurídica, pues resulta difícil encontrar normas carentes de eficacia jurídica, convirtiéndose cada uno de los mismos en parámetros para apreciar la constitucionalidad de otras normas y de los actos de gobierno, entre ellos los actos administrativos de las municipalidades.

Este principio impone también la exigencia de interpretar cada disposición constitucional como un material normativo que debe ser trabajado, en un sentido concreto, sin desconocer el material sociológico de la realidad. De estos planteamientos se desprende como importante consecuencia que "la Constitución es una norma de aplicación directa, es auténtico Derecho"¹⁶².

Y en el caso de autos, este Tribunal considera que tiene la posibilidad de buscar recuperar el carácter vinculante de la norma constitucional con la realidad constitucional, con las necesidades concretas de la ciudadanía y en la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales, más aún si han existido casos de conocimiento público, en los que, por actuarse con informalidad, las víctimas humanas han sido materia de las portadas de los periódicos sensacionalistas del día siguiente.

67. Búsqueda de respeto constitucional y autonomía municipal

Por tanto, cuando se intente la defensa constitucional de los derechos fundamentales a través de un amparo, los jueces no podemos desconocer la autonomía, en el triple sentido (política, económica y administrativa) que ha sido reconocida constitucionalmente en el artículo 194.

Según este Colegiado, cada una de ellas significa lo siguiente, tal como lo ha desarrollado en el fundamento 35 de la Sentencia del Expediente 002-2005-PI/TC, Caso Miguel Ángel Mufarech Nemy y más de cinco mil ciudadanos: La administrativa nos permite observar que en la actualidad se reconocen dos niveles en el gobierno local: el provincial y el distrital, cuyas funciones están debidamente delimitadas (artículos 70 y 71 de la actual Ley Orgánica de Municipalidades). Dotarle de autonomía política ha sido una innovación de la Constitución de 1993 respecto a la de 1979. Dentro de los órganos que integran las Municipalidades, están el Consejo Municipal y la Alcaldía. Con respecto a la autonomía económica, sus ingresos están claramente establecidos en la Constitución¹⁶³ y desarrollados legalmente. Tampoco se les reconoce la potestad tributaria.

Por tal sentido, en el presente caso se debe reconocer la capacidad que tiene la municipalidad para el análisis de la libertad de empresa del demandante, respecto a la creación de empresa, según el marco de las competencias que fluyen de la autonomía asignada. Por tal sentido, este Colegiado reconoce plena validez a las actuaciones realizadas por las municipalidades en el marco de sus atribuciones, por ser de su competencia.

Es decir, cada inspección o estudio realizado por la Municipalidad Metropolitana de Lima es totalmente legítimo a efectos del análisis de la vulneración de los derechos fundamentales a través del funcionamiento de la discoteca Calle Ocho, por lo que los elementos probatorios utilizados en la presente sentencia son enteramente válidos al haber sido elaborados sobre la base de las competencias municipales.

Es así como, en ejercicio de sus funciones, la municipalidad cumplió con su rol constitucional: "el accionante pretende hacer valer la Resolución de Alcaldía N° 38636 en la cual no se le otorga la licencia de funcionamiento, sino se ordena que se siga con el trámite, lo cual sí acataron los funcionarios, es decir realizaron operativos, los mismos que nunca son comunicados a ningún administrado, caso contrario no tenían razón de hacerlos, siempre son sorpresivos, para todos los administrados, operativo donde estuvo presente el fiscal"¹⁶⁴.

68. Supremacía constitucional y autonomía municipal

La autonomía municipal en el ejercicio de las competencias que les reconoce la Constitución a las municipalidades, no supone una autarquía funcional, o que alguna de sus competencias pueda desvincularse total o parcialmente del sistema político, o del propio orden jurídico en el que se encuentra comprendido todo gobierno municipal. De esta forma, a través de ordenanzas municipales, como las que se han ido mostrando a lo largo de la presente sentencia, se observa cómo se han ido regulando derechos fundamentales, según las competencias otorgadas a las municipalidades.

Así lo ha reconocido este Tribunal cuando en el fundamento 8 de la Sentencia del Expediente 0010-2003-AI/TC, Caso Municipalidad Provincial de Santa, señala que "En efecto, el artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27972, Orgánica de Municipalidades, señala que la autonomía que la Constitución Política del Perú consagra en favor de las municipalidades, radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico.

Por ello, la autonomía que la Constitución garantiza a las Municipalidades debe ser ejercida por éstas en función del interés de los vecinos, toda vez que las municipalidades son reconocidas como instituciones representativas de los vecinos de una determinada localidad, y están llamadas a promover la adecuada prestación de los servicios públicos locales, fomentar el bienestar de los vecinos y el desarrollo integral y armónico de sus circunscripciones".

Sobre esta base se puede señalar que "si bien la Administración puede participar en la ordenación jurídica de la libertad de empresa, y en ese sentido, puede disponer medidas o intervenciones sobre la misma, dicha potestad sólo podrá ejercerse en el marco de sus competencias, con base en los requisitos y condiciones previstas por la norma legal que autoriza la reglamentación administrativa y guardando en su disposición el principio de razonabilidad que se orienta, además, por virtud del principio general de libertad"¹⁶³.

69. Vinculación de las normas constitucionales

En conclusión, siendo los derechos fundamentales parte del contenido dogmático de la Constitución, se hace necesaria una reafirmación, en atención a su especial significado que justifica su sistema de protección y el mandato constitucional, que establece como deber primordial del Estado en el artículo 44 de la Norma Fundamental, "garantizar la plena vigencia de los derechos humanos".

Es así como el constituyente ha tenido un especial interés de vincular a todos los poderes públicos y a todos los niveles de gobierno en torno a la defensa de la persona humana y de su dignidad, aspectos esenciales que integran el bien común como fin y tarea de los órganos estatales. De manera indubitable se incluyen las municipalidades, que dada su calidad de órganos de gobierno local, no pueden sustraer a su propio ámbito competencial la protección de los derechos y libertades de la persona humana.

Para el cumplimiento de los fines de protección de la sociedad ante el abuso de aplicación del derecho a la libertad de empresa, la municipalidad debe hacer uso de las herramientas que tanto la Constitución como las normas infraconstitucionales le otorgan.

§3. Libertad de empresa y otorgamiento de licencia de funcionamiento

70. La licencia de funcionamiento como función municipal

Constitucionalmente se ha prescrito en el artículo 195, inciso 4, que las municipalidades "son competentes para [...] crear, modificar y suprimir [...] licencias y derechos municipales, conforme a ley"¹⁶⁴, lo cual permitía en el momento del pedido de apertura de la discoteca en mención (artículo 68, inciso 7, de la derogada Ley Orgánica de Municipalidades) que las municipalidades puedan "otorgar licencias de apertura de establecimientos comerciales e industriales y de actividades profesionales y controlar su funcionamiento de acuerdo a ellas"¹⁶².

En este marco, y esto también corresponde a las municipalidades cuando se encuentren en un procedimiento de otorgamiento de licencias, "cada entidad debe identificar los procedimientos que realizan ante ella los ciudadanos para obtener su pronunciamiento siempre que su existencia satisfaga una necesidad precisa y revele relevancia práctica"¹⁶⁸.

71. Autorización automática y protección de derechos fundamentales

El demandante, explicando la Resolución de Alcaldía 38636, afirma que luego de haberse declarado fundado el recurso de apelación interpuesto tras la originaria denegatoria de la autorización de funcionamiento, se debe determinar a través del presente proceso constitucional "que prosiga con el trámite de Autorización Municipal de Funcionamiento, es decir de que se me entregue la misma, por contar con los informes favorables y la opinión de la Oficina de Asesoría Jurídica de la demandada, en el mismo, consecuentemente se me debió de entregar la Licencia precitada"¹⁶⁹.

Frente a tal argumentación, la parte demandada arguyó que "en primer lugar, la Resolución a la que hace alusión el demandante que es cosa decidida sólo autorizó su trámite, mas no la entrega de la licencia de funcionamiento, y en segundo lugar no es Abuso de Autoridad la denegatoria de una Licencia de Funcionamiento, sólo son actos de gobierno en estricto cumplimiento de la ley"¹⁷⁰.

Pero, ¿está en real capacidad la Municipalidad Metropolitana de Lima para otorgar o no otorgar licencias cuando considera que no se está respetando la Constitución? Una respuesta a tal interrogante es dada correctamente por el juez de primera instancia, posición que comparte este Colegiado. Este señala que "el procedimiento para la obtención de Licencia de Autorización de Funcionamiento Municipal es un procedimiento eminentemente declarativo, previsto como tal, en el cual se verifica únicamente el cumplimiento de los requisitos exigidos para la expedición de la Licencia"¹⁷¹.

72. Las condiciones de la licencia de apertura de funcionamiento

Según el artículo 4, acápite B, de la Ordenanza 282-MML, una licencia de apertura de establecimiento es la "autorización para el funcionamiento de un establecimiento en el que se desarrollan actividades comerciales, industriales o de servicios, que otorga la

Municipalidad al haberse cumplido con los requisitos establecidos en la presente Ordenanza", siendo este el único requisito a ser exigido, tal como lo prevé el artículo 1 del Decreto Legislativo 720¹²².

Por tanto, se necesita para que funcione un local, una licencia que determine la conveniencia de los fines del establecimiento con un correlato con los derechos de la comunidad, según análisis que realice cada municipalidad.

Por tal razón, para solicitar el pedido de autorización municipal de funcionamiento, acorde con el artículo sexto de la Ordenanza 235-MML se "deben observar las siguientes condiciones y requisitos: a) Estar ubicados a no menos de 150 metros lineales de Iglesias, Instituciones Educativas, Cuarteles y Hospitales; b) Presentar informe técnico de inspección ocular rubricado por arquitecto colegiado, responsabilizándose de que el local cumple con las especificaciones técnicas, en todos sus aspectos, que establece el Reglamento Nacional de Construcciones y específicamente las consignadas en los Capítulos XIII y XIV referidos a los Locales de Espectáculos y Centros de Reunión; c) Presentar informes favorables expedidos por Defensa Civil y el Comando Nacional del Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú. Los informes técnicos señalados en los incisos b) y c) deberán indicar expresamente la capacidad máxima de atención del local y serán de renovación anual".

73. El trámite de licencia definitiva

Pero, ¿qué sucedió con el trámite iniciado por el demandante? En marzo del 2001, este solicita, en vía de regularización, licencia de funcionamiento definitiva. En enero del 2002, los vecinos se oponen al otorgamiento de licencia. Tras este pedido la Resolución Directoral 1807 declara improcedente la solicitud de autorización de apertura de local comercial, sin embargo, esta no es notificada a los opositores, por lo que es declarada su nulidad por la Resolución de Alcaldía 6604.

Con esta base se inicia un nuevo procedimiento para el otorgamiento de licencia de funcionamiento. Inicialmente, todo hacía suponer que se iba a realizar tal concesión: el informe 1399-2002-MML-OGAJ opinaba que los trámites para funcionamiento de discoteca eran trámites anteriores al de un centro educativo que se encuentra a menos de 200 metros y esto no puede afectar el derecho del peticionante; y el informe de Inspección Técnica 36-MML-DGDC consideraba que el local estaba apto. Sin embargo, tras el memorándum 1608-2002-MML-OGAJ, que solicitaba la actualización de los datos contenidos en el Informe 177, la municipalidad realizó diversos actos conducentes a analizar la situación del local donde funciona la discoteca. En agosto del 2002, fue realizada la inspección ocular por el personal de la División de Autorización Municipal de Funcionamiento y se determinó que los tiques entregados al ingresar al local no pertenecían al recurrente sino a Mariela Isabel Flores Zapata; que el público mayormente estaba constituido por estudiantes y que la situación sanitaria era deficiente. El mismo día, y coincidiendo en

horarios, se realizó un operativo conjunto dirigido por la Municipalidad Metropolitana de Lima, con la presencia de representantes de la Policía Nacional, además de los miembros de Defensa Civil y Seguridad Ciudadana, el mismo que determinó que la cocina funcionaba en el lugar de dos baños, que no existían estacionamientos, se indicaba la capacidad máxima de 800 personas cuando el máximo era de 500; una de las escaleras de emergencia no contaba con ancho mínimo reglamentario, y existían 10 centros de educación cerca del local. Días después, se emitió el informe 343-2002-MML-DMCDC-OMAF-MC-MVA-JC, concluyendo que el local no cumplía los requisitos, pues se pudo constatar la presencia de menores en el local, existiendo deficiencias de acondicionamiento; el horario contravenía normas; los boletos no eran numerados; el personal que vendía licor no contaba con carnet de sanidad; se había cambiado de nombre de local; existía oposición de vecinos y se observaban diversos locales educativos a menos de 150 metros. Además, existe el informe 188-2002-MML-OGAJ, en el que se concluye que el local no está de acuerdo con la zonificación del Centro Histórico.

En conclusión, y pese a existir el informe favorable de Defensa Civil, según Certificado de Seguridad, válido por un año desde diciembre del año pasado, así como la Resolución de Alcaldía 18236, que concluye dejar sin efecto la Resolución 2369, referida a la clausura del local, se emitió la Resolución de Alcaldía 19854, la misma que concluye declarando infundado el recurso de apelación contra la improcedencia de pedido de licencia, pues aparte del informe 348, existe un local educativo a menos de 200 m (IES Rochdale) que cuenta con licencia desde el 2000, a diferencia del local del recurrente que no cuenta con ninguna.

74. Tipo de solicitud: silencio y automaticidad

Si bien en la actualidad se señala, según el artículo 45 de la Ordenanza 282-MML, que "la presentación de la solicitud de Licencia de Apertura de Establecimiento con la documentación completa y el pago de los derechos respectivos, faculta la iniciación de la actividad económica", esto no significa que se está otorgando automáticamente la licencia, sino simplemente expresa que se puede realizar la actividad. No existe paridad de contenidos entre ambas medidas.

La norma correspondiente para el funcionamiento de las empresas dedicadas al sector diversión es básicamente el artículo 71 del Decreto Legislativo 776, según el cual "la licencia de apertura de establecimiento tiene vigencia indeterminada. Los contribuyentes deben presentar ante la Municipalidad de su jurisdicción una declaración jurada anual, simple y sin costo alguno, de permanencia en el giro autorizado al establecimiento", entonces, debe quedar establecido que si bien la Ley del Procedimiento Administrativo General prevé tres formas procedimiento de aprobación de solicitudes, se debe establecer cuál es la que corresponde en el momento presente a las licencias de funcionamiento definitivas.

En primer lugar, tal como lo dispone el artículo 31, incisos 1 y 4, de la Ley del Procedimiento Administrativo General, con el fin de posibilitar el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, las licencias provisionales se podrían entender automáticas, y "la solicitud es considerada aprobada desde el mismo momento de su presentación ante la entidad competente para conocerla, siempre que cumpla con los requisitos y entregue la documentación completa, exigidos en el TUPA de la entidad", pues "son procedimientos de aprobación automática, sujetos a la presunción de veracidad, aquellos conducentes a la obtención de licencias [...] que habiliten para el ejercicio continuado de actividades profesionales, sociales, económicas o laborales en el ámbito privado, siempre que no afecten derechos de terceros y sin perjuicio de la fiscalización posterior que realice la administración".

Es automática pero siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos previos. Es decir, lo único que estaría señalando el gobierno local es que el trámite para el otorgamiento de una licencia se ha iniciado, y mientras tanto, se "autoriza" al peticionante que se puedan realizar las actividades correspondientes al giro solicitado, mientras dure el trámite correspondiente. Solo habrá una autorización provisional, mas no una licencia propiamente dicha.

Es decir, luego de que las municipalidades realicen sus actividades correspondientes, a fin de tutelar los derechos y bienes constitucionalmente reconocidos, se podrá emitir en el plazo de un año la correspondiente licencia definitiva.

Pero, ¿qué sucede si no la emite la correspondiente municipalidad en tal plazo? Por la naturaleza de los derechos y bienes protegidos, así por la trascendencia social de la creación de una cultura de respeto del "otro", lo que corresponde es que se entienda que existe una evaluación previa con silencio negativo, pues esta es correcta, tal como lo prevé el artículo 34, inciso 1, acápite 1, de la Ley del Procedimiento Administrativo General, "cuando la solicitud verse sobre asuntos de interés público, incidiendo en la salud, medio ambiente [...] la seguridad ciudadana [...] y el patrimonio histórico cultural de la nación", tal como ocurre en todo establecimiento de acceso público, y del cual se puede beneficiar –o en caso de una tragedia, situación no ajena al país– a una gran cantidad de personas.

75. Válida negativa de la solicitud de licencia de funcionamiento

En las normas actuales, se permite que la licencia de apertura de establecimiento sea revocada por diversas causales, las mismas que bajo una interpretación según un apotegma *a pari*, servirán para que la misma no sea otorgada. Claramente se expresa en el artículo 17, acápite b, de la Ordenanza 282-MML, que una causal será "cuando la Dirección Municipal de Fiscalización y Control u otra dependencia, compruebe denuncia[s] grave[s] interpuestas por los vecinos, por irregularidades propias del local y/o de su funcionamiento".

Como válidamente lo ha señalado este Colegiado en el fundamento 4 de la Sentencia del Expediente 1813-2004-

AA/TC, Caso Edilberto Zavino Pazce Payano, "si bien es cierto que la sola presentación de la solicitud, con los requisitos exigidos por ley, entre ellos el certificado de registro único de contribuyente, el certificado favorable de zonificación y compatibilidad de uso, una declaración jurada simple sobre la condición de microempresa o pequeña empresa y el recibo de pago por derecho de trámite correspondiente, supone el otorgamiento automático de la licencia municipal de funcionamiento provisional [...]; también lo es que ello no puede enervar la potestad de la Municipalidad de realizar una posterior evaluación y verificación cuando se presentan graves irregularidades en el funcionamiento de los establecimientos autorizados".

Es decir, no solo basta que se cumplan meros requisitos formales para que se otorgue una licencia de funcionamiento a un local público, como en este caso una discoteca, sino la autoridad municipal *está en la obligación*, según la observancia directa de la Constitución, y la exigibilidad inmediata de la misma, de observar si el funcionamiento de tal establecimiento no afectará derechos y bienes jurídicamente protegidos según la Norma Fundamental.

Si y solo si un local cumple todos los requisitos formales y respeta los derechos fundamentales de la colectividad, la municipalidades estarán obligadas a otorgar la licencia respectiva. Respetando la autonomía de los gobiernos locales, se debe aceptar el grado de discrecionalidad que tienen estas para determinar si otorgan o no una licencia, y solo podrá intervenir la judicatura en caso de que se hayan vulnerado derechos fundamentales del peticionante.

76. Deber de fiscalización y operativo conjunto

Debe quedar claro que la municipalidad realizó todo tipo de acciones que estaban a su alcance para analizar si la licencia que iba a emitir era coherente o no con lo que se busca de centros nocturnos, como la discoteca en mención.

Por tanto, según el artículo 7, acápite d, de la Ordenanza 235-MML, sabiendo que los propietarios de los establecimientos deben "facilitar la tarea fiscalizadora de los Inspectores de Protección al Consumidor, de los vecinos de la jurisdicción y de las autoridades competentes, para comprobar el normal desarrollo de sus actividades", deben estar prestos a colaborar con las autoridades municipales cuando intenten realizar inspecciones dentro del propio local, cosa que no ha sucedido con respecto al demandante⁷²¹.

Es más, según el artículo 2 del Decreto Legislativo 720, "los Gobiernos Locales para garantizar el cumplimiento de las normas vigentes sobre higiene y salubridad, ejercerán una supervisión y fiscalización que no se basará en controles previos o netamente formales, sino en forma directa y permanente durante la producción del bien o servicio".

Sin embargo, el demandante no ha colaborado en forma alguna con el ejercicio de las atribuciones municipales:

al percatarse de la existencia de un operativo, se retuvo a los integrantes del mismo en el *hall* del local "dando así oportunidad para que los menores de edad e indocumentados sean conducidos a otro ambiente con la finalidad de esconderlos del personal que trataba de ingresar. Los indocumentados y menores de edad fueron conducidos a la parte posterior del establecimiento por orden del Administrador, dentro del cual los suscritos nos hicimos pasar como indocumentados acompañando a 14 personas. Fuimos conducidos al depósito inmediato a la puerta de servicio, cerrándose las puertas y encontrándose siempre vigilante el personal de seguridad, el cual increpaba guardar silencio (el personal del operativo aún era retenido en el *hall* de ingreso). En el acto, el Dr. Juan Carlos Cortez sabiendo la ubicación nuestra y de las demás personas fue el primero en salir (argumentando el olvido de su maletín) hasta la recepción del local para dar aviso al personal del operativo. Paralelamente por esta actitud el personal de seguridad nos trasladó a un segundo depósito. En este segundo ambiente ingresó el administrador e increpó la salida de este recinto al Sr. Manuel Carbajal Vela (presumiéndose haber sido reconocido por alguna persona que acude a la Municipalidad), el mismo que fue sacado a empujones y a gritos conjuntamente con la Arq. Miriam N. Valverde Alvarado al área de baile. En cuestión de segundos, el personal del operativo logró ingresar al local para lo cual los suscritos llevaron a los efectivos de la PNP hasta estos depósitos siendo muy tarde la intervención ya que estas personas indocumentadas y menores de edad fueron escondidas en algún lugar del interior de la discoteca o se presume la salida a través de otro lote quienes nunca fueron encontrados"

Pese a la crítica expresada por el demandante a tal operativo, la parte demandada afirma que "si la autoridad se va a poner a notificar el día de la inspección, todos los administrados ese día actúan conforme a Ley y posteriormente trabajan al margen de la Ley, por lo tanto este tipo de inspecciones a nadie se les comunica, es como por ejemplo día a día se observa operativos televisados a prostíbulos, o como últimamente, a trabajadores de la Fiscalía o del Poder Judicial que caído *in fraganti*, sin embargo, no han sido notificados con el objeto de comprobar si actúan dentro de la ley"^[74].

Es así como pese a la negativa del demandante a una inspección, esta se configura de manera adecuada dentro del marco de competencias municipalidades. Además, el operativo contó con la presencia de miembros del Ministerio Público y la Policía Nacional. Inclusive, lo observado en tal operativo se complementa con el Acta Fiscal existente de una intervención complementaria.

77. Control adecuado sobre la libertad de empresa

Entonces, la validez jurídica de las normas de intervención sobre la libertad de empresa debe estar guiada por sus finalidades, principios u objetivos que persigue la municipalidad, y que justifican la imposición de tales medidas. Así se configura el alcance de esta libertad, en tanto es derecho y es garantía institucional.

Así, en el presente caso, al haberse demostrado un interés general en sentido estricto de proteger a la comunidad y a los concurrentes a la discoteca, este debe prevalecer sobre el interés particular del demandante^[75]. Es decir, "con la inserción del principio de proporcionalidad en el juicio de constitucionalidad de las intervenciones sobre la libertad de empresa, se está poniendo de presente la noción de interés general en sentido amplio, en tanto con él se procura evitar la contradicción integral entre intereses públicos y privados en juego, y en su evento reducir o controlar al máximo sus efectos"^[76].

En tal sentido, de lo expuesto a lo largo del presente caso, queda claramente establecido que el demandante pretende que se otorgue licencia definitiva a un local que ha traspasado claramente los límites impuestos por la propia Constitución, en tanto ejercicio de su libertad de empresa: se afectó la moral, la salud y la seguridad públicas.

78. Inexistencia de protección de la libertad de empresa e improcedencia de la demanda

Según el artículo 37, inciso 25, del Código Procesal Constitucional, puede ser materia de protección a través de un amparo un derecho constitucional como el previsto en el artículo 59 de la Constitución, respecto a la libertad de empresa.

Sin embargo, de todo lo expresado anteriormente, se puede colegir que no se encuentra ejerciendo correctamente un derecho a la libertad de empresa, tanto por no haber podido acceder correctamente al mercado (no cuenta con licencia de funcionamiento, según lo ha determinado, dentro de sus funciones, la Municipalidad Metropolitana de Lima) como por haber excedido los límites que su ejercicio conlleva (respecto a la moral, seguridad y salud públicas).

Por tanto, es de aplicación el artículo 38 del Código Procesal Constitucional, según el cual "no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no esté referido a los constitucionalmente protegidos del mismo", situación que nos lleva ineludiblemente a declarar la improcedencia de la presente demanda, más aún si se ha considerado en el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, lo siguiente: "No proceden los procesos constitucionales cuando los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado".

79. La vía idónea para hacer valer los derechos del demandante

El recurrente Ludesminio Loja Mori, con relación a la solicitud de funcionamiento de su discoteca Calle Ocho, no se encuentra protegido ni amparado por derecho fundamental alguno, por lo que no se puede considerar la existencia de un agravio constitucional en su contra. Por esta razón, y tal como se ha fundamentado a lo largo de la presente sentencia, se debe declarar la improcedencia de la demanda interpuesta.

De esta manera, tal como lo ha señalado este Colegiado en el fundamento 50 de la Sentencia del Expediente 1417-2005-AA/TC, Caso Manuel Anicama Hernández, para el caso del derecho fundamental a la pensión: “(...) en atención a su función de ordenación, el Tribunal Constitucional no puede limitarse a precisar los criterios que procedibilidad del amparo constitucional en materia pensionaria, sino que, a su vez, debe determinar la vía judicial en las que deban ventilarse las pretensiones sobre dicha materia que por no gozar de protección constitucional directa, no son susceptibles de revisarse en sede constitucional (...)”.

En tal sentido, al demandante le queda expedito el camino del proceso ordinario (especialmente, del contencioso-administrativo) para hacer valer sus derechos constitucionales. Sólo esta vía será la idónea para contradecir cualquier afectación en la no emisión de una licencia de funcionamiento.

Ahora bien, al juez le corresponde actuar con la celeridad y urgencia que amerita la protección de derechos fundamentales, pese a que la vía que se utilice sea distinta a la del amparo.

VI. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

EXP. N° 3330-2004-AA/TC
LIMA
LUDESMINIO LOJA MORI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO BARDELLI LARTIRIGOYEN

Disiento, con el debido respeto de mis colegas, del fallo que han vertido en el caso de autos, por los fundamentos que a continuación expongo:

1. Mediante Resolución Directoral Municipal N.° 2369 de fecha 26 de agosto de 1997 se declaró improcedente la solicitud del recurrente para obtener la licencia de funcionamiento de establecimiento comercial, lo que motivó a que interponga una acción de amparo contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, la cual culminó con la resolución de fecha 31 marzo de 1998 emitida por la Sala Corporativa Transitoria de Derecho Público, que

ordenó dejar sin efecto la referida Resolución Directoral.

2. Desconociendo el mandato judicial, la Municipalidad Metropolitana de Lima emitió la Resolución de Alcaldía N.° 2336, de fecha 2 de julio de 1999, declarando infundado el recurso de apelación contra la referida Resolución Directoral N.° 2369.

3. El recurrente solicitó la reactivación de la solicitud de licencia de funcionamiento de su establecimiento comercial, emitiendo la Municipalidad Metropolitana de Lima la Resolución Directoral N.° 1007, de fecha 24 de octubre de 2001, que declara improcedente su solicitud.

4. Mediante Resolución Directoral Municipal N.° 1087, de fecha 21 de noviembre de 2001, se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por el recurrente contra la Resolución Directoral Municipal N.° 1007.

5. A través de la Resolución de Alcaldía N.° 18236 se dejó sin efecto la Resolución Directoral Municipal N.° 2369 de fecha 26 de agosto de 1997, resolución emitida en acatamiento del requerimiento realizado por el Quincuagésimo Octavo Juzgado Especializado Civil de Lima, en cumplimiento de la resolución judicial de fecha 31 de marzo de 1998 expedida en el proceso de acción de amparo resuelto por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público.

6. La Municipalidad Metropolitana de Lima emitió la Resolución del Alcaldía N.° 38636 de fecha 26 de diciembre de 2001, declarando fundado en segunda y última instancia administrativa el recurso de apelación contra la Resolución Directoral Municipal N.° 1087, de fecha 21 de noviembre de 2001, resolución que adquirió la calidad de cosa decidida en aplicación de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobada por Decreto Supremo N.° 02-94-JUS, aplicable al procedimiento administrativo en virtud de la Primera Disposición Transitoria de la Ley N.° 27444.

7. Posteriormente se expidió la Resolución de Alcaldía N.° 6604 de fecha 11 de marzo de 2002, que declara la nulidad de lo actuado con posterioridad a la Resolución Directoral Municipal N.° 1087, incluyendo la antes mencionada Resolución de Alcaldía N.° 38636.

8. La Municipalidad Metropolitana de Lima expidió la Resolución de Alcaldía N.° 19854 con fecha 30 de diciembre de 2002, que declara infundado el recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra la Resolución Directoral Municipal N.° 1087.

9. Con fecha 27 de junio de 2001 se publicó la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N.° 04-2000-AI-TC, que declaró inconstitucional la Primera Disposición Transitoria de la Ley N.° 26960 –Ley que establece normas de regularización de la situación del Personal de la Sanidad de la Policía Nacional– que modificó los artículos 109° y 110° del Decreto Supremo N.° 02-94-JUS, y en virtud de la cual la autoridad administrativa no tendría la facultad de declarar la nulidad de oficio de las resoluciones administrativas

como consecuencia de la inconstitucionalidad de la Primera Disposición Transitoria de la acotada Ley.

10. La Resolución de Alcaldía N.º 38636 emitida dentro de un procedimiento administrativo iniciado durante la vigencia del Decreto Supremo N.º 02-94-JUS, adquirió la calidad de cosa decidida, siendo plenamente válida, y surte todos sus efectos, toda vez que lo contrario sería atentar contra el debido proceso reconocido en los artículos 2º y 139º de la Constitución Política del Estado.

11. El Artículo III del Título Preliminar del Decreto Supremo N.º 02-94-JUS señala que en todo acto o procedimiento debe observarse el ordenamiento legal vigente.

12. La Resolución de Alcaldía N.º 6604 no fue debidamente notificada. Al respecto, debe precisarse que, según el artículo 20º de la Ley N.º 27444 aplicable por mandato del numeral 2) de la Primera Disposición Transitoria de la acotada ley, "(...) son aplicables a los procedimientos en trámite, las disposiciones de la presente ley que reconozcan derechos o facultades a los administrados frente a la administración, así como el Título Preliminar". La notificación será efectuada respetando el orden de prelación.

13. La Administración debe tener certeza de que sus actos han sido debidamente notificados; por tal razón, el cargo que fluye a fojas 63 es cuestionable, dado que no cumplió con el orden de prelación de las modalidades de notificación que le hubiera conferido certeza para comprobar fehacientemente la correcta notificación a efectos de ejercitar el derecho de defensa. Por ello, soy de la opinión que en el proceso administrativo materia de análisis no se ha respetado el debido proceso en todas sus fases, lo cual vulnera los derechos constitucionales del recurrente.

14. Es menester indicar que no es la intención del recurrente cuestionar las competencias y funciones de la Municipalidad Metropolitana de Lima, sino el procedimiento administrativo mediante el cual se materializaron las decisiones de la administración municipal, las cuales debieron estar acordes con el legítimo derecho de defensa y la seguridad jurídica de las resoluciones con calidad de firmes y de cosa decidida.

15. El informe N.º 1660-2003-OGAJ-MML de fecha 17 de julio de 2003 señala textualmente que: *"Las observaciones anotadas nos permiten concluir en forma definitiva que ha existido una vulneración al debido procedimiento administrativo, el cual ha sido subsanado con la Resolución de Alcaldía N.º 18236, debiendo por consiguiente emitirse acto administrativo correspondiente que anule expresamente la Resolución de Alcaldía N.º 19854 y retrotraiga el procedimiento; sin embargo, atendiendo a que existe una orden judicial que nos obliga a abstenernos de realizar cualquier acto sobre dicha resolución, se debe previamente esperar el pronunciamiento expreso de la autoridad jurisdiccional al amparo del artículo 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial"*.

16. En ese sentido, se puede concluir que la demandada ha reconocido que se ha vulnerado el debido procedimiento con marchas y contramarchas sin un sustento lógico y real, lo cual ha afectado notoriamente los derechos constitucionales invocados, advirtiéndose, además, que la Municipalidad Metropolitana de Lima está a la espera de la culminación del presente proceso judicial para proceder a retrotraer las cosas al estado anterior a la vulneración del debido proceso, y tramitar la nulidad de la Resolución de Alcaldía N.º 19854, entre otros aspectos, vulnera el fallo judicial de fecha 31 de marzo de 1998 expedido por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público.

17. El amparo procede en los casos en que se violen o amenacen derechos constitucionales distintos a la libertad personal, por acción, por omisión o por actos de cumplimiento obligatorio, por lo que resulta procedente que el accionante solicite que se repongan las cosas al estado anterior a la violación de sus derechos al debido proceso, a la libre empresa y al trabajo, tal como lo prevé el Código Procesal Constitucional. A mayor abundamiento, el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Estado establece como principio de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, debiendo concebirse al debido proceso como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos existentes en el Derecho.

18. Por último, debo recordar que el Tribunal Constitucional, en la sentencia de fecha 3 de noviembre de 2001, recaída en el Expediente N.º 1211-2000-AA/TC, ha señalado que *"El debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos existentes en nuestro ordenamiento jurídico, incluidos los administrativos"*.

Por las razones expuestas, mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda de amparo de autos.

SR.

BARDELLI LARTIRIGOYEN

^[1] SMEND, Rudolph. Constitución y Derecho Constitucional. Madrid, CEC, 1985. p. 95.

^[2] Fundamento 4 de la demanda de amparo (f. 43 del expediente).

^[3] BASSOLS COMA, Martín. Constitución y sistema económico. Madrid, Tecnos, 1986. pp. 133, 134.

^[4] SANTAELLA QUINTERO, Héctor. El modelo económico en la Constitución de 1991. En: Revista de Jurisprudencia Administrativa. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, n° 2. p. 89.

^[5] Sobre el tema, KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo. La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado. En: Libro Homenaje a Jorge Avendaño. Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 2004. pp. 540, ss.

¹⁶¹ Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo de la demanda (f. 22 del expediente).

De otro lado, "efectuado la consulta en la página web de la SUNAT, se pudo constatar que dicha señora registra el local como uno de sus establecimientos comerciales anexos, y como actividad económica 'Producción y distribución de filmes y videos', actividad totalmente distinta a la que se ejerce en el local, de Discoteca" (f. 32 del expediente).

¹⁷¹ Fundamentos 1 y 2 de la demanda de amparo [f. 39, 40 del expediente].

¹⁸¹ Norma de 1991, con la consiguiente modificación por el artículo único de la Ley 25409, de 1992.

¹⁹¹ La Solicitud Simplificada de Licencia Municipal de Funcionamiento "es una solicitud presentada en papel simple con carácter de Declaración Jurada ante el Municipio Distrital correspondiente a la jurisdicción de la empresa y que consigna únicamente los siguientes datos: a) Nombre de la empresa; b) Dirección de la empresa; c) Teléfono, Facsímil y/o Télex de la empresa, si los tuviera; d) Descripción de la actividad que desarrolla o piensa desarrollar; e) Número de trabajadores y empleados. Como único requisito, se adjunta a esta solicitud una copia simple del Registro Unificado a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto Legislativo" [segundo párrafo del artículo 11].

¹⁹⁰ De otro lado, "la Municipalidad, en un plazo no mayor de siete (7) días hábiles, otorga en un solo acto la licencia de funcionamiento provisional previa conformidad de la zonificación y compatibilidad de uso correspondiente. Si vencido el plazo, la Municipalidad no se pronuncia sobre la solicitud del usuario, se entenderá otorgada la licencia de funcionamiento provisional" [artículo 38 de la vigente Ley de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa, del 2003].

¹¹¹ Sentencia de la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público, Causa 599-97-DP, de 31 de marzo de 1998, fund. 3, presentado como anexo por el demandante (f. 151 del Expediente).

¹²¹ En la actualidad, con el artículo 38 de la vigente Ley de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa del 2003, el plazo se ha mantenido, pero ya no se consigna plazo complementario alguno, pues sólo se ha señalado que "la licencia provisional de funcionamiento tendrá validez de doce (12) meses, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud".

¹³¹ La Oficina General de Asuntos Jurídicos opina que "todo el procedimiento administrativo contenido en el Expediente N° 703062-97 ha sido anulado, y por consiguiente debe retrotraerse al estado de resolver la solicitud formulada para acceder a la autorización de funcionamiento de su local comercial" [Informe 1660-2003-OGAJ-MML, de julio del 2003, presentado como anexo por el demandante (f. 126 del expediente)].

¹⁴¹ Consideración C del Recurso Extraordinario interpuesto por el demandante (f. 192 del expediente).

¹⁵¹ KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo. La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado. En: AA.VV. Libro Homenaje a Jorge Avendaño. Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 2004. p. 533.

¹⁶¹ PAZ-ARES, Cándido y ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. Un ensayo sobre la libertad de empresa. En: AA.VV. Estudios Homenaje a Luis Díez-Picazo. Madrid, Thomson-Civitas, 2003. t. IV, pp. 5971, ss.

¹⁷¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El sistema constitucional español. Madrid, Dykinson, 1992. p. 163.

¹⁸¹ Es decir, deben respetar "las normas de acústica, seguridad e higiene del local" [artículo séptimo acápite a].

¹⁹¹ Resolución Directoral Municipal 007, del 2001, presentada como anexo por el demandante (f. 157 del expediente).

²⁰¹ "Se considera... adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad" [artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes].

²¹¹ "Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad" [artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en 1989, por la Asamblea General de las Naciones Unidas y suscrita por el Perú en 1990, a través de la Resolución Legislativa N° 25278].

²²¹ También reconocido en el artículo 3 acápite 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño ("una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño").

²³¹ Similar al artículo 27 acápite 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁴¹ Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo de la demanda (. 23, 24 del expediente).

²⁵¹ Acta fiscal del 7 de junio del 2002, presentada como anexo por la demandada (f. 58 del expediente).

²⁶¹ Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo de la demanda (f. 23 del expediente).

²⁷¹ La Corte Interamericana ha señalado que "en aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia" [Opinión Consultiva OC-17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párr. 65].

²⁸¹ Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo de la demanda (f. 26 del expediente).

²⁹¹ Cuenta con licencia definitiva, emitida el 14 de septiembre del 2000, según Expediente 27258, iniciado, el 13 de julio del 2000.

Sin embargo, según la municipalidad, esta fecha es "posterior al inicio del trámite de autorización presentada por el recurrente" [Resolución de Alcaldía 28636 (f. 4 del

expediente)], dato que es irrelevante para el presente caso, tal como se explicara *supra*.

³³⁰ Además, en el presente, "las municipalidades provinciales, en coordinación con el Instituto Nacional de Cultura o a su solicitud, pueden establecer limitaciones especiales por la necesidad de conservación de zonas monumentales y de edificios declarados monumentos históricos o artísticos, de conformidad con las leyes sobre la materia y con las ordenanzas sobre protección urbana y del patrimonio cultural" [artículo 91 de la vigente Ley Orgánica de Municipalidades].

³³¹ Informe 1818-2002-MML-OGAJ, expuesto como anexo de la contestación de la demanda (f. 61 del expediente).

³³² Informe 177-2001-MML-DMCDC-DAMF, presentado como anexo por el demandante (f. 5, ss. del expediente).

³³³ Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo de la demanda (f. 29 del expediente).

³³⁴ Acta fiscal del 7 de junio del 2002, presentada como anexo por la demandada (f. 58 del expediente).

³³⁵ Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo del demandante (f. 31 del expediente), retomado en el Informe 1818-2002-MML-OGAJ, presentado como anexo por la parte demandada (f. 60 del expediente).

³³⁶ MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. Sistemas de protección de salud. p. 452.

³³⁷ En la inspección realizada por la Municipalidad de Lima, se señaló que "en pleno funcionamiento del local procedimos a verificar el estado de los baños, existiendo deficiencia en los aparatos sanitarios. En el baño de damas se constató que de los cuatro lavatorios sólo funcionaba uno" [Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo de la demanda (f. 23, 24 del expediente)].

³³⁸ Sentencia del Expediente 2945-2003-AA/TC, Caso Azanca Alhelí Meza García, fund. 28 ("es evidente la necesidad de proceder a las acciones encaminadas a instrumentalizar las medidas dirigidas a cuidar la vida, lo que supone el tratamiento orientado a atacar las manifestaciones de cualquier enfermedad para impedir su desarrollo o morigerar sus efectos, tratando, en lo posible, de facilitar los medios que al enfermo le permitan desenvolver su propia personalidad dentro de su medio social").

³³⁹ ABRAMOVICH, Víctor y Chistian COURTIS. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid, Trotta. p. 33.

³⁴⁰ Sobre este tema, artículo octavo acápite a de la Ordenanza 235-MML.

Es más, el "expendio de alimentos y bebidas debe realizarse en locales que reúnan las condiciones de ubicación, instalación y operación sanitariamente adecuadas, y cumplir con las exigencias establecidas en el reglamento que dicta la Autoridad de Salud de nivel nacional" [Artículo 95 de la Ley General de Salud, tema retomado en el artículo octavo acápite b de la Ordenanza

235-MML ("mantener las condiciones de higiene y salubridad en todas sus instalaciones y servicios").

³⁴¹ Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo de la demanda (f. 23 del expediente).

³⁴² Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo de la demanda (fs. 32 del Expediente).

³⁴³ CANOSA USERA, Raúl. Constitución y Medio Ambiente. Madrid, Dykinson, 2000. p. 138.

³⁴⁴ ALONSO GARCÍA, María Consuelo. El régimen jurídico de la contaminación atmosférica y acústica. Madrid, Marcial Pons, 1995. pp. 31, 32.

³⁴⁵ En esta norma también se considera como ruidos nocivos "los producidos en la vía pública, viviendas, establecimientos industriales y/o comerciales y en general en cualquier lugar público o privado, que excedan los siguientes niveles: en Zonificación Residencial: 80 decibeles; en Zonificación Comercial: 85 decibeles; en Zonificación Industrial: 90 decibeles" y como ruidos molestos "los producidos en la vía pública, viviendas, establecimientos industriales y/o comerciales y en general en cualquier lugar público o privado señalados como ruidos nocivos", siendo de las 07:01 a las 22:00 horas: en Zonificación Residencial: 60 Decibeles; en Zonificación Comercial: 70 Decibeles; en Zonificación Industrial: 80 Decibeles, y de las 22:01 a las 07:00 horas: en Zonificación Residencial: 50 Decibeles; en Zonificación Comercial: 60 Decibeles; en Zonificación Industrial: 70 Decibeles [artículo 2].

³⁴⁶ Fundamento Cuarto de la contestación de la demanda (f. 67 del expediente).

³⁴⁷ Resolución Directoral Municipal 1007, de octubre del 2001, presenta como anexo por el demandante (f. 158 del expediente).

³⁴⁸ PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Madrid, Marcial Pons, 2000. p. 330.

³⁴⁹ PLÁCIDO, Alex. El derecho a la integridad personal en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Lima, San Marcos. p. 21.

³⁵⁰ Emitido en diciembre del año pasado y con vigencia por un año [Certificado adjuntado como parte del escrito del demandante ante el Tribunal Constitucional (f. s/n del expediente)].

³⁵¹ Certificado de agosto del 2002, presentado como anexo por el demandante [fs. 35 del Expediente].

³⁵² "No cuenta con informe favorable expedido por el Comando Nacional del Cuerpo General de Bomberos del Perú, además de que estos informes técnicos son de renovación anual, donde debe señalarse la capacidad del local" [Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo de la demanda (f. 33 del expediente)].

³⁵³ Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo de la demanda (f. 243 del expediente).

- ^[54] Expresamente señalada en el Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo de la demanda (f. 244 del expediente).
- ^[55] BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coordinador). *Derecho constitucional. Vol. II*. Madrid: Tecnos, 1999. p. 220.
- ^[56] Acta fiscal del 7 de junio del 2002, presentada como anexo por la demandada (f. 58 del expediente).
- ^[57] CANOSA USERA, Raúl. *Constitución y Medio Ambiente*. Jurista. p. 138.
- ^[58] Respecto a un tema específico como es la contaminación acústica, se ha previsto que toda persona tenga "derecho a exigir una acción rápida y efectiva ante la justicia en defensa del medio ambiente" [artículo III del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales].
- ^[59] En el momento del presente caso, se señalaba que las municipalidades eran "los órganos del Gobierno Local, que emanan de la voluntad popular", siendo "personas jurídicas de derecho público con autonomía económica y administrativa en los asuntos de su competencia" [artículo 2 de la derogada Ley Orgánica de Municipalidades].
- ^[60] RUBIO LLORENTE, Francisco. *La Constitución como fuente del Derecho*. En: *Las Constituciones españolas y la fuentes del Derecho*. Madrid: 1979.
- ^[61] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, CEC, 1993. pp. 86, 87
- ^[62] ALVÁREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid, Tecnos, 1999. vol. 1, p. 162
- ^[63] Se explican claramente los bienes y rentas municipales [artículo 196 de la Constitución y artículo 46 de la Ley de Bases de la Descentralización].
- ^[64] Fundamento Quinto de la contestación de la demanda (f. 68 del expediente).
- ^[65] CORREA HENAO, Magdalena. *Relación entre la libertad de empresa e interés general*. *Pesquisa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*. En: *Revista de Jurisprudencia Administrativa*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, n° 2. p. 34.
- ^[66] También previsto en el artículo 9 inciso 9 de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972.
- ^[67] En la actualidad, artículos 79 acápite 3.6.4 y 161 acápite 4.4 de la vigente Ley Orgánica de Municipalidades.
- ^[68] Morón Urbina, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima, Gaceta Jurídica, 2004. p. 209.
- ^[69] Fundamento 1 de la demanda de amparo (f. 40 del expediente).
- ^[70] Fundamento Segundo de la contestación de la demanda (f. 65 del expediente).
- ^[71] Fundamento Sexto acápite d de la Sentencia del Trigésimo Séptimo Juzgado Civil de Lima (f. 90 del expediente).
- ^[72] Salvo cuestiones de sanidad, "las Municipalidades sólo podrán exigir a las personas naturales o jurídicas, para el desarrollo de cualquier actividad económica, la Autorización Municipal de Funcionamiento".
- ^[73] Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo de la demanda (f. 23, 24 del expediente).
- ^[74] Error de hecho Sexto de la apelación a la sentencia de primera instancia por parte del demandado (f. 101 del expediente).
- De otro lado, la municipalidad señaló que "en todo momento se obstruyó nuestra labor evaluadora, impidiéndonos el correcto desarrollo de la inspección ocular" [Informe 343-2002-0372-2002-MML-DMCDC-MC-MVA-JC, presentado como anexo de la demanda (f. 32 del expediente)].
- ^[75] PAREJO ALFONSO, Luciano. *El interés general o público*. Las potestades generales o formales para su realización. En: PAREJO ALFONSO, Luciano y otros. *Manual de Derecho Administrativo*. Madrid, Ariel Derecho, 1998. vol. 1. p. 607.
- ^[76] CORREA HENAO, Magdalena. *Relación entre la libertad de empresa e interés general*. *Pesquisa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*. Ob. cit. p. 55.

Exp. N° 2798-2004-HC/TC [Proceso de Hábeas Corpus promovido por Gabriel Orlando Vera Navarrete. Sobre el plazo máximo de detención en procesos acumulados].

Fecha de Resolución: 09 de diciembre de 2004

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 10 de febrero de 2005

Resumen: En el presente caso, el Tribunal Constitucional señaló que la protección judicial tiene una doble dimensión: por un lado, es consecuencia del derecho de las víctimas de violaciones a sus derechos humanos alcanzar verdad, justicia y reparación como consecuencia de los hechos sufridos; y por otro lado, conlleva explícitamente la obligación de las autoridades jurisdiccionales de desarrollar los procesos judiciales a su cargo bajo las estrictas medidas de seguridad y determinando las figuras delictivas aplicables a tenor de las disposiciones del Derecho Internacional que resulten aplicables.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la obligación de investigar debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. La investigación que desarrolle el Estado, por medio de sus autoridades jurisdiccionales, debe ser asumida como un deber jurídico propio y no como una gestión procesal cualquiera. El derecho a la tutela judicial, tal cual queda establecido en la presente sentencia, exige que los jueces dirijan el proceso de modo de evitar dilaciones y entorpecimientos indebidos que provoquen situaciones de impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos (caso Bulacio vs. Argentina, Sentencia del 18 de septiembre del 2003).

De otro lado, el Colegiado indicó que las normas procesales que regulan el plazo límite de la detención sin sentencia, implican no sólo una garantía para el imputado, sino que constituyen también un parámetro objetivo que informa al órgano jurisdiccional sobre la forma y modo en que debe llevarse a cabo la sustanciación del proceso. Si existe peligro procesal, requisito indispensable para imponer una medida de detención, el órgano jurisdiccional deberá llevar a término el proceso antes de que dicho plazo límite haya vencido, a fin de no poner en peligro el éxito del proceso. Caso contrario, se verá obligado a revocar el mandato de detención que pesa sobre el imputado, y en caso subsista el peligro de fuga o entorpecimiento de la actividad probatoria, ello podrá en peligro la culminación del proceso, y, con ello, la especial obligación de esclarecimiento que este tipo de crímenes conlleva.

Finalmente, consideró que la acumulación de procesos decretada no puede tener como consecuencia que, para efectos de contabilizar el cumplimiento del plazo máximo de la detención, se tome en cuenta únicamente el mandato de detención dictado en el proceso más antiguo, sino más bien que deben ser tomados en cuenta los mandatos de detención dictados en cada uno de los procesos que se siguen en su contra. Criterio éste declarado como de observancia obligatoria para todos los operadores jurídicos.

Temas Claves: Derecho a la razonabilidad del plazo de la detención - derecho a la tutela judicial - Derecho Internacional Humanitario - obligaciones en materia de derechos humanos.

EXP. N.º 2798-04-HC/TC
LIMA

GABRIEL ORLANDO
VERA NAVARRETE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 9 días del mes de diciembre de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso Extraordinario interpuesto por don Gabriel Orlando Vera Navarrete contra el Auto de la Segunda Sala Especializada Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 190, su fecha 10 de mayo de 2004, que declara infundada la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

El accionante, con fecha 15 de abril de 2004, interpone acción de hábeas corpus contra las magistradas que despachan el Primer, Segundo y Quinto Juzgados Especiales de Lima, por considerar que sufre una detención arbitraria. Alega que se encuentra internado en el Penal para Procesados Primarios de Lima Ex "San Jorge" desde el 14 de abril de 2001, y que a la fecha se encuentra con más de 36 meses de detención efectiva sin que haya sido objeto de sentencia condenatoria en ninguno de los procesos que se le sigue. En consecuencia, solicita se ordene su inmediata libertad.

Las magistradas accionadas niegan y rechazan la presente acción de garantía, alegando que los procesos bajo su conocimiento en los que está comprendido el accionante se encuentran sujetos a los plazos de detención determinados por Ley, no existiendo detención irregular.

El 42º Juzgado Penal de Lima, con fecha 27 de abril de 2004, declaró improcedente la demanda, por considerar que se ha dado la prolongación del plazo de detención dentro los términos fijados por el artículo 137º del Código Procesal Penal, modificado por Ley N.º 27553 y posteriormente por Ley N.º 28105, no materializándose el presupuesto de viabilidad previsto en el artículo Segundo de la Ley N.º 23506.

La recurrida revocó la apelada, y reformándola la declaró infundada por considerar que el plazo máximo se ha duplicado automáticamente, por ser el proceso de naturaleza compleja, dado que es seguido contra más de diez imputados y que el plazo máximo de detención previsto en el artículo 137º del Código Procesal Penal no ha vencido, por cuanto no se ha vulnerado algún derecho constitucional del accionante.

FUNDAMENTOS

1. En el presente caso, el recurrente solicita que se ordene su inmediata excarcelación alegando que se ha vencido

el plazo máximo de detención, previsto en el artículo 137º del Código Procesal Penal.

2. A fin de determinar si lo alegado por el recurrente resulta amparable, es preciso describir de manera sucinta los procesos que se le siguen ante los órganos jurisdiccionales emplazados.

a) Por ante el **Primer Juzgado Penal Especial**, se tramita el proceso N.º 03-2003, por los hechos delictivos acaecidos en la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle "**La Cantuta**", habiéndose abierto instrucción con mandato de detención, con fecha 24 de enero de 2003, en los seguidos contra el accionante y otros en su calidad de miembros del denominado "Grupo Colina", por delito contra la vida, el cuerpo y la salud **-Homicidio Calificado-**, **Violación de la Libertad Personal -Secuestro Agravado y Desaparición Forzada de Personas-**, en agravio de Hugo Muñoz Sánchez, Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Luis Enrique Ortíz Perea, Richard Armando Amaro Córdor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heraclides Pablo Meza, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cárdenas y Juan Gabriel Mariños Figueroa, proceso en el cual se le dictó mandato de detención, habiéndose declarado proceso complejo. La causa actualmente se encuentra en la Sala Penal con los informes de ley, y el plazo de la detención vencerá el 24 de enero de 2006.

b) Por ante el **Segundo Juzgado Penal Especializado Penal de Lima**, el accionante se encuentra comprendido en dos causas penales, los procesos N.ºs 44-2002 y 01-2003, por delitos de **Secuestro y Homicidio Agravado**, que a continuación se procede a detallar:

i) En cuanto al mandato de detención preventiva dictado en el proceso N.º 44-2002, por auto de fecha 4 de octubre de 2002, debido a su presunta participación como miembro del denominado Grupo Colina, en calidad de coautor de los delitos contra la vida el cuerpo y la salud **-Homicidio Calificado-** y contra la libertad -violación de la libertad en la modalidad de **Secuestro-**, en agravio del periodista don Pedro Herminio Yauri, hechos ocurridos en la ciudad de Huacho, proceso que fue declarado complejo y que aun continúa vigente el plazo de 36 meses de detención provisional, plazo que vencerá recién el 4 de octubre de 2005.

ii) Asimismo, en el Proceso N.º 01-2003 se decretó mandato de detención por auto de fecha 14 de febrero de 2003, por su presunta participación en hechos delictivos cometidos por el denominado Grupo Colina en la localidad de El Santa-Chimbote, habiéndose encausado como presunto coautor de los delitos contra la vida el cuerpo y la salud **-Homicidio Calificado-** y la violación de la libertad personal **-Secuestro Agravado-** en agravio de Carlos Alberto Barrientos Velázquez, Roberto Barrientos Velázquez, Denis Atilio Castillo Chavez, Federico Coquis Vázquez, Gilmer Ramiro León Velázquez, Pedro Pablo López González, Jesús Manfredo Noriega Ríos, Carlos Martín Tarazona More y Jorge Luis Tarazona More; se deduce de los instrumentales en autos que el plazo de 36

meses de detención preventiva aun no ha vencido y que, en todo caso, vencerá el día 14 de febrero del 2006.

c) Por ante el **Quinto Juzgado Penal Especial**, el accionante es procesado por su participación como miembro del Grupo Colina en la llamada "**Matanza de Barrios Altos**" y que corre en el Expediente N.º 32-2001, por los delitos de **-Homicidio Calificado-** y otros, en agravio de Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre, Luis Alberto Díaz Astoivilca, Octavio Benigno Huamanyuri Nolasco, Luis Antonio León Borja, Filomeno León León, Máximo León León, Lucio Quispe Huanaco, Tito Ricardo Ramírez Alberto, Teobaldo Ríos Lira, Manuel Isaías Ríos Pérez, Javier Manuel Ríos Rojas, Alejandro Rosales Alejandro, Nelly María Rubina Arquiniño, Odar Mender Sifuentes Nuñez y Benedicta Yanque Churo, y por delito contra la vida, el cuerpo y la salud **-Lesiones Graves-** en agravio de Natividad Condorcahuna Chicana, Felipe León, Tomas Livias Ortega y Alfonso Rodas Alvitez y por delito contra la tranquilidad pública **-Agrupación Ilícita-** en agravio de la Sociedad, dictándosele mandato de detención preventiva el 14 de abril de 2001, proceso que fue declarado de naturaleza compleja, disponiéndose la prolongación de la medida con fecha 24 de julio de 2002 por el plazo máximo, según el artículo 137º del Código Procesal Penal.

Es de observarse que en varios de los procesos que se siguen contra el recurrente, la detención aún no ha llegado a su plazo máximo previsto por ley, y que ello es de su conocimiento, tal como consta en su propia declaración indagatoria a fojas 14 y 15. Al tener mandatos de detención todavía vigentes, en caso de decretarse la libertad en algún otro proceso, ésta no podría hacerse efectiva.

3. Sin embargo, es preciso señalar que mediante Oficio N.º 06-2004-2º JPE/AMR/mpm, proveniente del Segundo Juzgado Penal Especial, este colegiado ha tomado conocimiento de que por resolución de fecha 18 de julio de 2003 se decretó la acumulación de los Procesos N.ºs 01-2003 y 03-2003 al Expediente N.º 044-2002 y que, mediante resolución de fecha 21 de diciembre de 2004, el proceso N.º 044-2002 fue acumulado al proceso N.º 32-2001 que se tramita ante el Quinto Juzgado Penal Especial. En consecuencia, todos los procesos que se siguen contra el recurrente, por su presunta participación en los hechos delictivos cometidos por el Grupo Colina, han quedado acumulados en el único proceso, el cual actualmente se tramita ante el Quinto Juzgado Penal Especial.

4. Dada la trascendencia de los procesos penales que actualmente se siguen por los hechos atribuidos al Grupo Colina, este Tribunal considera necesario efectuar algunas consideraciones sobre la necesidad de investigar y sancionar los hechos que son materia de dichos procesos penales.

Las obligaciones del Perú en materia de derechos humanos y la función interpretativa del Derecho Internacional.

5. Los hechos que son materia de los procesos penales seguidos contra el recurrente forman parte de un conjunto atribuido al autodenominado Grupo Colina, todos ellos cometidos bajo una modalidad delictiva que ha motivado el rechazo y la condena de la Comunidad Nacional e Internacional. El Estado Peruano no debe tolerar la impunidad de éstos y otros graves crímenes y violaciones a los derechos humanos, tanto por una obligación ética fundamental derivada del Estado de Derecho, como por el debido cumplimiento de compromisos expresos adquiridos por el Perú ante la Comunidad Internacional.

6. En efecto, la comunidad internacional reconoce la existencia de un núcleo inderogable de derechos, establecidos en normas imperativas del Derecho Internacional. Estas normas se derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional.

7. El Perú ha recogido esta obligación jurídica al disponer, de conformidad con la Cuarta Disposición Final de la Constitución, que las normas relativas a los derechos y libertades, que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

8. Así, las obligaciones, en materia de derechos humanos, no sólo encuentran un asidero claramente constitucional, sino su explicación y desarrollo en el Derecho Internacional. El mandato imperativo derivado de la interpretación en derechos humanos implica, entonces, que toda la actividad pública debe considerar la aplicación directa de normas consagradas en tratados internacionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales a las que el Perú se encuentra suscrito.

En este sentido, es un principio general del derecho internacional el que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado o de normas imperativas de Derecho Internacional. Este principio ha quedado establecido en los artículos 27º y 53º de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo N.º 029-2000-RE de fecha 14 de septiembre de 2000.

9. Las obligaciones del Estado, en materia de derechos humanos, implican el respeto y garantía de los derechos fundamentales de las personas sometidas a su jurisdicción. Estas obligaciones han quedado enunciadas expresamente por el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas normas internacionales constituyen, por ende, pauta interpretativa mandatoria de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, vale decir, la obligación que tiene el Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

10. La obligación de garantía ha sido desarrollada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos. Así, en la sentencia sobre el caso Velásquez Rodríguez, del 29 de julio de 1988 (párrafo 164), la Corte indica que el deber de garantía implica que el Estado debe prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos, 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. La obligación del Estado consiste en el ejercicio de la acción penal correspondiente contra aquellos funcionarios públicos, o cualquier individuo, que sea presuntamente responsable de la violación alegada. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de esta manera vela por la protección de los derechos de las personas, pero simultáneamente exige la intervención del Derecho Penal contra aquellos que resulten responsables de la infracción.

El derecho a la tutela o protección judicial

11. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y otros órganos de control internacional, se han manifestado uniformemente respecto de las graves implicancias que tiene la falta de sanción de graves violaciones a los derechos humanos. Esta omisión implica, además, una violación adicional del derecho a la tutela judicial que tiene cualquier ciudadano que se sienta violado en sus derechos.

12. En efecto, el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, y que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley. De igual manera, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, y que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

13. La protección judicial, así entendida, implica una doble dimensión. Por un lado, es consecuencia del derecho de las víctimas de violaciones a sus derechos humanos a alcanzar verdad, justicia y reparación como consecuencia de los hechos sufridos. Por otro lado, conlleva explícitamente la obligación de las autoridades jurisdiccionales de desarrollar los procesos judiciales a su cargo, bajo las estrictas medidas de seguridad, y determinando las figuras delictivas aplicables a tenor de las disposiciones del Derecho Internacional que resulten aplicables.

El Derecho Internacional Humanitario

14. Cabe mencionar, además, que el Derecho Internacional Humanitario expresa obligaciones relevantes para el presente caso. En efecto, los instrumentos de esta rama internacional aplicables a conflictos armados internos se encuentran en el artículo 3° común de los cuatro

Convenios de Ginebra y el Protocolo II adicional de dichos Convenios. El Perú ha ratificado estos instrumentos centrales, mediante las resoluciones legislativas N.ºs 12412 (1956) y 25029 (1989), respectivamente.

15. Las normas señaladas en el punto anterior se aplican en tanto exista un conflicto armado interno entre fuerzas del Estado y grupos armados particulares. La jurisprudencia internacional ha indicado que las normas mínimas del Derecho Internacional Humanitario no sólo se establecen con fines de mero reconocimiento, sino que su violación constituye una grave infracción humanitaria y, eventualmente, un crimen de guerra (Corte Internacional de Justicia, sentencia de fondo en el caso del estrecho de Corfú - 1949; de igual manera en la sentencia sobre actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua - 1986). Las normas imperativas que se derivan de este cuerpo jurídico obligan no sólo a los Estados sino que comprometen directamente la responsabilidad de los individuos. Debe tenerse presente, en este sentido, que las normas del Derecho Internacional Humanitario prohíben de manera absoluta los atentados contra la vida de personas civiles y desarmadas en cualquier tiempo y lugar.

16. Tanto en el artículo 3° común como en el artículo 4.2 del Protocolo Adicional II existen normas expresas que prohíben conducir actos que configuren la desaparición de una persona. El artículo 3° común prohíbe, además, los atentados contra la vida y la integridad personal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios. Privar a una persona de la garantía de la ley y ordenar o ejecutar actos deliberados que buscan desaparecerlo, implica pues una grave infracción del Derecho Internacional Humanitario que el Estado debe sancionar.

17. Finalmente, cabe precisar que la aplicación de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario no requieren validación formal alguna, siendo aplicables automáticamente en tanto se produzca un hecho contrario a las normas mínimas de humanidad. Así lo ha señalado, por ejemplo, el comentario autorizado del Comité Internacional de la Cruz Roja.

La improcedencia de los obstáculos procesales para sancionar graves crímenes contra el derecho internacional humanitario y violaciones a los derechos humanos y su relación con la tutela judicial

18. La gravedad de estas conductas ha llevado a la comunidad internacional a plantear expresamente que no pueden oponerse obstáculos procesales que tengan por propósito eximir a una persona de sus responsabilidades en graves crímenes y violaciones del derecho internacional humanitario y los derechos humanos. Esta afirmación se deriva, como ha sido señalado, de la obligación del Estado de investigar y sancionar las violaciones producidas.

19. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la obligación de investigar debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. La investigación que

desarrolle el Estado, por medio de sus autoridades jurisdiccionales, debe ser asumida como un deber jurídico propio y no como una gestión procesal cualquiera. El derecho a la tutela judicial, tal cual queda establecido en la presente sentencia, exige que los jueces dirijan el proceso de modo de evitar dilaciones y entorpecimientos indebidos que provoquen situaciones de impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos (caso Bulacio versus Argentina, Sentencia del 18 de septiembre del 2003).

20. El artículo I del título preliminar de nuestro Código Penal establece que la finalidad de la legislación penal es la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y la sociedad. Esta disposición orienta al conjunto de las normas sustantivas y procesales, y deben ser interpretadas a la luz de las consideraciones hasta aquí anotadas. Sería un contrasentido si una sociedad democrática tolera la impunidad en nombre de disposiciones adjetivas que tienen otra finalidad.

El delito de desaparición forzada de personas

21. Uno de los delitos que son materia de imputación en los referidos procesos penales es el de desaparición forzada. El Código Penal promulgado en 1991, mediante el Decreto Legislativo N.º 635, en su capítulo II del título XIV del libro segundo, relativo al delito de terrorismo, artículo 323º, tipificó con precisión el delito de desaparición forzada de personas. Este capítulo fue posteriormente derogado mediante el Decreto Ley N.º 25474, promulgado el 6 de mayo de 1992. La figura típica de desaparición forzada de persona fue reintroducida mediante el Decreto Ley N.º 25592, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 2 de julio de 1992, descripción que fue finalmente regulada mediante el artículo 6 de la Ley N.º 26926, del 21 de febrero de 1998, ubicando la figura dentro del capítulo de delitos contra la humanidad.

22. Esto quiere decir que entre el 7 de mayo y el 1 de julio de 1992 no existió, taxativamente, en el Código Penal la figura típica correspondiente a la desaparición forzada de personas. Sin embargo, este Tribunal se ha pronunciado con anterioridad respecto a la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada de personas. En efecto, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2488-2002-HC/TC [Genaro Villegas Namuche], éste Tribunal señaló expresamente que no se vulnera la garantía de la *lex previa* derivada del Principio de Legalidad Penal, en caso se aplique a un delito permanente una norma penal que no haya entrado en vigencia antes del comienzo de su ejecución, pero que resulta aplicable mientras el mismo sigue ejecutándose. En tal sentido, el hecho de que la figura típica de desaparición forzada de personas no haya estado siempre vigente, no resulta impedimento, para que se lleve a cabo el correspondiente proceso penal por dicho delito y se sancione a los responsables. Esta apreciación se fundamenta, además, en lo dispuesto en el artículo III de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, aprobada en Belem do Pará, el 9 de junio de 1994, la que indica expresamente que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo

a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad.

23. La desaparición forzada de personas es un delito pluriobjetivo, por cuanto afecta la libertad física, el debido proceso, el derecho a la integridad personal, el reconocimiento de la personalidad jurídica y, como ya se ha señalado, el derecho a la tutela judicial efectiva. La vigencia de estos derechos es absoluta, por lo que su protección se encuentra regulada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

24. En efecto, la desaparición forzada de personas supone generar una cruel sensación de incertidumbre tanto para la persona desaparecida como para sus familiares, los mismos que pasan a ser víctimas directas de este grave hecho. Por ello, el Derecho Internacional reconoce a la desaparición forzada como una de las modalidades más graves de violaciones de los derechos humanos.

25. Ahora bien, cuando este hecho es cometido como parte de una estrategia general o representa sólo un ejemplo de un conjunto de conductas ilícitas similares, estamos frente a la existencia de un patrón de violaciones, lo que las convierte en crimen de lesa humanidad. Al respecto, el informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación constató que los hechos atribuibles al autodenominado grupo Colina representaron un patrón sistemático y generalizado de violaciones a los derechos humanos, expresado en hechos como las desapariciones de La Cantuta, la del periodista Pedro Yauri, los asesinatos de estudiantes en la Universidad Nacional del Centro y la masacre de Barrios Altos. Tal como lo expresa la juez del Segundo Juzgado Penal Especial en el auto apertorio de instrucción del proceso signado con el número 01-2003, la organización de la desaparición de los campesinos del Santa hubiera sido imposible sin la consecución de recursos logísticos significativos, razón por la cual han sido considerados como responsables los altos mandos a cargo de las labores de inteligencia de esos años, incluyendo el procesamiento del ex-presidente de la República.

26. El delito de desaparición forzada ha sido desde siempre considerado como un delito de lesa humanidad, situación que ha venido a ser corroborada por el artículo 7º del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que la define como "la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado".

27. Se trata, sin duda, de un delito de lesa humanidad cuya necesidad social de esclarecimiento e investigación no pueden ser equiparadas a las de un mero delito

común, dada su extrema gravedad. En este sentido, la Resolución N.º 666 (XIII-083) de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, estableció en el artículo 4, "Declarar que la práctica de la desaparición forzada de personas en América es una afrenta a la conciencia del hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad". La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas reafirma en su preámbulo que la práctica sistemática de desapariciones forzadas constituye un delito de lesa humanidad. La necesidad social del esclarecimiento e investigación de estos delitos no puede ser equiparada a la de un mero delito común. (Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Resolución adoptada en la séptima sesión plenaria, 9 de junio de 1994.OEA/Ser.P AC/doc.3114/94 rev.).

El derecho a ser juzgado en un plazo razonable y el derecho a la tutela judicial

28. La determinación de plazo máximo de la detención en el caso deberá realizarse de conformidad con el derecho a la razonabilidad del plazo de la detención. Asimismo, como ya lo ha señalado este tribunal, no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la prisión provisional pueda reputarse como irrazonable. Ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, supuesto que es precisamente ajeno a la grave y delicada tarea que conlleva meritar la eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito. [Expediente N.º 2915-2004-HC/TC].

29. Asimismo, la determinación del plazo razonable de la detención no puede dejar de tomar en cuenta la especial obligación estatal de investigar y sancionar los hechos denunciados, conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes, a fin de no convalidar estrategias de impunidad respecto a graves crímenes y violaciones a los derechos humanos.

30. Es necesario tomar en cuenta que cada uno de los procesos abiertos contra el recurrente reviste complejidad, dado el número de procesados y de víctimas, por lo que el plazo de detención en cada uno de ellos por separado, de conformidad con lo señalado en el artículo 137 del Código procesal Penal, es el máximo previsto en la ley.

31. De otro lado, las normas procesales, entre las que se encuentra la que señala el plazo límite de la detención sin sentencia, no sólo implican una garantía para el imputado, sino que constituyen también un parámetro objetivo que informa al órgano jurisdiccional sobre la

forma y modo en que debe llevarse a cabo la sustanciación del proceso. Si existe peligro procesal, requisito indispensable para imponer una medida de detención, el órgano jurisdiccional deberá llevar a término el proceso antes de que dicho plazo límite haya vencido, a fin de no poner en peligro el éxito del proceso. Caso contrario, se verá obligado a revocar el mandato de detención que pesa sobre el imputado, y en caso subsista el peligro de fuga o entorpecimiento de la actividad probatoria, ello podrá en peligro la culminación del proceso, y, con ello, la especial obligación de esclarecimiento que este tipo de crímenes conlleva.

32. Por lo tanto, este Tribunal considera que la acumulación de procesos decretada no puede tener como consecuencia que, para efectos de contabilizar el cumplimiento del plazo máximo de la detención, se tome en cuenta únicamente el mandato de detención dictado en el proceso más antiguo, sino más bien que deben ser tomados en cuenta los mandatos de detención dictados en cada uno de los procesos que se siguen en su contra.

33. Es necesario recalcar que, tal como ya lo señaló este Tribunal [Expediente N.º 2915-2004-HC/TC], una vez vencido el plazo máximo de la detención, éste podrá ser prolongado en caso la demora en el proceso sea atribuible al imputado, a través de una defensa obstruccionista, atentatoria de la celeridad y éxito judicial.

34. De conformidad con el artículo VI *in fine* del Código Procesal Constitucional, los criterios de interpretación contenidos en los fundamentos jurídicos N.ºs 13, 17, 31, 32 y 38, son vinculantes para todos los operadores jurídicos.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la acción de hábeas corpus de autos.

2. Declarar que los fundamentos jurídicos N.ºs 13, 17, 27 y 32, son de observancia obligatoria para todos los operadores jurídicos

Publíquese y notifíquese.

SS.

**BARDELLI LATIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA**

Exp. N° 3194-2004-HC/TC [Proceso de Hábeas Corpus promovido por Nicanor Carreño Castillo. Sobre el delito de función].

Fecha de Resolución: 28 de diciembre de 2004

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 22 de junio de 2005

Resumen: En la presente sentencia se delimitó el campo de aplicación del procedimiento disciplinario y del proceso judicial militar. De este modo se expresó que el proceso en término amplio es toda fórmula de solución de controversia que tienen dos partes en contraposición. Cuando el órgano competente para resolver es de naturaleza judicial, se denomina proceso propiamente y es básicamente el que está expuesto a lo largo de la Constitución. Pero cuando es otro órgano el que decide, se denomina procedimiento, siendo de aplicación las normas procesales constitucionales, según la naturaleza de su actividad. En este marco, remarcó el Colegiado, debe entenderse el proceso judicial militar para resolver sobre la base de un delito de función, y el procedimiento administrativo interno que actúa sobre cánones de conducta para los miembros de una determinada institución.

En el caso bajo análisis, el demandante alegó haber sido sancionado en sede administrativa y estar siendo juzgado por la justicia militar por la misma causa, vulnerándose el principio *ne bis in idem* (elemento inmanente al debido proceso formal), así como el derecho a la presunción de inocencia, pues no habiéndose declarado judicialmente su responsabilidad penal mediante resolución judicial, se tomó la presunta comisión de dichos ilícitos penales como determinante para disponerse la sanción de pase a la situación de retiro.

Al respecto, el Colegiado manifestó que hay que saber diferenciar la naturaleza de las responsabilidades que pueden existir sobre la base de un mismo hecho, sin que ello venga a suponer un *ne bis in idem*, tal como se ha sostenido en la demanda, pues, en el presente proceso la medida disciplinaria impuesta tuvo un objeto distinto al del proceso penal iniciado. En el caso concreto, si bien el hecho de la sustracción del petróleo supone una investigación judicial, no puede soslayarse la investigación administrativa que paralelamente tiene que realizar la propia institución con el fin de mantener la incolumidad de la propia organización. No es que esta última se está basando en una responsabilidad no determinada para el caso de la primera, sino que el mismo hecho determina una intervención administrativa concurrente y paralela a la judicial. De lo expuesto, consideró que no ha existido afectación alguna a la presunción de inocencia administrativa.

Entonces, no existe afectación al principio *ne bis in idem* cuando la medida disciplinaria impuesta tiene un objeto distinto al del proceso penal iniciado, pues si bien existe una competencia de la justicia militar para los delitos de función, de acuerdo con el artículo 173 de la Constitución, ésta se encuentra restringida a analizar la responsabilidad penal de una persona sujeta a la competencia del órgano juzgador.

Asimismo el Tribunal reparó sobre la existencia de la presunción de inocencia administrativa, según la cual se debe considerar que no se puede tener en cuenta que el funcionario o servidor público ha cometido infracción a menos que la autoridad administrativa haya determinado su responsabilidad.

Respecto de los delitos de función, cuyo conocimiento son materia de competencia de la justicia militar, señaló que para su determinación es necesaria la concurrencia de dos elementos: uno personal, referido al tipo de personas que están sujetas a su autoridad, y otro objetivo, respecto a los bienes jurídicos tutelados a través del tipo penal.

Por tanto, no todo ilícito penal cometido por un militar o policía se juzgará en la justicia militar, ya que si el ilícito es de naturaleza común, el procesamiento corresponderá al Poder Judicial, independientemente de la condición de militar que pueda tener el sujeto activo.

Se precisó que es perfectamente posible que la justicia militar se avoque a causas en que los sujetos activos no estén como militares en actividad en la actualidad, es decir, en el momento en que están siendo procesados, pero que lo estuvieron en el momento de la supuesta comisión del delito dado que su juzgamiento se referirá a hechos que cometió en el momento en que se encontraba en situación de actividad, y con ocasión del servicio.

Sobre la validez constitucional de los requisitos del mandato de detención el Tribunal Constitucional señaló que el nivel de discrecionalidad con que cuenta el juez para determinar el mandato de detención en el proceso penal militar es sumamente alto. Esto motiva que se debe reconducir tal normatividad hacia parámetros más precisos de protección de los derechos a la libertad de la persona para que sean constitucionales sus mandatos de detención y no se mantengan los abusos en su emisión, tal como se han mostrado en el presente caso.

Temas Claves: Hábeas corpus reparador - mandato de detención - naturaleza del delito de función - *ne bis in ídem* - presunción de inocencia - procedimiento disciplinario - proceso judicial militar.

EXP. N.º 3194-2004-HC/TC
LIMA

NICANOR CARREÑO CASTILLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes de diciembre de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Alva Orlandini, García Toma y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por María Salazar Pulido de Carreño, a favor de Nicanor Carreño Castillo, contra la Resolución de vista expedida por la Tercera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de Lima, de fojas 106, su fecha 21 de junio de 2004, que declara improcedente la demanda de hábeas corpus de autos.

II. ANTECEDENTES

a. Demanda

Con fecha 13 de abril de 2004, la recurrente interpone acción de hábeas corpus contra el titular del Primer Juzgado Permanente de la Zona Judicial de la Marina, capitán de Fragata Felipe Genaro Untiveros Espinoza, alegando que el beneficiario de la presente demanda se encuentra detenido arbitrariamente en el Centro de Reclusión de la Policía Naval en la Base Naval del Callao.

Sustenta su demanda en que se le ha juzgado dos veces por la misma causa, vulnerando las garantías del debido proceso previstas en la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos, afectándose, además, la presunción de inocencia. De otro lado, afirma que a través de la Resolución N° 0076-2004 la Comandancia General del Ejército dispuso su pase a la situación de

retiro por la causal de 'medida disciplinaria'; y que, consecuentemente, debe ponerse a disposición del fuero común a fin de que asuma competencia en su calidad de civil.

b. Declaración del Titular del Primer Juzgado Permanente de la Zona Judicial de la Marina

Realizada la sumaria investigación se toma la declaración del titular del Primer Juzgado Permanente de la Zona Judicial de la Marina, quien afirma que la presente acción de garantía interpuesta en su contra carece de fundamento.

Señala que el beneficiario de la misma se encuentra sometido a un proceso judicial en el fuero militar por la presunta responsabilidad en actos delictivos cometidos cuando se encontraba en situación de actividad y específicamente cubriendo guardia de servicio en una unidad de la Marina de Guerra del Perú; y que, de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución y el Código de Justicia Militar, está obligado a conocer y tramitar la causa, agregando que los hechos imputados constituyen delitos de función cometidos por personal militar en actividad, aun cuando los procesados hayan pasado a la situación de retiro.

c. Resolución de primera instancia

Con fecha 21 de mayo del 2004, el Noveno Juzgado Penal de Lima declara improcedente la demanda, estimando que la decisión de la justicia militar se ajustó a un proceso regular, pues los delitos de función cometidos por personal militar en situación de actividad corresponden ser juzgados en el fuero militar.

d. Resolución de segunda instancia

Con fecha 21 de junio del 2004, la Tercera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de

Justicia de Lima, confirma la apelada por los mismos fundamentos.

III. CUESTIONES PRELIMINARES

A. Datos Generales

à Supuesto daño constitucional

Este proceso constitucional de hábeas corpus fue presentado por María Salazar Pulido de Carreño, a favor de Nicanor Carreño Castillo, contra el titular del Primer Juzgado Permanente de la Zona Judicial de la Marina, capitán de Fragata Felipe Genaro Untiveros Espinoza.

El acto lesivo se habría producido con la expedición de una resolución que ordena la detención del recurrente en el Centro de Reclusión de la Policía Naval en la Base Naval del Callao, por haber sustraído galones de petróleo de los tanques de combustible del BAP Callao.

à Reclamación constitucional

El demandante ha alegado afectación de los derechos constitucionales a la libertad personal (artículo 2, inciso 24, literal b), a la presunción de inocencia personal (artículo 2, inciso 24, literal e) y al debido proceso (artículo 139, inciso 3, titución), al principio *ne bis in idem* (artículo 139, inciso 3,) y al juez natural (artículo 139, inciso 2,).

Se ha solicitado lo siguiente:

- El cese de la afectación de sus derechos constitucionales producida a través de un acto arbitrario.
- Su inmediata libertad.

B. Materias constitucionalmente relevantes

A lo largo de la presente sentencia, este Colegiado deberá pronunciarse sobre lo siguiente:

· Independientemente de la existencia de un proceso regular y a fin de analizar la supuesta afectación al debido proceso, ¿la sanción disciplinaria impuesta es consecuente con la sanción judicial militar? Para responder tal interrogante debe analizarse:

- ¿Cómo se llega a configurar una afectación a la presunción de inocencia?

- ¿Cuál es el sentido del *ne bis in idem* constitucional?

· ¿Existe un proceso penal militar dentro de los cánones constitucionales? En tal sentido:

- ¿Cuál es la naturaleza del delito de función en el marco de la justicia militar como parte de un proceso regular?

- ¿Cómo se configura su ámbito subjetivo?

- ¿De qué manera debe entenderse el ámbito objetivo del delito de función castrense?

· ¿Es razonable el mandato de detención?

IV. FUNDAMENTOS

1. El pronunciamiento sobre el fondo

Pese a que en el Poder Judicial este proceso ha concluido en el ámbito de la improcedencia, es necesario que este Colegiado fije algunos criterios sobre la base del petitorio de la demanda; más aún si se considera pertinente analizar algunas cuestiones fácticas para poder resolver sobre la existencia o no de un proceso regular.

El proceso constitucional previsto por nuestro ordenamiento jurídico como adecuado para la tutela de la libertad frente a la privación arbitraria o ilegal de la libertad física por mandato judicial es el hábeas corpus reparador, que busca reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho^[1].

Por tal razón, se debe analizar en sede constitucional si es arbitraria la resolución emitida contra el favorecido:

“SE RESUELVE: Dejar sin efecto la resolución de este Despacho Judicial de fecha trece de enero del año dos mil cuatro el mismo que corre a fojas setenta y seis de autos en el extremo en que resuelve que el inculcado Oficial de Mar Tercero Maniobrista Nicanor Carreño Castillo continúe en libertad, por la de Detención Provisional, la misma que cumplirá en el Centro de Reclusión Naval”^[2].

En esa medida, el Tribunal Constitucional es competente para conocer sobre la razonabilidad de una limitación de la libertad, en la medida en que el juez constitucional cumple una función tutelar de la libertad, bajo el canon de interpretación constitucional del *in dubio pro libertate*, que únicamente puede ser restringido en atención a una detención preliminar en sede judicial, siempre que sea de carácter subsidiaria, provisional y proporcional.

2. Los límites a la aplicación inmediata del Código Procesal Constitucional

Antes de seguir avanzando en el desarrollo de la presente sentencia, es necesario determinar cuál es la norma procesal aplicable al presente caso.

Según la Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional, que rige desde el 1 de diciembre del año 2004,

“las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado”.

De lo que se observa en el presente caso, es de preferencia la utilización de la Ley 23506 por ser el Código Procesal Constitucional más gravoso para la persona, al incluir nuevos supuestos que afectarían los derechos fundamentales cuya protección se pretende, sobre todo en referencia al tipo de resolución judicial que puede ser recurrida, según lo establece el artículo 4 del Código Procesal Constitucional:

“El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva”.

Como en el presente caso no existe resolución judicial firme, es de preferencia, como ya se señaló, la Ley 23506.

A. PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO Y PROCESO JUDICIAL MILITAR

3. La relación entre dos tipos de procesos

El proceso, en el término amplio, es toda fórmula de solución de controversia que tienen dos partes en contraposición. Cuando el órgano competente para resolver es de naturaleza judicial, se denomina proceso propiamente, y es básicamente el que está expuesto a lo largo de la Constitución. Pero, cuando es otro órgano el que decide, se denomina procedimiento, siendo de aplicación las normas procesales constitucionales, según la naturaleza de su actividad.

En este marco, debe entenderse el proceso judicial militar para resolver sobre la base de un delito de función, y el procedimiento administrativo interno que actúa sobre cánones de conducta para los miembros de una determinada institución. Sobre el tema, es interesante analizar las relaciones entre estos dos tipos de proceso para analizar el caso materia de análisis en sede constitucional.

§1. *Ne bis in idem*

4. Según la demandante, afectación al principio *ne bis in idem*

Tomando en cuenta que se le ha sancionado en sede administrativa y que está siendo juzgado por la justicia militar, la demandante alega que

“al haberse sancionado dos veces por la misma causa en un acto abusivo, el demandado ha vulnerado el principio Non Bis in Idem que resulta un elemento inmanente al debido proceso formal”^[3].

5. El *ne bis in idem* constitucional

Como bien señala la demandante, el principio *ne bis in idem* fluye del derecho al debido proceso (artículo 139, inciso 3, de la Constitución), pero es a partir del derecho a la certeza judicial^[4] y de los instrumentos internacionales^[5] cuando asume su verdadero sentido en el ámbito jurisdiccional.

Según el fundamento 19 de la Sentencia del Expediente 2050-2002-AA/TC, que nadie pueda ser juzgado dos veces por el mismo delito incluye, aparte de una dimensión material sancionadora, una dimensión eminentemente procesal, según la cual

“se garantiza que ‘nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos’; es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo)”.

Sin embargo, una afirmación de este tipo debe ser entendida en su verdadera dimensión: como parte del fundamento 4 de la Sentencia del Expediente 2868-2004-AA/TC, Caso José Antonio Álvarez Rojas, si no le relaciona con

“la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica.

De ahí que se considerase que ‘el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido’”.

6. El procedimiento administrativo y el *ne bis in idem* con el proceso judicial

De lo expresado en las líneas anteriores, debe quedar en claro si se está en un supuesto en el cual se ha sancionado a la persona favorecida con el presente hábeas corpus con una sanción administrativa y está siendo juzgada por el mismo hecho por un delito de función castrense.

Si bien existe una competencia de la justicia militar para los delitos de función, de acuerdo con el artículo 173 de la Constitución, esta se encuentra restringida a analizar la responsabilidad penal de una persona sujeta a la competencia del órgano juzgador. Sobre la base de un análisis personal en la comisión de un delito, se le puede sancionar según la tipología previamente establecida, tal como sucede con la justicia militar en el presente caso.

De otro lado, se ha reconocido expresamente, en el artículo 168 de la Constitución, que

“las leyes y reglamentos respectivos [...] norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”,

lográndose de esta forma constitucionalizar la potestad disciplinaria a las instituciones castrenses, como en este caso corresponde a la Marina de Guerra del Perú. A través de esta norma, se busca mantener indemne el orden y la disciplina castrenses de sus miembros dentro de la entidad.

Entonces, en la Norma Fundamental se ha reconocido ambas posibilidades de sanción, cada una con un fin excluyente, tal como consta en la propia norma referida a la disciplina castrense: según el artículo 57 del Decreto Supremo 003-82-CCFA, Situación Militar del Personal de Técnicos, Suboficiales y Oficiales de Mar de las Fuerzas Armadas del Perú^[6], se sancionará por faltas graves

“independiente de la sanción penal que le correspondiere si el hecho o hechos que se le imputan están previstos como delito por la ley”.

Esta diferencia de naturalezas entre estos tipos de sanciones ha quedado plenamente establecida para el caso de autos¹²¹. Además, ya el Tribunal ha señalado en una demanda de inconstitucionalidad (Sentencia del Expediente 0023-2003-AA/TC, fundamento 87.b) que

“si entre las instituciones ‘administración’ y ‘justicia’ militar no existe equiparidad, entonces la calificación y enjuiciamiento de conductas de esa naturaleza no puede estar confiada a un órgano al cual se ha encargado el juzgamiento y la sanción de los delitos de función”.

Por tanto, no ha existido afectación al principio *ne bis in idem* en el presente proceso, pues la medida disciplinaria impuesta tiene un objeto distinto al del proceso penal iniciado.

7. Consecuencias de una posible irresponsabilidad penal

Sobre el tema, se debe decir que la base fáctica del proceso penal y el procedimiento administrativa es una sola.

Pero cabe una situación particular: que la persona sea absuelta en vía procesal penal por la falta de pruebas sobre los hechos denunciados. Es decir, que la base fáctica de los procesos sea declarada insubsistente en sede judicial. Ante tal situación, ¿qué sucedería con la sanción disciplinaria impuesta? La respuesta no es del todo sencilla. Sin embargo, para el caso concreto, si se demostrase que el inculpado no participó del hecho delictivo imputado, la sanción disciplinaria debería seguir lo decidido en el proceso penal.

§2. La presunción de inocencia

8. Según la demandante, vulneración de la presunción de inocencia

Configurando un delito de abuso de autoridad, para la accionante, el juez militar ha afectado la presunción de inocencia

“pues no habiéndose declarado judicialmente su responsabilidad penal mediante resolución judicial, se tomó la presunta comisión de dichos ilícitos penales como determinante para disponerse la sanción de pase a la situación de retiro de operado”¹²².

9. El sentido constitucional de la presunción de inocencia

La presunción de inocencia es a la vez un principio y un derecho fundamental, previsto en el artículo 2, inciso 24, acápite e, de la Constitución, según el cual

“toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”¹²³.

De la mano con el derecho a la contradicción correcta y transparente se encuentra el cumplimiento real y la observancia de la presunción de inocencia. Esta presunción, nacida del principio *pro homine*, demanda del juzgador la suficiente capacidad de equidad como

para no asumir la responsabilidad de los acusados antes de que se realice la investigación o el procedimiento. De esta forma, la presunción de inocencia no requiere una causalidad entre un hecho y supuesto sancionable, sino un razonamiento jurídico a través del cual se determine una culpabilidad. Con la consecuente vinculación de los poderes públicos y su aplicación inmediata, este principio adopta un carácter de observancia obligatoria.

Consecuente con ello, cabe reparar la existencia de la presunción de inocencia administrativa, según la cual se debe considerar que no se puede tener en cuenta que el funcionario o servidor público ha cometido infracción a menos que la autoridad administrativa haya determinado su responsabilidad.

10. El procedimiento disciplinario de pase a retiro

En el ámbito militar, siguiendo el artículo 57 del Decreto Supremo 003-82-CCFA, Situación Militar del Personal de Técnicos, Suboficiales y Oficiales de Mar de las Fuerzas Armadas del Perú, el pase a la situación de retiro a los técnicos, suboficiales y oficiales de mar de las Fuerzas Armadas del Perú por medida disciplinaria¹²⁴

“se producirá por faltas graves contra el buen servicio y/o cuando la mala conducta del personal afecte gravemente el honor y el decoro militar [...] previa recomendación de la Junta de Investigación, la que deberá oír al personal”.

Sobre esta base, y cumpliendo todos los requisitos formales, la Comandancia General de la Marina, decide

“pasar a la situación de retiro por la causal de ‘medida disciplinaria’ al Oficial de Mar 3° Man. Nicanor CARREÑO Castillo, CIP. 01923560, a partir de la fecha de expedición de la presente Resolución, sin perjuicio de las acciones judiciales a que hubiera lugar”¹²⁵.

Pero, queda un punto por dilucidar. ¿Cuál es el hecho que motiva la afectación al honor y decoro militar? En la misma resolución se deja sentado que esta se fundamenta en la investigación del beneficiario, al igual que de otras personas,

“por estar involucrados en la sustracción de SIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO (7,284) galones de petróleo Diesel-2 de los tanques de combustibles de la citada unidad”¹²⁶.

11. Pase a retiro y presunción de inocencia

Tal como constitucionalmente está prevista la presunción de inocencia, el juzgador no puede presumir la responsabilidad de una persona si es que antes no se ha demostrado y verificado sobre la base de los hechos.

Sin embargo, hay que saber diferenciar la naturaleza de las responsabilidades que pueden existir sobre la base de un mismo hecho, sin que ello venga a suponer un *ne bis in idem*, tal como se ha venido a sostener anteriormente. En el caso concreto, si bien el hecho de la sustracción del petróleo supone una investigación judicial que se está llevando a cabo, no puede soslayarse la investigación administrativa que paralelamente tiene que realizar la

propia institución con el fin de mantener la incolumidad de la propia organización.

No es que esta última se está basando en una responsabilidad no determinada para el caso de la primera, sino que el mismo hecho determina una intervención administrativa concurrente y paralela a la judicial. De lo expuesto, se desprende que no ha existido afectación alguna a la presunción de inocencia administrativa.

B. DELITO DE FUNCIÓN Y JURISDICCIÓN MILITAR

12. El *iura nóvit curia* constitucional y delito de función

Corresponde al Tribunal Constitucional conocer y aplicar el derecho pertinente, para resolver el conflicto constitucional, aun cuando este no haya sido demandado por la parte.

Por ello, pese a que no se han cuestionado aspectos básicos acerca del delito de función y la competencia de justicia militar a través de la demanda de hábeas corpus, es menester de la presente sentencia analizarlas para un mejor resolver.

Este Colegiado ya ha señalado en el fundamento 4 de la Sentencia del Expediente 0905-2001-AA/TC, que el ámbito contradictorio del proceso y la congruencia de la sentencia no se ven

"afectados por el hecho de que el juez constitucional se pronuncie por un derecho subjetivo no alegado por la demandante, pues una de las particularidades de la aplicación del *iura nóvit curia* en este proceso constitucional es que la obligación del juzgador de aplicar correctamente el derecho objetivo involucra, simultáneamente, la correcta adecuación del derecho subjetivo reconocido en aquel".

Por tanto, este Colegiado considera pertinente entrar a analizar el carácter del proceso judicial militar para ver su congruencia constitucional y analizar su conveniencia de considerarlo como 'proceso regular'.

§1. Naturaleza del delito de función

13. La justicia militar

Recientemente, por un criterio de defensa democrática, el Tribunal Constitucional ha venido a delimitar el contenido de la justicia constitucional (Sentencias de los Expedientes 0017-2003-AI/TC y 0023-2003-AI/TC).

Adicionalmente, la justicia militar ha sido concebida como una extensión del poder de mando castrense y policial, aun cuando explícitamente se haya reconocido en el artículo II del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Justicia Militar que

"los Tribunales de Justicia Militar están encargados de mantener en dichas Fuerzas la Moralidad, el Orden y la Disciplina".

No obstante, resulta fundamental que, en un sistema democrático e independientemente de la institución que juzgue a los militares, esta deberá contar con

competencias y atribuciones estrictamente delimitadas y deberá estar subordinada a la vigencia del ordenamiento constitucional, expresado en el respeto de los derechos fundamentales de las personas procesadas y la garantía del orden jurídico definido para la esfera castrense. Por esta razón, el nuevo sistema de justicia militar debe contener diversos aspectos que deben desarrollarse en una clave más congruente con la Norma Fundamental.

14. La competencia de la justicia militar

En primer lugar, conviene resaltar que actualmente, como parte de los principios jurisdiccionales previstos en el artículo 139, inciso 1, de la Constitución de 1993 (coincidente con artículo 233, inciso 1, de la Constitución de 1979), se ha señalado que

"no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral".

Entonces, la justicia militar aparece como una forma de jurisdicción distinta a la judicial con reconocimiento constitucional¹¹³. De este modo, tomando en consideración el fundamento 25 de la Sentencia del Expediente 0023-2003-AI/TC,

"la jurisdicción militar, en tanto órgano jurisdiccional, no se encuentra exceptuada de observar todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso".

No obstante, no es exacto llamar jurisdicción a la justicia militar. La jurisdicción es única para el Estado, como función que le compete en tanto división y relación entre los poderes. En el caso del tribunal militar, lo que existe es un órgano que tiene 'competencias' para ejercer actos jurisdiccionales propios y distintos de los señalados para el Poder Judicial. Tomando en cuenta los principios de unidad constitucional y corrección funcional, la exclusividad de la jurisdicción recaerá en el Estado, y este podrá crear ámbitos de aplicación de ella: así, los asuntos ordinarios en el Poder Judicial, los asuntos constitucionales en el Tribunal Constitucional, o los asuntos castrenses en la justicia militar.

15. Los delitos de función castrense en la justicia militar

Constitucionalmente, se ha prescrito en el artículo 173 que

"en caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte".

Por tal razón, el delito de función entrañará, según el fundamento 132 de la Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC,

"aquella acción tipificada expresamente en la Ley de la materia, y que es realizada por un militar o policía en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales".

Sin embargo, para considerar que un delito es de función o no, y que por lo tanto es materia de la competencia de la justicia militar, es necesario que concurren dos elementos: uno personal, referido al tipo de personas que están sujetas a su autoridad, y otro objetivo, respecto a los bienes jurídicos tutelados a través del tipo penal. Y estos temas son los que este Tribunal pasa a revisar a fin de analizar si en el caso concreto la sustracción de petróleo constituye o no un delito de función.

§2. El ámbito subjetivo del delito de función

16. Según la demandante, al ser el detenido un militar en retiro no le corresponde la justicia militar

Con toda claridad, la demandante ha argüido que

"don NICANOR CARREÑO CASTILLO está detenido arbitrariamente en el Centro de Reclusión más de 30 días, y es más, dicho Centro de Reclusión donde se encuentra detenido solamente es para personal militar que ha sido sentenciado por delito de traición a la patria, y delito de función, pero sigue en situación en actividad, y no para personal que se encuentre en situación de retiro, lo que se tiene, que se ha debido poner a disposición del fuero común y sea este ente que asuma competencia, sin embargo, nunca se efectuó"^[14].

17. Según el demandado, el proceso es regular

Frente a tal argumento, a la hora de brindar su declaración, el emplazado alega que la demanda carece de fundamento

"en razón [de] que el accionante se encuentra debidamente sometido a un proceso judicial [en] el fuero militar por su presunta responsabilidad en actos delictivos cometidos encontrándose en situación de actividad y específicamente cubriendo guardia de servicio en una unidad de la Marina de Guerra del Perú".

En tal sentido, corresponde analizar cómo se configura el delito de función con respecto al ámbito subjetivo.

18. Responsabilidad personal en los delitos de función

Solamente podrán ser plausibles de proceso ante la justicia militar los militares en ejercicio de su función, es decir 'en actividad', tal como se encuentra considerándolo el artículo 201 del proyecto de ley de reforma constitucional del Congreso. Estos serán los únicos que se consideren 'sujetos activos del ilícito castrense'.

La salvedad que existe hoy en día con respecto a los delitos de terrorismo y traición a la patria (artículo 173 de la Constitución) debe quedar desvirtuada. Este tema también levantó polémica jurisdiccional. Ante ello este Colegiado ha señalado, en la Sentencia del Expediente 010-2002-AI/TC, que

"la autorización para que los tribunales militares juzguen civiles por los delitos de traición a la patria y terrorismo, en efecto, son lesivas del derecho al juez natural"^[15],

Es decir, de acuerdo con el fundamento 134-B de la Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC, es un

requisito de la configuración de un delito como de función castrense que sea cometido por un militar:

"el sujeto activo del ilícito penal-militar debe ser un militar o efectivo policial en situación de actividad, o el ilícito debe ser cometido por ese efectivo cuando se encuentra en situación de actividad. Evidentemente, están excluidos del ámbito de la jurisdicción militar aquellos que se encuentran en situación de retiro, si es que el propósito es someterlos a un proceso penal-militar por hechos acaecidos con posterioridad a tal hecho".

19. Delitos de función y retirados

Los que no ostentan la calidad de militar, en ningún supuesto pueden ser juzgados por la justicia militar, pues, como lo analiza prospectivamente el artículo 201 del proyecto de ley de reforma constitucional del Congreso

"el ámbito de sus atribuciones no se extiende, en ningún caso, a los civiles".

En esencia, como bien lo ha señalado la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petrucci, de 1999,

"la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de ese carácter".

Por lo tanto, lógicamente no se debe incluir a los militares en situación de disponibilidad (desarrollo de este tema en el artículo 70 del Decreto Legislativo 752, Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea) ni deberían estar incursos los que están en estado de disponibilidad. Tampoco aquellos sujetos al régimen de servicio militar, en tanto no son militares, a diferencia de lo que se prescribe en la actualidad (artículo 173 de la Constitución).

20. Los sujetos activos de los delitos de función

Según este Colegiado, como parte del fundamento 129 de la Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC,

"la justicia castrense no constituye un 'fuero personal' conferido a los militares o policías, dada su condición de miembros de dichos institutos, sino un 'fuero privativo' centrado en el conocimiento de las infracciones cometidas por estos a los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional".

De ello se colige que no todo ilícito penal cometido por un militar o policía se juzgará en la justicia militar, ya que si el ilícito es de 'naturaleza' común, el procesamiento corresponderá al Poder Judicial, independientemente de la condición de militar que pueda tener el sujeto activo.

21. La comisión del delito en acto de servicio

Adicionalmente, según ya ha venido señalando este Colegiado, en el fundamento 134-A de la Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC,

"cometido el ilícito penal que afecta un bien jurídico protegido por las instituciones castrenses o policiales,

este lo haya sido en acto del servicio; es decir, con ocasión de él".

En el caso concreto, cuando se realizó la supuesta sustracción del petróleo, el beneficiario de la presente acción se encontraba en ejercicio de sus funciones castrenses, y se aprovechó de su ocupación para desviar de su trabajo a quien estaba custodiando el petróleo:

"En dicho puesto de guardia se encontraba de guardia en la facción de 00:00 a 04:00 horas el Cb2 art. David QUISPE Rivas, quien fue propuesto por el OM3 Man. CARREÑO Castillo para que se vaya a dormir a cambio de que le traiga una (01) taza de café, el cual fue aceptado por dicho tripulante, quien abandonó su puesto de guardia dejando su armamento en el portalón a cargo del OM de guardia"^[16].

22. La situación de retiro como consecuencia de los hechos materia de investigación

Independientemente del motivo de la separación del servicio activo de la Marina, en la actualidad el beneficiario se encuentra en situación de retiro. Sin embargo, su juzgamiento se refiere a hechos que él cometió en el momento en que se encontraba en situación de actividad, y con ocasión del servicio.

Por tal razón, es perfectamente posible que la justicia militar se avoque a causas en que los sujetos activos no estén como militares en actividad en la actualidad, es decir, en el momento en que están siendo procesados, pero que lo estuvieron en el momento de la supuesta comisión del delito.

§3. El ámbito objetivo del delito de función

23. Delitos materia de intervención de la justicia militar

Debe quedar establecido con claridad cuáles son los delitos que pueden ser materia de análisis de la justicia militar. Parece ser que el listado que presenta el Código de Justicia Militar en algunos aspectos se contradice con los delitos contemplados por el Código Penal. Se deberá someter a revisión la decisión de que la justicia militar se ejerza por razón del delito o por razón del lugar, tal como se encuentra señalado en el artículo 319 del Código de Justicia Militar.

En la actualidad, la justicia militar es competente por diversos criterios, y no todos correctos:

- formalmente, si el delito está tipificado previamente (artículo 2 del Código de Justicia Militar);
- subjetivamente, si la persona es un militar en actividad (artículo 324 del Código de Justicia Militar), tal como se analizó *supra*;
- causal, y ocasionalmente, si los hechos tienen relación con el ámbito militar;
- por el lugar de la comisión del hecho, tal como sucediera para los casos de zonas de emergencia (Ley 24150, de 1985, y Decreto Supremo 006-86-JUS, de 1986), y

- materialmente, si el delito es de función.

24. La naturaleza de los delitos de función

Lo más correcto sería reconducir todos los criterios antes enunciados hacia una nueva definición de lo que es un delito de función. Este se presenta cuando la conducta del militar o del policía en actividad pone en riesgo o atenta contra la actuación de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú en el cumplimiento de sus funciones constitucionales.

En la práctica se ha desnaturalizado lo que se entiende por delitos de función. Por tal motivo, se sugiere hacer una revisión de los tipos penales que deberían quedar establecidos como delitos militares, en tanto estos sean 'de función', según el artículo 173 de la Constitución, o 'estrictamente castrenses', según el artículo del Artículo 201 del proyecto de ley de reforma constitucional del Congreso, es decir, realizados en tanto y en cuanto son militares o policías.

Sobre la base de esta concepción de los delitos de función, en estricta relación con los principios de legalidad y tipificación por el Código de Justicia Militar, solamente podrían ser considerados copulativamente como tales^[17]:

- los relacionados directamente con el ámbito funcional militar o policial;
- los que afectan bienes jurídicos estrictamente castrenses, Y
- los que reconocen un nexo causal entre los delitos cometidos en el ámbito castrense y la función encomendada al sujeto activo militar.

25. El bien jurídico tutelado

Constitucionalmente, en el artículo 165, las Fuerzas Armadas

"tienen por finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República".

Es decir, si existe un delito de función, este debe estar en estricta relación con las funciones antes explicadas. De esta manera, según el fundamento 134-A de la Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC,

"se trata de afectaciones sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan. Se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia [de la] organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses"^[18].

26. Denuncia por el delito de aceptación de bienes o ventajas para violar obligaciones

En el caso del beneficiario de la presente acción, este ha sido denunciado por haber sido presunto autor del delito contra el deber y dignidad de la función^[19], pese a que

posteriormente no se le abriera instrucción por tal delito, que según el Código de Justicia Militar se refiere a lo siguiente en su artículo 200:

"Cometen delito contra el deber y dignidad de la función los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales que en ejercicio de su función o con ocasión de ella incurrir en cualesquiera de las infracciones siguientes: [...].

2. Aceptar regalos, promesas o cualquier otra ventaja a sabiendas de que les son hechas con el fin de violar sus obligaciones".

Sin embargo, ¿este tipo penal puede ser considerado como un delito de función? Como bien este Colegiado ha venido señalando, para que efectivamente pueda considerarse un ilícito como de 'función' o 'militar', se necesita, aparte de que el sujeto activo sea militar en actividad, que

"i. Un militar o policía haya infringido un deber que le corresponda en cuanto tal; es decir, que se trate de la infracción de una obligación funcional, por la cual el efectivo estaba constreñido a mantener, o a realizar, o no realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valioso por la ley; además, la forma y modo de su comisión debe ser incompatible con los principios y valores consagrados en el texto fundamental de la República (deber militar).

ii. Con la infracción del deber militar, el autor haya lesionado un bien jurídico militar que comprometa las funciones constitucionales y legalmente asignadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.

iii. La infracción revista cierta gravedad y justifique el empleo de una conminación y una sanción penal"^[20].

Tal como está previsto en el caso general, una figura como la expresada en el Código de Justicia Militar podría encajar en un tipo penal previsto para cualquier funcionario público, entre los que se puede encontrar a los militares^[21]. De hecho, el bien jurídico protegido por los delitos contra la Administración Pública es la protección de la correcta marcha de las entidades estatales, evitando una desviación tanto del poder asumido por los funcionarios como de la población con respecto a la consideración de tal investidura. De esta forma se debe analizar, entre otros, el tipo de cohecho propio (artículo 393 del Código Penal^[22]) que señala que

"El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal [...]."

La ética pública (como contradicción a la corrupción de funcionarios) no es un bien jurídico tutelado que debe ser expresado de manera distinta en las diversas instituciones

del Estado. De esta forma, el delito de aceptación de bienes o ventajas para violar obligaciones no tiene relación alguna con el rol constitucional de la actividad de las Fuerzas Armadas. La ética pública pertenece tanto a las instituciones castrenses como al resto de instituciones públicas, pues como bien señala el artículo 138 de la Constitución

"todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación".

27. Apertura de instrucción por delito de enajenación y pérdida de objeto y prendas militares y material del Estado

Como parte de la apertura de instrucción, el juez ha creído conveniente abrir proceso

"Contra el Oficial de Mar Tercero Maniobrista Nicanor CAREÑO Castillo por delito de 'Enajenación y Pérdida de Objeto y Prendas Militares y Material del Estado' en agravio del Estado - Marina de Guerra del Perú"^[23].

Según este delito previsto en el artículo 276 del Código de Justicia Militar,

"los militares que enajenen, pignoren o pierdan armas, municiones, combustibles, lubricantes, animales destinados al servicio, aparatos o efectos de buques de guerra, aeronaves militares, medios de comunicación, prendas militares, víveres, forrajes u otros materiales, sufrirán la pena de prisión o reclusión militar, cuando su valor exceda de diez mil soles oro. Si no excediere de dicha suma se reprimirá como falta".

Sin embargo, al igual que en el caso anterior, un tipo de estas características no tiene conexión alguna con los fines que deben cumplir las Fuerzas Armadas según la Constitución. Por ende, al igual que en el caso anterior, no pueden ser juzgados los militares por actos que son considerados como delitos comunes.

Por más que en el caso de las normas penales militares la referencia directa sean bienes jurídicos castrenses, la acción de la persona tiene de por sí un carácter particular, como puede ser cometido a través de un hurto^[24] o una omisión de deberes funcionales^[25].

28. La sustracción del petróleo y los delitos en sede ordinaria

Aparte de que la falta de congruencia [...] puede constituir entre el tipo penal denunciado y aquel por el que se ha abierto instrucción no tienen coherencia, que puede constituir una afectación al derecho al debido proceso de la persona (Artículo 139, inciso 3, de la Constitución), en ninguno de los dos casos, es posible que la justicia militar se considere competente para analizar actividades de los militares en actividad.

De esta manera, no podrá considerarse un proceso como regular cuando un proceso se sustente en normas constitucionalmente reprochables, como son, en el presente caso, los delitos antes mencionados. Por lo tanto, debe declararse tales normas como inaplicables al caso concreto.

Sobre la base de los hechos ocurridos en la sustracción de petróleo del barco de la Marina de Guerra, aparte de la intervención del beneficiario de la presente acción para evitar la custodia de los galones de petróleo, es importante recalcar qué es lo que el principal involucrado en el delito refiere ante las autoridades que lo investigaron:

"Asimismo refiere que este dinero fue repartido... al OM3 Man. CARREÑO Castillo, DOSCIENTOS (S/. 200,00) CON OO/100 NUEVOS SOLES, con la finalidad de que no informara los hechos"^[26].

Por tanto, lo más conveniente es que estos procesos sean nuevamente analizados en sede ordinaria, y se declare nulo el proceso penal militar abierto en contra del favorecido.

C. MANDATO DE DETENCIÓN Y JUSTICIA MILITAR

29. Privación de libertad y mandato de detención

El hecho que sustenta la privación de la libertad del favorecido se centra en el mandato de detención emitido en su contra, tal como se pudo observar *supra*. Independientemente de las conclusiones a las que este Tribunal acaba de arribar, es necesario pronunciarse sobre este extremo.

A entender de este Colegiado, es menester analizar la racionalidad y razonabilidad del tal mandato, motivo para lo cual es necesario nuevamente recurrir al *iura novit curia* constitucional, por no ser este hecho un fundamento de la demanda.

30. El carácter del mandato de detención en la justicia militar

Partiendo de que, según el artículo 520 del Código de Justicia Militar, solamente podrá haber detención en caso de que

"haya suficientes datos para considerar responsable al denunciado",

se debe señalar que solamente se podrá llegar a ella si es que previamente se ha mandado comparecencia en un supuesto como el establecido en el artículo 522 del Código de Justicia Militar:

"La orden de comparecencia será dictada bajo apercibimiento de detención, la que se hará efectiva si el inculcado no concurre a la citación".

Tras la instructiva, el juez militar debe determinar finalmente si ordena mandato de detención definitiva o simplemente comparecencia.

Este es el marco procesal en el que se ha debido resolver el caso. Sin embargo, también debe quedar claro que la discrecionalidad que el Código de Justicia Militar brinda al juez no debe ser entendida como arbitraria. Discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad.

31. La variación del mandato de comparecencia por el de detención

En la apertura de instrucción, el juez determinó mandato de comparecencia al beneficiario de la acción^[27].

Sin embargo, posteriormente se resuelve la variación de tal mandato por el de detención. Para fundamentarlo el juez militar señaló lo siguiente:

"VISTOS; estando la razón del Secretario curso, por la que informa que el Oficial de Mar Tercero Maniobrista no desea rendir su declaración instructiva sin la presencia de su abogado defensor de elección, asimismo tiene conocimiento que se ha resuelto dictar orden de detención definitiva contra el Técnico Tercero Electricista César ESPINOZA Miranda, en consecuencia: a efectos de cautelar la correcta administración de justicia"^[28].

De tal manera que el juez ha debido observar la inconcurrencia del inculcado a la citación, o tomando en consideración algún elemento que demande la necesidad de que el supuesto sujeto activo del delito requiera ser detenido.

Es más, el propio Código señala al respecto, en su artículo 525, que

"el auto de detención definitiva deberá ser fundada, refiriéndose de modo concreto a las piezas del expediente de las que resulte la comprobación de la existencia del delito y la presunción de ser el inculcado responsable del mismo. La falta de fundamento producirá la nulidad del auto".

32. La proscripción de la arbitrariedad en cualquier acto de la Administración

Para este Colegiado, no puede consentirse que la decisión que se tome, menos aún de un juez, esté sustentada en un libre criterio que pueda llegar a ser arbitrario. Ello porque

"desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:

- En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.
- En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo"^[29].

Sobre la base de una norma como aquella según la cual es un principio de la función jurisdiccional, tal como lo prevé el artículo 139, inciso 5, de la Constitución,

"la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan",

no puede permitirse que el mandato de detención emitido sea contrario a las reglas judiciales de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, más aún si una norma como esta exige que la disquisición jurídica del juez sea coherente con los hechos y el derecho con respecto a lo que se está resolviendo.

Es más, según la propia Constitución, en su artículo 2, inciso 24, acápite f,

“nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez”.

Por tanto, según el fundamento 36 de la Sentencia del Expediente 0090-2004-AA, Caso Juan Carlos Calleghari Herazo, es

“una exigencia constitucional evaluar si la decisión finalmente adoptada observa los principios de razonabilidad y proporcionalidad con relación a la motivación de hechos, ya que una incoherencia sustancial entre lo considerado relevante para que se adopte la medida y la decisión tomada, convierte a esta última también en una manifestación de arbitrariedad”.

33. Incongruencia del mandato de detención

De lo expuesto, queda claro que el mandato de detención emitido no cumple los requisitos básicos de coherencia resolutive, pues a través de él se señalan dos motivos para que sea dictado.

En primer lugar, si se ha determinado el mandato de detención de otro de los involucrados en el proceso penal, esto no tiene relación alguna con el beneficiario de esta acción. Tomando en cuenta que existe el principio de responsabilidad personal en materia penal, que se use este argumento como motivación de la detención es irracional.

De otro lado, que no se permita que se ejerza un verdadero derecho a la defensa con asesoramiento letrado es un acto contrario a la Constitución, la misma que señala en su artículo 139, inciso 14, como un derecho el

“comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”.

Por tales razones, se declara nulo el mandato de detención emitido, y se debe ordenar la inmediata liberación del detenido.

34. Validez constitucional de los requisitos del mandato de detención

Independientemente de lo señalado en los párrafos anteriores en los que se ha admitido el marco normativo para analizar el caso concreto, es necesario realizar un estudio de la conveniencia constitucional de los requisitos para emitir el mandato de detención.

Como se observa, el nivel de discrecionalidad con que cuenta el juez para determinar el mandato de detención en el proceso penal militar es sumamente alto. Esto motiva que se debe reconducir tal normatividad hacia parámetros más precisos de protección de los derechos a la libertad de la persona.

Por tal razón, se considera pertinente tratar de avanzar hacia un nivel como el expresado en las normas procesales ordinarias que, habiendo sido promulgadas, aún se encuentran en *vacatio legis*, pero que puede servir de marco normativo para el mandato de detención militar. Según esta norma (exactamente, artículo 268 del nuevo Código Procesal Penal⁽²⁰⁾),

“1. El Juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
- b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
- c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

2. También será presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva, sin perjuicio de la concurrencia de los presupuestos establecidos en los literales a) y b) del numeral anterior, la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad”.

De tal manera, se requiere con urgencia una norma de naturaleza similar en el proceso penal militar para que sean constitucionales sus mandatos de detención y no se mantengan los abusos en su emisión, tal como se han mostrado en el presente caso.

VI. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus de autos.

Por tanto:

- 1 Ordena la inmediata libertad del detenido.
- 2 Son inaplicables al caso concreto los artículos 200 y 276 del Código de Justicia Militar.
- 3 Exhorta al Congreso a emitir las normas adecuadas respecto a la detención en un proceso militar, asimilándolas a las detenciones en los procesos ordinarios.
- 4 Dispone la remisión de los actuados al Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
GARCÍA TOMA
LANDA ARROYO

¹¹¹ Artículo 1 de la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo.

¹¹² Resolución del titular del Segundo Juzgado de Instrucción Permanente de Marina, presentada por el demandado [f. 44 del expediente].

¹¹³ Fundamento de hecho 1 de la demanda (f. 2 del Expediente).

¹¹⁴ Expresada constitucionalmente como motivación de las resoluciones [artículo 139, inciso 5], y relacionada con la prohibición de revivir procesos fenecidos [artículo 139, inciso 13].

¹¹⁵ Son dos las normas básicas. De un lado, "nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país" [artículo 14 punto 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos].

En segundo término, "el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos" [artículo 8 punto 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos].

¹¹⁶ Ahora prescrito como Decreto Supremo 019-2004-DE-SG, en Texto Único Ordenado.

¹¹⁷ Se sanciona al favorecido "sin perjuicio de las acciones judiciales a que hubiera lugar" [Punto Resolutivo 3 de la Resolución de la Comandancia General de la Marina N° 0076-2004-CGMG, de 23 de enero de 2004, presentada como Anexo de la demanda (f. 7 del Expediente)].

¹¹⁸ Fundamento de hecho 4 de la demanda (f. 2 del expediente).

¹¹⁹ Sobre este mismo tema, también artículos 8.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹²⁰ La sanción por medida disciplinaria se encuentra expresada en el artículo 51 inciso f del Decreto Supremo 003-82-CCFA, Situación Militar del Personal de Técnicos, Suboficiales y Oficiales de Mar de las Fuerzas Armadas del Perú.

¹²¹ Punto Resolutivo 3 de la Resolución de la Comandancia General de la Marina N° 0076-2004-CGMG, de 23 de enero de 2004, presentada como Anexo de la demanda (f. 7 del expediente).

¹²² Considerando de la Resolución de la Comandancia General de la Marina N° 0076-2004-CGMG, de 23 de enero de 2004, presentada como Anexo de la demanda (f. 6 del expediente).

¹²³ Según la Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC, la justicia militar "constituye una excepción a los principios de unidad y exclusividad judicial" [fund. 126].

¹²⁴ Fundamento de hecho 5 de la demanda (f. 2, 3 del expediente).

¹²⁵ Por esta razón se ha venido pidiendo su modificación [Informe correspondiente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Año 1996].

¹²⁶ Formalización de denuncia penal por el delito contra el patrimonio en la modalidad de 'enajenación y pérdida de objetos y prendas militares y material del listado' y otros, Denuncia N° 001-2003, presentada por el demandado (f. 29 del Expediente).

¹²⁷ Según Informe Defensorial N° 66, ¿Quién juzga qué?: Justicia militar vs. Justicia ordinaria. El delito de función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹²⁸ Es decir debe poseer un "carácter de interés institucionalmente vital" [fund. 133 de la misma sentencia].

¹²⁹ Formalización de denuncia penal por el delito contra el patrimonio en la modalidad de 'enajenación y pérdida de objetos y prendas militares y material del listado' y otros, Denuncia N° 001-2003, presentada por el demandado (f. 29 del Expediente).

¹³⁰ Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC, fund. 134-A.

¹³¹ Para efectos penales, se consideran funcionarios o servidores públicos los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional" [artículo 425, inciso 5, del Código Penal].

¹³² Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 28355.

¹³³ Resolución N° 001-2004, presentada por el demandado (f. 33 del expediente).

¹³⁴ Artículo 185 del Código Penal ("el que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra").

¹³⁵ Artículo 377 del Código Penal ("el funcionario público que, ilegalmente, omite, rehusa o retarda algún acto de su cargo").

¹³⁶ Formalización de denuncia penal por el delito contra el patrimonio en la modalidad de 'enajenación y pérdida de objetos y prendas militares y material del listado' y otros, Denuncia N° 001-2003, presentada por el demandado (f. 29 del expediente).

¹³⁷ Resolución 001-2004, presentada por el demandado (f. 33 del expediente).

¹³⁸ Resolución del juez del Segundo Juzgado de Instrucción Permanente de Marina, presentada por el demandado [f. 44 del expediente].

¹³⁹ Sentencia del Expediente 0090-2004-AA/TC, Caso Juan Carlos Callegari Herazo, fund. 13. Además, "en ese orden de ideas, tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como 'discrecionales', no pueden ser 'arbitrarias', por cuanto son sucesivamente 'jurídicas' y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la 'crítica racional'" [fund. 12].

¹⁴⁰ Decreto Legislativo 957, que aún no se encuentra vigente.

Exp. N° 1805-2005-HC/TC [Proceso de Hábeas Corpus promovido por Máximo Humberto Cáceda Pedemonte. Sobre la prescripción de la acción penal y el derecho a la libertad individual].

Fecha de Resolución: 29 de abril de 2005

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 30 de junio de 2005

Resumen: Mediante sentencia recaída en autos se precisan criterios de interpretación vinculantes para todos los operadores jurídicos sobre la prescripción penal y las formas de intervención delictiva: autoría y participación.

Se expuso que mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo. Por tanto, el Tribunal estableció que resulta lesivo a los principios de economía y celeridad procesal, vinculados al derecho al debido proceso que el representante del Ministerio Público, titular de la acción penal, sostenga una imputación cuando esta se ha extinguido o que formule denuncia penal cuando la potestad persecutoria del Estado, por el transcurso del tiempo se encuentra extinguida, y que el órgano jurisdiccional abra instrucción en tales supuestos.

Otro aspecto relevante en la sentencia al tratar el tema de la prescripción penal es que se precisa que duplicar el plazo de prescripción en todos los delitos cometidos en agravio del Estado, sería atentar contra el principio de legalidad de cuya interpretación *pro homine* se infiere que aplicarlo a todos los imputados a los que se procese es extender *in malam parte* lo que pudiera afectar a este, cuando por el contrario su aplicación debe ser *in bonam parte*. En consecuencia, aclara el Tribunal que dicha duplicidad solo es aplicable en el caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado o de organismos sometidos por este de conformidad con el artículo 41°, *in fine*, de la Constitución.

Respecto de las formas de intervención delictiva, se señaló que el Código Penal reconoce dos formas de intervención delictiva: la autoría y la participación.

Asimismo, refirió el Colegiado que la doctrina precisa que solamente puede hacerse tal delimitación en los tipos dolosos. Así, define como autor de delito doloso a “[a] aquel que mediante una conducción consciente de fin, del acontecer causal en dirección del resultado típico, es señor sobre la realización del tipo” (Derecho Penal Alemán. Parte General, Edición 11ª Editorial Jurídica, 1976, p. 143.). Es decir, el autor puede manipular sobre el resultado del hecho y puede desistirse inclusive. En tanto que el partícipe está supeditado a la actuación del autor, pues su intervención solamente se produce siempre que el autor por lo menos arriba al grado de tentativa sin el cual no hay complicidad ni instigación. Consecuentemente, el partícipe no tiene dominio del hecho.

Consideró, entonces, que es autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho cuya contribución aun siendo distinta es considerada como un todo y el resultado total le es atribuible independientemente de la entidad material de su intervención; y es partícipe aquel cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuyo accionar no contribuye decididamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyudar en su ejecución.

Temas Claves: Autoría delictiva - derecho al debido proceso - detención domiciliaria - finalidad del proceso de hábeas corpus - participación delictiva - plazos de prescripción penal - principio de legalidad penal - principio *tempus regit actum*.

EXP. N.º 1805-2005-HC/TC
LIMA

MÁXIMO HUMBERTO
CÁCEDA PEDEMONTTE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Huaral, a los 29 días del mes de abril de 2005, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Laritirigoyen y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Miguel Abel González del Río contra la sentencia de la Segunda Sala Especializada Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 80, su fecha 17 de enero de 2005, que declara infundada la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 15 de octubre de 2004, el recurrente interpone acción de hábeas corpus a favor de su patrocinado, Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, y la dirige contra la Sala Penal "B" Anticorrupción integrada por los vocales Zavala Valladares, Barandarian Dempwof y Sequeiros Vargas, solicitando su inmediata libertad. Alega que el favorecido, con fecha 23 de enero de 2003, deduce la excepción de prescripción en la causa penal N.º 45-2002, alegato que luego de ser desestimado, es recurrido ante la sala emplazada, la que, transgrediendo el debido proceso, confirma la apelada declarando infundada la excepción, a pesar de acreditarse que había transcurrido en exceso el tiempo fijado por ley. Aduce que los emplazados, con fecha 12 de julio de 2004, le deniegan su excepción sobre la base de la Ejecutoria Suprema de fecha 2 de agosto de 2004, irregularidad que evidencia su actitud prevaricadora, ya que los emplazados mal podrían conocer y aplicar los criterios que en el futuro aplicaría la Corte Suprema. Sostiene que, ante la evidencia antijurídica demostrada en la decisión judicial, interpone recurso de nulidad, el cual es declarado improcedente en aplicación del nuevo Código Procesal Penal, irregularidad que perjudica al favorecido, toda vez que se debió aplicar la norma procesal anterior, por ser mas favorable al procesado.

Agrega que el beneficiario se encuentra cumpliendo detención domiciliaria, existiendo contra él, únicamente, el testimonio de un oficial subalterno, y que se ha vulnerado el principio de legalidad penal, toda vez que se lo procesa por el delito de asociación delictiva solo por el hecho de que en el evento ilícito instruido intervinieron pluralidad de agentes.

Realizada la investigación sumaria, el demandante se ratifica en el contenido de su demanda. Por su parte, la doctora Zavala Balladares, presidenta de la sala emplazada; sostiene que la resolución cuestionada se encuentra arreglada a ley, dado que el delito por el que

se le juzga al demandante no ha prescrito, toda vez que la pena privativa de libertad a imponerse es de 35 años, los cuales aún no han transcurrido. Finalmente, aduce que la resolución se emitió dentro de un proceso regular, respetando el principio de la doble instancia, y que el demandante utilizó todos los mecanismos impugnatorios que faculta la ley especial de la materia.

El Procurador Adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, con fecha 27 de octubre de 2004, se apersona al proceso solicitando que se declare improcedente la demanda, por haberse sustanciado el proceso de manera regular ante lo cual el hábeas corpus no puede ser eficaz.

El Cuadragésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 15 de noviembre de 2004, declara infundada la demanda por considerar que lo resuelto por la sala emplazada emana de un proceso regular, y que esta ha actuado conforme a las facultades que la ley confiere a jueces y tribunales para complementar o integrar los fallos dentro del marco del debido proceso, según se advierte del pronunciamiento emitido por los accionados en el Cuaderno de Prescripción que se cuestiona en el proceso constitucional.

La recurrida confirma la apelada con fundamentos similares.

FUNDAMENTOS

1. El objeto del presente proceso constitucional es que se declare fundada la excepción de prescripción deducida y que, en consecuencia, se disponga la inmediata libertad del favorecido, toda vez que habría operado la prescripción de la acción penal, con lo cual la medida de arresto domiciliario que cumple habría devenido en arbitraria.
2. Se desprende de la demanda una doble afectación constitucional en agravio del beneficiario: a) una supuesta vulneración del principio de legalidad penal y procesal, materializada presumiblemente en que la acción penal seguida contra el beneficiario se encuentra prescrita, y en la aplicación ultractiva de la ley procesal, y, b) una supuesta vulneración a la libertad individual, materializada en la medida de detención domiciliaria impuesta al favorecido al dictarse la apertura de instrucción.
3. En la demanda se aducen argumentos tendientes no a fundamentar la prescripción de la acción penal que supuestamente agravia al beneficiario, sino a sustentar su irresponsabilidad penal respecto del ilícito instruido. Este Tribunal considera pertinente recordar, tal como lo ha hecho en reiterada jurisprudencia, que el proceso constitucional de hábeas corpus tiene por objeto velar por la plena vigencia del derecho a la libertad individual y sus derechos conexos, mas no pronunciarse sobre la responsabilidad penal del infractor, pues tales materias son propias de la jurisdicción penal ordinaria.¹¹
4. Por ello, el cuestionamiento de los argumentos que han justificado la apertura de instrucción, fundamentándose

en la mera sindicación frente a la ausencia de elementos probatorios que acrediten la participación, irresponsabilidad y/o responsabilidad penal del favorecido respecto de los ilícitos instruidos, supondría desnaturalizar la esencia de la investigación, porque se la estaría evaluando como si se tratara de una sentencia condenatoria.

5. Por tanto, será materia de análisis constitucional por este Supremo Colegiado si la resolución judicial que declara infundada la excepción deducida viola o amenaza algún derecho fundamental, así como el presunto conflicto de aplicación de leyes procesales en el tiempo.

§. La prescripción

6. La prescripción, desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al *ius punendi*, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma.

7. Es decir, que mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo.

8. Dicho de otro modo, en una Norma Fundamental inspirada en el principio *pro homine*, la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva contemplando la necesidad de que, pasado cierto tiempo, se elimine toda incertidumbre jurídica y la dificultad de castigar a quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica. El Código Penal reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal.

9. Así, la ley considera varias razones que permiten extinguir la acción penal, en virtud de las cuales el Estado autolimita su potestad punitiva: pueden ser causas naturales (muerte del infractor), criterios de pacificación o solución de conflictos sociales que tienen como base la seguridad jurídica (cosa juzgada o prescripción) o razones sociopolíticas o de Estado (amnistía).

10. En este orden de ideas, resulta lesivo a los principios de economía y celeridad procesal, vinculados al derecho al debido proceso, que el representante del Ministerio Público, titular de la acción penal, sostenga una imputación cuando esta se ha extinguido, o que formule denuncia penal cuando la potestad persecutoria del Estado, por el transcurso del tiempo, se encuentra extinguida, y que el órgano jurisdiccional abra instrucción en tales supuestos.

§. Clases de prescripción

11. De acuerdo con lo establecido en la ley penal material, la prescripción es un medio para librarse de

las consecuencias penales y civiles de una infracción penal o una condena penal por efecto del tiempo y en las condiciones exigidas por la ley.

Por consiguiente, la prescripción igualmente constituye un supuesto de extinción de la acción penal tal como lo prevé el artículo 78.1 del Código Penal, y la norma material reconoce también la prescripción de la ejecución de la pena (artículo 85.1).

12. Así, la primera prescripción, llamada *de la persecución penal*, está referida a la prohibición de iniciar o continuar con la tramitación de un proceso penal, en tanto que por la segunda, llamada *de la ejecución penal*, se excluye la ejecución de una sanción penal si ha transcurrido un plazo determinado, de lo cual se infiere que la prescripción del delito extingue la responsabilidad penal, en tanto que la prescripción de la pena lo que extingue es la ejecución de la sanción que en su día fue decretada.

§. Plazos de prescripción

13. El artículo 80° del Código Penal establece que la acción penal prescribe:

"[E]n un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si fuera privativa de libertad. En el caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben independientemente.

En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.

En ningún caso, la prescripción será mayor a veinte años. Tratándose de delitos con pena de cadena perpetua, se extingue la acción penal a los treinta años".

14. Se desprende, entonces, que el Código Sustantivo, en el caso de la prescripción de la pena, prevé plazos más dilatados y condiciones más severas.

15. Sin embargo, resulta importante resaltar que hay hechos criminales que perjudican a la sociedad en su conjunto, afectando el mundo social, político, económico y cultural de un país, y con ello nuestra democracia y al Estado de Derecho.

16. Esta realidad ha acompañado nuestra historia como país, pues estamos de manera permanente viviendo y sufriendo un conjunto de hechos de criminalidad organizada en los que se afecta al patrimonio del Estado, que no es otro que el patrimonio de todos los peruanos. En un país que vive en extrema pobreza, con millones de niños y adolescentes en situación de miseria, no es posible aceptar la impunidad de la corrupción, porque el accionar del Estado no los alcanzó, o porque se recurre a argucias legales para impedirlo.

17. Es por ello que la Norma Suprema establece que "[e]l plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado".^[2]

La redacción del texto constitucional no es clara; pareciera que se refiere a todos los delitos cometidos en

agravio del Estado, pero consideramos que no es así, ya que, por el principio de legalidad y seguridad jurídica, debe entenderse tal plazo de prescripción en el contexto de todo el artículo y, mejor aún, en el contexto de todo el capítulo, que trata exclusivamente de los funcionarios y servidores públicos.

18. Este Supremo Colegiado considera que duplicar el plazo de prescripción en todos los delitos cometidos en agravio del Estado, sería atentar contra el principio de legalidad, de cuya interpretación *pro homine* se infiere que aplicarlo a todos los imputados a los que se procese es extender *in malam parte* lo que pudiera afectar a este, cuando por el contrario su aplicación debe ser *in bonam parte*.

En consecuencia, dicha duplicidad solo es aplicable en el caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado o de organismos sometidos por este, de conformidad con el artículo 41°, *in fine*, de la Constitución.

19. De autos se advierte que el beneficiario es procesado por delito contra la tranquilidad pública en la modalidad de asociación ilícita, en agravio de la sociedad y el Estado peruano, “[e]n mérito a su vinculación con el Comando Operativo para operaciones especiales que se llegó a denominar Destacamento Colina, conformado como parte de una estrategia clandestina de lucha contra la subversión, que fuera integrado por oficiales del Ejército Peruano, con conocimiento y participación del Comandante General del Ejército, del ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres, e incluso del propio ex presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, dado que, como Comandante EP, Jefe de la Dirección de Economía de Inteligencia del Ejército, habría autorizado beneficios económicos como gastos operativos y retribución adicional a dichos efectivos”.

“(…) “[d]icho grupo paramilitar estaba abocado a recabar información de los subversivos, detenerlos, interrogarlos mediante tortura, para luego aniquilarlos y proceder a su desaparición física.”^[13]

20. Es decir, se imputa al recurrente el haber formado parte de una agrupación ilícita para delinquir por el hecho de haber contribuido a la concertación de los altos oficiales del Ejército Peruano con los efectivos de su institución integrantes del Grupo Colina, pues en su condición de Comandante EP, Jefe de Economía del Servicio de Inteligencia habría autorizado beneficios económicos como gastos operativos y la remuneración de dichos efectivos, así como financiar sus “propias estrategias”, consistentes en seguimiento, detención, interrogación mediante tortura, aniquilamiento y desaparición física.

A esta agrupación delictiva se le imputa el secuestro, la detención, tortura y desaparición del periodista Pedro Herminio Yauri Bustamante, crimen que se perpetró con un fusil FAL y una granada de guerra tipo piña, en la madrugada del 24 de junio de 1992, fecha en que “[s] acándolo de su domicilio en Huacho, lo trasladaron a una playa cercana, haciéndoles cavar una fosa e interrogándolos, los enterraron luego de aniquilarlos disparándole en la cabeza con un fusil FAL.”^[14]

21. Los delitos contra la tranquilidad pública se encuentran previstos en el título XIV del Código Penal, y la modalidad del presente caso está precisada en el segundo párrafo del artículo 137.º, que establece “[q]ue cuando la organización esté destinada a cometer los delitos de genocidio, contra la seguridad y tranquilidad públicas [...], [l] a pena será no menor de 8 años y no mayor de 35 años”.

22. Por disposición del artículo 80.º del Código Sustantivo, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad; y, en todo caso, prescribe cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción, conforme lo señala el artículo 83.º del acotado.

En tal sentido, si los hechos investigados ocurrieron el día 24 de junio de 1992, a la fecha han transcurrido 12 años y 10 meses de la presunta comisión del delito, de lo cual se colige que no ha vencido el plazo ordinario de prescripción por delito de asociación ilícita para delinquir agravada. En consecuencia, la resolución judicial cuestionada que desestima la excepción de prescripción de la acción penal deducida por el favorecido no vulnera sus derechos fundamentales.

23. Por el contrario, dada la trascendencia de los procesos penales que actualmente se siguen por los hechos atribuidos al Grupo Colina, este Tribunal considera que es necesario continuar con la tramitación del proceso tendiente a determinar las responsabilidades a que hubiere lugar.

24. Es por ello que resulta importante recordar, conforme se hiciera en anterior jurisprudencia, que: “[l]os hechos que son materia de los procesos penales seguidos contra el recurrente forman parte de un conjunto atribuido al autodenominado Grupo Colina, todos ellos cometidos bajo una modalidad delictiva que ha motivado el rechazo y la condena de la Comunidad Nacional e Internacional. El Estado Peruano no debe tolerar la impunidad de éstos y otros graves crímenes y violaciones a los derechos humanos, tanto por una obligación ética fundamental derivada del Estado de Derecho, como por el debido cumplimiento de compromisos expresos adquiridos por el Perú ante la Comunidad Internacional.”^[15]

§. Delito de asociación ilícita

25. El recurrente alega que se ha violado el principio de legalidad penal, porque el órgano jurisdiccional lo procesa por el delito de asociación ilícita para delinquir, sin que, a su juicio, se cumplan los presupuestos previstos para que se configure dicho delito, calificación errónea realizada por el juzgador, la cual está motivada por la pluralidad de agentes que intervinieron en el evento típico materia de instrucción.

26 El principio de legalidad penal está consagrado en el artículo 2.º, inciso 24, literal “d”, de la Constitución Política del Perú, según el cual “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de

cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley".

27 Conforme lo ha sostenido en reiteradas oportunidades este Tribunal, "[E]l principio de legalidad exige que por ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley. Como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*) y de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*)¹⁶¹.

28 Este Tribunal considera que el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones, en tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica.

29 Por tanto, resulta igualmente claro que la dimensión subjetiva del 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 este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales.

30 Si bien el principio de legalidad penal, el cual protege el derecho de no ser sancionado por supuestos no previstos de forma clara e inequívoca en una norma jurídica, en tanto derecho subjetivo constitucional, debe ser susceptible de protección en esta vía, el análisis que debe practicar la justicia constitucional no es equiparable al que realiza un juez penal.

31 En efecto, como este Tribunal ha reiterado en diversas oportunidades, "[...] no puede acudirse al hábeas corpus ni en él discutirse o ventilarse asuntos resueltos, como [lo] es la determinación del tipo penal o la responsabilidad criminal, que son de incumbencia exclusiva de la justicia penal. El hábeas corpus es un proceso constitucional destinado a la protección de los derechos reconocidos en la Constitución, y no a revisar si el modo como se han resuelto las controversias de orden penal es el más adecuado conforme a la legislación ordinaria. En cambio, no puede decirse que el hábeas corpus sea impropio para ventilar infracciones a los derechos constitucionales procesales derivadas de una sentencia expedida en proceso penal, cuando ella se haya dictado

con desprecio o inobservancia de las garantías judiciales mínimas que deben guardarse en toda actuación judicial, pues una interpretación semejante terminaría, por un lado, por vaciar de contenido el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales y, por otro, por promover que la cláusula del derecho a la tutela jurisdiccional (efectiva) y el debido proceso no tengan valor normativo"¹⁶².

§. Formas de intervención delictiva

32. No obstante, es menester precisar que si bien la calificación del tipo penal es atribución del juez penal, la tutela jurisdiccional efectiva se concreta a través de las garantías que, dentro de un *iter* procesal diseñado en la ley, están previstas en la Constitución Política del Perú, razón por la cual el Tribunal Constitucional estima conveniente revisar el marco teórico-jurídico de las formas de intervención delictiva.

33. El Código Penal reconoce dos formas de intervención delictiva; la autoría y la participación.

El artículo 23.º de Código Sustantivo establece que "[E]l que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para tal infracción". A su vez, distingue tres formas en que una persona puede cometer un delito (realizarlo) en calidad de autor: a) cuando realiza por sí misma el hecho punible; b) cuando realiza por medio de otro el hecho punible; c) cuando realiza el hecho punible juntamente con otro u otros.

34. La doctrina precisa que solamente puede hacerse tal delimitación en los tipos dolosos. Así, define como autor de delito doloso a "[a]quel que mediante una conducción consciente de fin, del acontecer causal en dirección del resultado típico, es señor sobre la realización del tipo"¹⁶³. Es decir, el autor puede manipular sobre el resultado del hecho y puede desistirse inclusive.

En tanto que el *partícipe* está supeditado a la actuación del autor, pues su intervención solamente se produce siempre que el autor, por lo menos, arriba al grado de tentativa, sin el cual no hay complicidad ni instigación. Consecuentemente, el *partícipe* no tiene dominio del hecho.

35. Así, es autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho, cuya contribución, aun siendo distinta, es considerada como un todo, y el resultado total le es atribuible independientemente de la entidad material de su intervención; y es *partícipe* aquel cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuyo accionar no contribuye decididamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyudar en su ejecución.

36. Ahora bien, cuando el ilícito penal es cometido por una persona que, cual instrumento, actúa dentro de un aparato de poder organizado, que, como parte de su estrategia general, comete delitos o representa solo un ejemplo de un conjunto de conductas ilícitas similares,

estamos frente a la existencia de un patrón de violaciones, lo que convierte a tal agrupación en una organización destinada a cometer delitos. Estamos, entonces, frente a un ilícito contra la paz pública previsto y sancionado en el artículo 317.º de la ley penal material.

A mayor abundamiento, dicho tipo penal está referido a una agrupación de personas organizadas con el objeto de cometer varios delitos, y que han hecho del delito un modo de vida.

37. En consecuencia, es en virtud del principio de reparto funcional de roles y de las contribuciones de los intervinientes en el ilícito penal que se establecerá su intervención delictiva.

§. Detención domiciliaria

38. Es pertinente señalar que, tal como ocurriera en el caso Chumpitaz Gonzales (Exp. 1565-2002-HC-TC), en el presente proceso no nos encontramos ante un supuesto de detención preventiva, sino ante uno de comparecencia restrictiva. En efecto, tal como está regulada en nuestra legislación procesal penal, la detención domiciliaria no aparece como una forma de detención judicial preventiva, sino, antes bien, como una alternativa frente a esta. Y es que, tal como quedó establecido en la sentencia antes aludida, si bien ambas figuras, al estar encaminadas a asegurar el éxito del proceso penal, responden a la naturaleza de las medidas cautelares, no pueden ser equiparadas ni en sus efectos personales ni en sus elementos justificatorios, dado el distinto grado de incidencia que generan en la libertad del individuo.

39. No es ajeno, empero, a este Tribunal que, entre las alternativas frente a la detención judicial preventiva, la detención domiciliaria es la que aparece como la más seria y limitativa de la libertad personal, razón por la cual su validez constitucional también se encuentra sujeta a los principios de subsidiariedad, razonabilidad, provisionalidad y proporcionalidad.

40. Tal como dejara sentado este Tribunal en pronunciamientos precedentes, “[e]l principal elemento a considerarse en el dictado de (una) medida cautelar debe ser el peligro procesal que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente. En particular, el peligro de que el procesado no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia. Tales fines deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que antes y durante el desarrollo del proceso puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse de una posible sentencia prolongada”.¹⁹¹

41. Fluye del análisis de autos que la medida de detención domiciliaria dictada contra el favorecido se justificó en la seriedad de los cargos imputados, así como en la “suma gravedad” que ellos revisten. Tales argumentos, por sí

solos, no se condicen con los elementos objetivos que puedan concluir en la determinación del peligro procesal. Justificar las restricciones a la libertad bajo presunciones de orden criminal, esto es, sobre la base de la gravedad de los delitos imputados, resulta, a todas luces, atentatorio al principio de presunción de inocencia que debe informar a todo proceso penal.

42. De otro lado, las normas procesales, entre las que se encuentra la que señala los requisitos para dictar las medidas cautelares tendientes a asegurar el éxito del proceso, no solo implican una garantía para el imputado, sino que constituyen un parámetro objetivo que informa al órgano jurisdiccional sobre la forma en que debe llevarse a cabo la sustanciación del proceso.

En tal sentido, del estudio de autos *no* se advierte la *ausencia* de peligro procesal que aduce el demandante; por el contrario, se evidencia una sospecha razonable de que, dado el esclarecimiento que este tipo de delitos implica, peligra la culminación del proceso y, con ello, la especial obligación de esclarecimiento que este tipo de crímenes conlleva.

43. Finalmente, en el extremo alegado de ausencia de suficiencia probatoria, “[a] pesar de existir contra él tan solo el testimonio de un oficial subalterno”¹⁹⁰, resulta necesario precisar que, de encontrarse presente dicho requisito al dictarse la medida, estaríamos ante la presencia copulativa de los tres presupuestos exigidos por ley para el dictado de la medida cautelar de detención preventiva.

§. Conflicto de leyes en el tiempo

44. Con respecto al conflicto de aplicación de leyes procesales en el tiempo, invocado por el demandante, “[a]l denegarse el Recurso de Nulidad, aplicando la nueva norma del Código Procesal Penal y no la anterior”¹⁹¹, resulta necesario precisar que dicha controversia ha de resolverse a la luz del principio de eficacia inmediata de las leyes, con las modulaciones que este pueda tener a consecuencia del contenido constitucionalmente protegido del derecho “*a no ser sometido a un procedimiento distinto de los previamente establecidos*”, reconocido por la Norma Suprema como los principios y derechos de la función jurisdiccional.

45. Sobre el particular, este Colegiado ha sostenido que “[e]l derecho al procedimiento preestablecido en la ley no garantiza que se respeten todas y cada una de las disposiciones legales que regulan el procedimiento, sea éste administrativo o jurisdiccional, sino que las normas con las que se inició un determinado procedimiento “*no sean alteradas o modificadas con posterioridad*”.¹⁹² Es decir, que iniciado un procedimiento determinado, cualquier modificación realizada a la norma que lo regulaba, no debe ser la inmediatamente aplicable al caso, pues el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución garantiza que “*nadie puede ser sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos*”.

46. En el caso de las normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum*, que establece que la ley

procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolver. Esto supone la aplicación inmediata de la ley procesal, mas no que a través de ella se regulen actos procesales ya cumplidos con la legislación anterior.

47. En tal sentido, del estudio de autos se advierte que el favorecido Cáceda Pedamonte fue notificado con la desestimación de la excepción de prescripción con fecha 20 de setiembre de 2004 (f.16), resolución contra la cual interpuso recurso de nulidad, el cual fue declarado improcedente con fecha 22 de setiembre de 2004, en aplicación del Decreto Legislativo N.º 959, vigente desde el 18 de agosto de 2004.

Por consiguiente, la denegatoria del recurso de nulidad se realizó en aplicación del principio *tempus regit actum*, dado que al momento de resolver, tal recurso de nulidad se encontraba vigente el Decreto Legislativo N.º 959; en consecuencia, era imperativa su observancia, toda vez que las normas procesales son de cumplimiento inmediato. Por lo tanto, la resolución cuestionada no vulnera los derechos fundamentales del demandante.

48. De conformidad con el artículo VI, *in fine*, del Código Procesal Constitucional, los criterios de interpretación contenidos en los fundamentos jurídicos 10, 18, 33, 34, 35 y 36 son vinculantes para todos los operadores jurídicos.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
LANDA ARROYO

[1] STC 1567-2002-HC/TC, Caso Rodríguez Medrano.

[2] Constitución Política del Perú, artículo 41.º

[3] Tomado de la Resolución del Segundo Juzgado Penal Especial, f. 7-10

[4] Tomado del Dictamen Fiscal Nº 112-2004, f. 15 y 15 v.

[5] Fundamentos de la STC 2789-2004-HC, Caso Rivera Navarrete.

[6] STC 0010-2002-AI/TC.

[7] STC 2758-2004-HC, Caso Bedoya de Vivanco.

[8] Derecho Penal Alemán. Parte General, Edición 11ª Editorial Jurídica, 1976, p. 143.

[9] STC 1091-2002-HC/TC, Caso Silva Checa, fundamento 18

[10] Primer Fundamento de hecho de la demanda, f. 1-5

[11] Undécimo Fundamento de hecho de la demanda, *Ibíd.*

[12] STC 2196-2002-HC/TC, Caso Saldaña Saldaña.

Exp. N° 2876-2005-HC/TC [Proceso de Hábeas Corpus promovido por Nilsen Mallqui Laurence y otro. Sobre el contenido y los alcances del derecho a la libertad de tránsito].

Fecha de Resolución: 22 de junio de 2005

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 20 de octubre de 2005

Resumen: En el presente caso, el Colegiado explicó con mayor claridad la extensión en el resguardo constitucional de la libertad de tránsito.

Así, señaló que la libertad de tránsito se encuentra relacionada sobre todo con la capacidad locomotora por parte de los nacionales y extranjeros para transitar dentro del país. Sin embargo, se le debe dotar de un contenido más específico. Debe incluir, además, la facultad de cada uno de los residentes de una localidad, de un poblado o de una ciudad para movilizarse dentro de ella y en las zonas o urbanizaciones que las componen.

Refirió que la doctrina es uniforme en señalar que el sujeto activo de este derecho es una persona natural o extranjera, y que el sujeto pasivo es el Estado o cualquier persona natural o jurídica, reconociéndose así la no solo eficacia vertical del derecho fundamental, sino también su eficacia horizontal, elemento este último destacable para la resolución de la presente controversia constitucional.

De otro lado, el artículo 22° de la Convención Americana de Derechos Humanos estipula que toda persona sin distinción de nacionalidad que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo con sujeción a las disposiciones legales allí imperantes.

En atención a lo expuesto, el Tribunal expresó que el Estado está facultado total o parcialmente para reglar, controlar y condicionar la entrada y admisión de extranjeros. Igualmente, el cuerpo político goza del atributo de la expulsión que también es un límite a la libertad de tránsito, según se explicará más adelante, siempre que se cumplan algunas condiciones: el Estado puede imponer a través de la ley requisitos para autorizar el ingreso y la salida del territorio nacional (v.g. presentación del pasaporte, visas, pago de tasas, certificaciones sanitarias, entre otros); las restricciones legales están sujetas a su fundamentación en resguardo de la prevención de infracciones penales de la seguridad nacional, el orden público, la salud, la moral pública o los derechos y libertades de terceros; la expulsión de un extranjero no debe fundarse en su mera condición de tal, sino en el hecho de haber ingresado o permanecer en el territorio nacional con violación de la ley. Dicha disposición debe emanar de autoridad administrativa o judicial competente, según sea la naturaleza del caso que la motiva.

Ahora, para determinar claramente el ámbito de protección del derecho a la libertad de tránsito, señaló que es necesario delimitar cuál es el supuesto de hecho por él salvaguardado.

Así, mencionó que por lo general es frecuente la presentación de hábeas corpus demandándose la vulneración del derecho a la libertad de tránsito dentro del contexto del ejercicio o impedimento de pleno ejercicio del derecho de propiedad. Al respecto, puntualizó que dentro de una propiedad privada no puede existir ejercicio alguno de la libertad de tránsito, toda vez que ella involucra la posibilidad de traslado de un lugar público a otro pero no el desplazamiento que se realice dentro de zonas privadas, las mismas que habrán de encontrarse amparadas por la inviolabilidad de domicilio. Por ende, no es razonable que se salvaguarde como parte de la libertad de tránsito cualquier tipo de movimiento que una persona realice dentro de un espacio destinado al uso particular, ya sea dentro de una casa, centro de trabajo o cualquier tipo de propiedad privada, aunque con una precisión al respecto; sí cabría protección

a través de la libertad de tránsito si existe una vía privada de uso público. El derecho al libre tránsito, a partir de su relación con la aptitud para residir en el lugar escogido dentro del territorio no puede incluir -es más, proscrib- cualquier forma de desplazamiento interno forzado, situación a la cual el país no ha estado ajeno.

Por lo demás, aclaró que el goce de dicho derecho supone la utilización de una vía de circulación y de un medio de transporte. En lo relativo a la vía de circulación, ésta puede ser terrestre, subterránea, aérea, marítima, fluvial o lacustre. En cuanto al medio de transporte, éste puede ser pedestre, vehicular (autos, motos, camiones, aviones, barcos, bicicletas y cualquier otro que permita este libre ejercicio del movimiento) o a lomo de bestia. Por lo tanto, consideró que será materia de protección en sede constitucional la libertad de tránsito a través de transportes motorizados como puede ser una camioneta rural coloquialmente conocida como 'combi' tal como se muestra en el caso concreto.

Por otro lado, precisó que como todo derecho fundamental la libertad de tránsito no es un derecho absoluto, pues por mandato expreso de normas contenidas en el bloque de constitucionalidad, la libertad de tránsito se encuentra sometida a una serie de límites o restricciones en su ejercicio con el fin de tutelar otros bienes constitucionalmente protegidos. Expresó que la aplicación de una medida restrictiva a un caso concreto debe ajustarse al principio de razonabilidad, ser adecuada para desempeñar su función protectora, posibilitar ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y guardar proporción con el interés que debe protegerse.

Mencionó, además, que en la Sentencia recaída en el Expediente N° 3482-2005-HC/TC se expresó que las restricciones a la libertad de tránsito pueden ser calificadas como explícitas e implícitas. Las explícitas son aquellas que se encuentran claramente enumeradas en la Constitución o en la ley y pueden, a su vez, ser de carácter ordinario o extraordinario. De otro lado, las restricciones son implícitas cuando no son expresamente detalladas en norma alguna.

Son diversos los supuestos que se incluyen dentro de las restricciones explícitas ordinarias, entre las cuales figuran las restricciones por razones sanitarias (inciso 11 del artículo 2° de la Constitución), jurisdiccionales (por orden judicial de impedimento de salida del territorio nacional, expatriación de nacionales o la expulsión de extranjeros), de *extranjería* (por la falta de aptitud legal de un extranjero para ingresar al territorio nacional o para continuar residiendo dentro de él), políticas (inciso 9 del artículo 102° de la Constitución), por razones de capacidad de ejercicio (segundo párrafo del artículo 6° de la Constitución, concordante con los artículos 12°, 74° y subsiguientes del Código de los Niños y Adolescentes, establece que la libertad de tránsito de los menores de edad está sujeta a las restricciones y autorizaciones establecidas en la ley), por razones administrativas (cuando se establecen ciertos requisitos legales o administrativos para el ejercicio del derecho, los cuales deben ser razonables, por ejemplo en el caso del transporte público, es necesario contar con una licencia de funcionamiento para transitar por las vías que se autoricen).

Las restricciones explícitas extraordinarias, se derivan de situaciones singulares, que ameritan una intervención rápida y concreta. Entre ellas están los casos siguientes: *Estado de Emergencia o de Sitio*, *Asilo diplomático* y la *Extradición*, en cuya eventualidad puede restringirse el derecho relativo a la libertad de tránsito.

Las restricciones implícitas, por su parte, se derivan de aquellas situaciones en donde se hace necesario vincular el ejercicio del derecho a la libertad de tránsito con otros derechos o bienes constitucionalmente relevantes, a fin de poder determinar dentro de una técnica de ponderación cuál de ellos es el que bajo determinadas circunstancias debe prevalecer. Son diversos los casos en que existe limitación implícita a la libertad de tránsito, entre ellas se mencionó a las siguientes:

- *Seguridad ciudadana*: La seguridad ciudadana no debe ser observada como un derecho fundamental sino como un bien jurídico protegido habida cuenta que hace referencia

a un conjunto de acciones o medidas que están destinadas a salvaguardar el desarrollo de la vida comunitaria dentro de un contexto de paz, tranquilidad y orden, mediante la elaboración y ejecución de medidas vinculadas al denominado poder de Policía. Así, vemos en este aspecto por ejemplo que el Tribunal en el Expediente N° 3482-2005-PHC/TC se ha pronunciado a favor de la colocación de rejas en la vía de acceso al lugar de residencia, argumentando que con ello se estaría tutelando la seguridad de los habitantes de la zona.

- *Seguridad nacional*: El Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas como parte de la ya mencionada Observación General N° 27 reconoce la posibilidad restricciones a zonas militares por motivos de seguridad nacional. Asimismo, se puede recurrir a una restricción válida y necesaria de la libertad de tránsito para la protección de la seguridad nacional y el orden público.

Por todo lo expuesto, y considerando que el ejercicio del derecho a la libertad de tránsito cuenta con una restricción explícita ordinaria referida a las razones administrativas que posibilitan el funcionamiento del servicio de transporte público, el Tribunal Constitucional determinó, en mérito de los medios probatorios recogidos en autos, que la supuesta vulneración a la libertad de tránsito no se había producido en el sentido manifestado por el recurrente, sino que, por el contrario, advirtió que el recurrente es quien estuvo realizando un ejercicio proscrito por una orden judicial máxime si se reconoce como un límite de la libertad de tránsito contar con el correspondiente permiso, y claro está, ser el titular de dicho permiso, situación que no se cumplía cuando se interpuso la demanda.

En resumen, con el presente fallo se precisa que el ejercicio de la libertad de tránsito puede llevarse a cabo a través de medios de transporte sean éstos terrestres, aéreos, fluviales o lacustres. Sin embargo, cuando se alegue la afectación de este derecho por conductores de transporte público, éstos deberán demostrar que las empresas de las que forman parte poseen la autorización correspondiente para el uso de la ruta de circulación.

Temas Claves: Bloque de constitucionalidad - contenido constitucionalmente protegido de la libertad de tránsito - libertad de tránsito - procedencia del hábeas corpus - vías de tránsito público.

EXP. N.º 2876-2005-PHC/TC
LIMA

NILSEN MALLQUI LAURENCE
Y OTRO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de junio de 2005, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Bardelli Lartirigoyen, García Toma y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Nilsen Mallqui Laurence, a favor de don Rubén Pablo Orihuela López, contra la sentencia de la Sala Penal de Emergencia para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 25, su fecha 23 de marzo de 2005, que declaró improcedente la demanda de hábeas corpus de autos.

II. ANTECEDENTES

a. Demanda

Con fecha 23 de febrero de 2005, don Nilsen Mallqui Laurence interpone demanda de hábeas corpus a favor de don Rubén Pablo Orihuela López, contra Claudio Toledo Paytán y otros cinco sujetos que deberán ser individualizados e identificados, siendo los que lo secundan conocidos bajo los apelativos de 'Negro Jabalí' y 'Negro Matute'. Tanto el demandante como el favorecido trabajan en la Empresa Comunicación Integral, Turismo y Servicios Urano Tours S.A., teniendo el segundo a su cargo la Ruta de Circulación N.º IO 18: Huachipa - Carretera Central - 9 de octubre - Zárate - Acho.

Alega que los demandados interceptan ilegalmente las unidades de la empresa, tratando de arrebatar a cobradores y conductores diversos documentos, como la licencia de conducir, el carné de seguridad vial o la tarjeta de circulación; y que para cumplir tales actos, solicitan apoyo a malos efectivos policiales. Agrega que, con respecto al favorecido, el día 22 de febrero, a la altura de la Plaza de Acho, lo amenazaron para que se retire de la ruta, advirtiéndole que, en caso contrario, tomarían por asalto de las oficinas de la empresa, ubicadas en el interior del Mercado Mayorista de Santa Anita.

Aduce que con ello se afecta el derecho al libre tránsito, al trabajo, a la tranquilidad y a vivir en paz.

b. Resolución de primera instancia

Con fecha 23 de febrero de 2005, el Trigésimo Noveno Juzgado Penal de Lima declaró improcedente la demanda respecto del libre tránsito, argumentando que éste es el único de los derechos alegados que puede ser protegido a través de un hábeas corpus, pero que no se ajusta a la finalidad de proteger al trabajador de una empresa para el control de una ruta vehicular.

c. Resolución de segunda instancia

Con fecha 23 de marzo de 2005, la Sala Penal de Emergencia para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada, por considerar que no existe documento o indicio alguno que sustente lo afirmado por el recurrente.

III. FUNDAMENTOS

A. DATOS GENERALES

1. Daño constitucional invocado

Este proceso constitucional de hábeas corpus fue presentado por Nilsen Mallqui Laurence, a favor de sí^[1] y de Rubén Pablo Orihuela López, contra Claudio Toledo Paytán y otros cinco sujetos que deberán ser individualizados e identificados, siendo los que lo secundan conocidos bajo los apelativos de 'Negro Jabalí' y 'Negro Matute'. De otro lado, y tal como se precisa en otro expediente de hábeas corpus similar al presente que será materia de análisis *infra*^[2], es posible determinar la identidad del resto de demandados. Entonces, la reclamación planteada debe entenderse también extendida contra José Luis Toledo Barrientos, Erasmo Toledo Barrientos, y contra 'un grupo de aproximadamente quince personas de aspecto delincuenciales y aparentemente drogadictos'. Asimismo, se señala en la demanda que ella se dirige también contra los 'malos elementos policiales', los cuales son identificados como efectivo PNP Manrique y Vila, de la dependencia de la Comisaría de Huachipa^[3].

El acto lesivo consistiría en que los mencionados sujetos se encuentran interceptando ilegalmente unidades de la Empresa Comunicación Integral, Turismo y Servicios Urano Tours S.A., con el fin de arrebatar diversos documentos de los vehículos, hecho que se patentiza en el caso del favorecido, quien labora como chofer de la misma y a quien habrían amenazado en febrero pasado.

2. Reclamación constitucional

El demandante alega la afectación de los derechos fundamentales al libre tránsito (artículo 2° inciso 11 de la Constitución), al trabajo (artículo 2° inciso 15 de la Constitución) y a la tranquilidad y a vivir en paz (artículo 2° inciso 22 de la Constitución).

Sobre la base de esta vulneración, se solicita lo siguiente:

- Se repongan las cosas al estado anterior a la violación de sus derechos constitucionales.

- Se abstengan los demandados de consumir 'actos antisociales'^[4].

B. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

3. Análisis que debe realizarse

La resolución que se dicta debe dedicarse a explicar los siguientes acápitos:

· ¿Cuáles son los derechos fundamentales tutelados a través de un hábeas corpus?

· ¿Ha existido vulneración del derecho a la libertad de tránsito? De esta forma,

- ¿Está en juego en el caso concreto el análisis del derecho fundamental a la libertad de tránsito?

- ¿Existen elementos mínimos de juicio para proteger un derecho a través de este proceso constitucional?

C. DERECHOS FUNDAMENTALES PROTEGIDOS POR EL HÁBEAS CORPUS

4. La protección de los derechos al trabajo, a la tranquilidad y a la vida en paz

La protección de algunos de los derechos invocados en el presente proceso de hábeas corpus se realiza claramente a través del amparo. Según el artículo 37° del Código Procesal Constitucional,

"el amparo procede en defensa de los siguientes derechos(...) 3) Al trabajo (...) 23) De gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida".

Es decir, la tutela de derechos como el trabajo, la tranquilidad y la paz debería encauzarse a través del proceso constitucional del amparo. Sin embargo, en la demanda, el recurrente ha decidido la búsqueda de su tutela a través de un hábeas corpus. La cuestión a determinar, entonces, es si puede admitirse este tipo de petición en sede constitucional.

5. La relación entre el hábeas corpus y el amparo

Según este Tribunal, el proceso básico del ordenamiento jurídico es el hábeas corpus, tanto así que la propia Constitución ha señalado en el artículo 200° inciso 2, con respecto al amparo, que éste procede contra la vulneración o amenaza

"de los demás derechos reconocidos en la Constitución, con excepción de los derechos (...) en el inciso anterior",

el cual justamente está referido al hábeas corpus. El amparo aparece, entonces, como un proceso constitucional residual respecto de aquél.

En esta lógica, conviene establecer cuándo corresponde la presentación de una demanda de hábeas corpus, con el fin de determinar si los derechos al trabajo, a la tranquilidad y a la paz merecen ser salvaguardados a través de este proceso constitucional.

Una demanda de hábeas corpus sólo cabe ser interpuesta cuando se pretenda la protección de la libertad personal o derechos conexos^[51]. Es decir, con este proceso se protege un núcleo duro de derechos relacionados con la libertad personal; siempre que exista conexión con tal derecho, será pertinente que se analice a través de este proceso constitucional^[62], por lo que corresponde señalar que sólo será atinente la protección de los derechos fundamentales demandados si ellos se encuentran en conexión directa con el derecho a la libertad personal.

6. Improcedencia de la demanda en el extremo de este peticitorio

Tomando en consideración lo señalado, queda claro que la demanda debe ser declarada improcedente en el extremo que solicita la protección de dichos derechos, en virtud de que estos no tienen conexión alguna con el derecho a la libertad personal. Cada uno de ellos tiene una autonomía tal que no pueden ser protegidos a través de un hábeas corpus; y, en el caso concreto, no se advierte el vínculo directo con la libertad personal, ni tampoco tal cuestión ha podido ser acreditada por el demandante.

Este Colegiado coincide con los argumentos vertidos por el *a quo* cuando señala que

“En el presente caso el recurrente afirma que se ha vulnerado específicamente los derechos constitucionales referentes a la Libertad de Tránsito, Libertad de Trabajo, la Tranquilidad y el Derecho de Vivir en Paz, de los cuales (...9 sólo el Derecho a la Libertad de Tránsito está protegido vía acción de hábeas corpus, puesto que en cuanto a los demás constituyen derechos que son protegidos mediante otros mecanismos distintos a los que se ha activado”^[72].

Corresponde, por tanto, ventilar la supuesta vulneración del derecho fundamental a la libertad de tránsito, único extremo materia de pronunciamiento a través de un proceso de hábeas corpus.

D. LA SUPUESTA AFECTACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE TRÁNSITO

7. Protección de la libertad de tránsito a través del hábeas corpus

Para insistir aún más en la capacidad de un juez constitucional para resolver un proceso constitucional relacionado a la libertad de tránsito, se debe retomar lo señalado en el artículo 25° inciso 6 del Código Procesal Constitucional:

“Procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere (...): 6) El derecho de los nacionales, o de los extranjeros residentes a ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad”.

Entonces, este Colegiado procederá a analizar si ha existido violación, o no, del derecho aducido a través de la realización de los supuestos actos contrarios a los conductores y cobradores de la Empresa Comunicación Integral, Turismo y Servicios Urano Tours S.A., en

especial de los favorecidos.

§1. El presunto acto de vulneración de la libertad de tránsito

8. Según el demandante, se afecta su derecho a la libertad de tránsito

Tal como se aprecia de la demanda, se estaría produciendo la afectación de este derecho fundamental a través de los siguientes actos:

“Sucede que los denunciados en forma permanente nos vienen coaccionando, interceptando las unidades, interviniendo ilegalmente a sus cobradores y conductores, tratándoles de quitar su licencia de conducir, carnet de seguridad vial, tarjeta de circulación, etc., de esa forma violenta su libertad al estar coaccionándolos y para ello solicitan apoyo de algunos malos efectivos policiales (...) incluso el día 22 de febrero del año en curso, a la altura de la Plaza de Acho, en el distrito del Rímac, nuevamente han amenazado que se retire de la ruta donde viene laborando, caso contrario van a tomar represalias e incluso han amenazado con dirigirse al local donde funciona las oficinas de la empresa ubicado en el interior del Mercado Mayorista del Distrito de Santa Anita, para que lo tomen por asalto encabezando dichas maniobras delincuenciales los sujetos conocidos como ‘EL NEGRO JABALÍ’ y ‘EL NEGRO MATUTE’, responsabilizando al denunciado de lo que pueda ocurrir”^[83].

9. Según el juzgador de primera instancia, lo alegado no es parte del derecho a la libertad de tránsito

Tomando en consideración la posibilidad de circular libremente por el territorio nacional como el contenido de la libertad de tránsito, en sede judicial se consideró que:

“En el sentido antes expuesto el derecho al libre tránsito no se entiende en el sentido propuesto por el accionante, esto es a favor del trabajador de una empresa que tiene la dirección del control de una ruta vehicular, cuyas unidades de transporte son las que supuestamente están siendo intervenidas por los emplazados en razón del uso de determinadas rutas de circulación, no evidenciándose de lo expuesto por el propio recurrente que se haya vulnerado el derecho al libre tránsito del ciudadano Rubén Pablo Orihuela López”^[93].

Algunas consideraciones sobre la resolución del juzgador. En primer lugar, es por lo menos llamativo que el juez haya resuelto con una prontitud excesiva. Tal celeridad, si bien se sustenta en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, no necesariamente debe entenderse como la prescripción de que si una demanda es presentada un día^[100], en esa misma fecha debe resolverse lo solicitado^[111].

En segundo lugar, no es permisible que en un Estado constitucional de derecho se resuelva la improcedencia de una demanda como la planteada de manera liminar, más aún si esta posibilidad no está reconocida explícitamente por el Código Procesal Constitucional para el caso del hábeas corpus. Cualquier demanda planteada merece,

por lo menos, un mínimo análisis de lo solicitado. Para determinar el *iter* conveniente, es preciso partir de la norma constitucional y solo así dilucidar el caso concreto. Consideramos, por ende, errado el razonamiento y la actitud del juez de primera instancia para resolver el presente proceso, a diferencia de lo que resolvió el *a quo* del otro hábeas corpus planteado sobre el mismo tema^[12].

10. La norma constitucional sobre el derecho fundamental a la libertad de tránsito

Entonces, la presente sentencia habrá de centrarse en determinar, sobre la base de los hechos esgrimidos en la demanda, los medios probatorios en ella incluidos y los medios probatorios actuados por el juez del otro proceso constitucional mencionado, si los actos alegados constituyen, o no, violación del derecho fundamental a la libertad de tránsito.

Según el artículo 2° inciso 11 de la Constitución, toda persona tiene derecho

"a elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería".

Teniendo en cuenta de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tal norma debe ser interpretada de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos, motivo por lo cual es necesario analizar la noción de libertad de tránsito a partir del bloque de constitucionalidad de la normatividad internacional.

Según el artículo VIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,

"Toda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad".

De otro lado, el artículo 22° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala, entre múltiples supuestos del derecho a la residencia y tránsito, que

"1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales (...)

3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público (...)"

Al igual que en estos instrumentos internacionales, también el derecho a la libertad de tránsito es reconocido por el artículo 13° de la Declaración Universal de los

Derechos Humanos y por el artículo 12° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sobre la base normativa expresada, este Colegiado considera pertinente fijar cuál es el contenido constitucionalmente protegido del derecho en comento. Por tal razón, en los siguientes fundamentos, se pretenderá explicar con cierta claridad cuál es la extensión de resguardo constitucional de la libertad de tránsito.

11. El significado de la libertad de tránsito

La facultad de un libre tránsito comporta el ejercicio del atributo de *ius movendi et ambulandi*. Es decir, supone la posibilidad de desplazarse autodeterminativamente en función a las propias necesidades y aspiraciones personales, a lo largo y ancho del territorio, así como a ingresar o salir de él, cuando así se desee.

Se trata de un imprescindible derecho individual y de un elemento conformante de la libertad. Más aún, deviene en una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona, toda vez que se presenta como

"el derecho que tiene toda persona para ingresar, permanecer, circular y salir libremente del territorio nacional"^[13].

El ejercicio de este derecho es fundamental en consideración a la libertad -inherente a la condición humana-, pues es

"una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona"^[14],

cuyo sentido más elemental radica en la posibilidad de transitar en las vías y los espacios públicos. Sin embargo, de ello no puede aseverarse que el derecho sea absoluto sino que tiene que ejercerse según las condiciones que cada titular del mismo posee, según las limitaciones que se deben observar (análisis *intra* sobre la materia).

Como se observa, la libertad de tránsito se encuentra relacionada sobre todo con la capacidad locomotora por parte de los nacionales y extranjeros para transitar dentro del país. Sin embargo, se le debe dotar de un contenido más específico. Debe incluir, además, la facultad de cada uno de los residentes de una localidad, de un poblado o de una ciudad para movilizarse dentro de ella y en las zonas o urbanizaciones que las componen.

12. La titularidad del derecho fundamental a la libertad de tránsito

La doctrina es uniforme en señalar que el sujeto activo de este derecho es una persona natural o extranjera, y que el sujeto pasivo es el Estado o cualquier persona natural o jurídica^[15], reconociéndose así la eficacia no sólo vertical del derecho fundamental, sino también horizontal, elemento este último destacable para la resolución de la presente controversia constitucional.

Respecto al sujeto activo, es necesario precisar que, en principio, la titularidad de la libertad de tránsito recaería en los nacionales, pues son ellos los que estarían en

capacidad de moverse libremente a lo largo de su territorio, como efecto directo de la soberanía estatal (artículo 54° de la Constitución). Sin embargo, un análisis especial merece el caso de los extranjeros, a quienes también el dispositivo constitucional les ha reconocido la titularidad del derecho.

El artículo 12° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala expresamente que toda persona -sea nacional o extranjero- que se halla legalmente en el territorio de un Estado, tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. Asimismo, estipula que tendrá derecho a salir de este por decisión autodeterminativa. Las restricciones a su ejercicio están sujetas al principio de legalidad. De otro lado, el artículo 22° de la Convención Americana de Derechos Humanos estipula que toda persona -sin distinción de nacionalidad-, que se halle legalmente en el territorio de un Estado, tiene derecho a circular por el mismo, con sujeción a las disposiciones legales allí imperantes.

Es más, el Comité de Derechos Humanos, en la Observación General N.º 27, 'Artículo 12.- Libertad de circulación', ha señalado que todo extranjero que se encuentre legalmente dentro del territorio de un Estado o a pesar que hubiese entrado ilegalmente pero que posteriormente hubiese legalizado su situación, tiene derecho al ejercicio del libre tránsito, con sujeción a las restricciones establecidas en la ley.

En atención a lo expuesto, el Estado está facultado total o parcialmente para reglar, controlar y condicionar la entrada y admisión de extranjeros. Igualmente, el cuerpo político goza del atributo de la expulsión, que también es un límite a la libertad de tránsito, según se explicará más adelante, siempre que se cumplan algunas condiciones: el Estado puede imponer a través de la ley requisitos para autorizar el ingreso y la salida del territorio nacional (v.g. presentación del pasaporte, visas, pago de tasas, certificaciones sanitarias, entre otros); las restricciones legales están sujetas a su fundamentación en resguardo de la prevención de infracciones penales de la seguridad nacional, el orden público, la salud, la moral pública o los derechos y libertades de terceros; la expulsión de un extranjero no debe fundarse en su mera condición de tal, sino en el hecho de haber ingresado o permanecer en el territorio nacional con violación de la ley. Dicha disposición debe emanar de autoridad administrativa o judicial competente, según sea la naturaleza del caso que la motiva.

13. El supuesto de hecho protegido

Para determinar claramente el ámbito de protección del derecho a la libertad de tránsito, es necesario delimitar cuál es el supuesto de hecho por él salvaguardado.

A propósito, es frecuente la presentación de hábeas corpus en donde se denuncia la vulneración del derecho a la libertad de tránsito dentro del contexto del ejercicio o impedimento de pleno ejercicio del derecho de propiedad. Al respecto, existen algunas decisiones jurisdiccionales

según la materia.

Así, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1840-2004-HC/TC, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda planteada en razón de haberse acreditado el impedimento de acceso a los aires de un predio de tres pisos, el último de los cuales era de propiedad del accionante. En dicho caso este Colegiado señaló que

"El libre tránsito implica más que el simple transitar por el territorio en su dimensión pública, extendiéndose al interior de la propiedad, en aplicación de la potestad que distinguen a todo propietario: la facultad de disposición del bien, característica esencial del ejercicio de la propiedad que no puede perfeccionarse sin el libre tránsito dentro los límites del mismo, campo de acción que constituye la esencia de una acción garantista de hábeas corpus".

Por ende, ordenó que los propietarios del primer y segundo piso retiren

"los candados y las cadenas que restringen el acceso del demandante a su propiedad".

De otro lado, en la sentencia del Expediente N.º 470-96-HC/TC, este Colegiado no consideró como violatorio del derecho a la libertad de tránsito el impedimento de ingreso a un centro educativo particular por parte de un joven que había dejado de pertenecer a dicha institución, el mismo que durante su condición de alumno fue objeto de investigaciones disciplinarias.

Como se observa, en tales casos este Colegiado ha buscado delimitar cuál es el supuesto de hecho que la libertad de tránsito incluye como forma de protección. Debe puntualizarse entonces que, dentro de una propiedad privada, no puede existir ejercicio alguno de la libertad de tránsito, toda vez que ella involucra la posibilidad de traslado de un lugar público a otro, pero no el desplazamiento que se realice dentro de zonas privadas, las mismas que habrán de encontrarse amparadas por la inviolabilidad de domicilio. Por ende, no es razonable que se salvaguarde como parte de la libertad de tránsito cualquier tipo de movimiento que una persona realice dentro de un espacio destinado al uso particular, ya sea dentro de una casa, centro de trabajo o cualquier tipo de propiedad privada, aunque con una precisión al respecto; si cabría protección a través de la libertad de tránsito si existe una vía privada de uso público, según se explica a renglón seguido.

El derecho al libre tránsito, a partir de su relación con la aptitud para residir en el lugar escogido dentro del territorio, no puede incluir -es más, proscrib- cualquier forma de desplazamiento interno forzado, situación a la cual el país no ha estado ajeno.

14. La protección que se realiza a través de la libertad de tránsito

La facultad de desplazamiento se manifiesta a través del uso de las vías de naturaleza pública o de las vías privadas de uso público^[6]. En el primer caso, *el ius movendi et*

ambulandi se expresa en el tránsito por parques, calles, avenidas, carreteras, entre otros. En el segundo, por ejemplo, se muestra en el uso de las servidumbres de paso. En ambos casos, el ejercicio de dicha atribución debe efectuarse respetando el derecho de propiedad y las normas derivadas del poder de Policía.

Asimismo, el goce de dicho derecho supone la utilización de una vía de circulación y de un medio de transporte. En lo relativo a la vía de circulación, ésta puede ser terrestre, subterránea, aérea, marítima, fluvial o lacustre. En cuanto al medio de transporte, éste puede ser pedestre, vehicular o a lomo de bestia.

Queda claro que a partir de la evolución de la tecnología y la rapidez de desplazamiento en el mundo de hoy en día, no sólo puede permitirse el reconocimiento de un derecho como es el de la libertad de tránsito a través de los propios medios (personales), sino que ha de admitirse la utilización de elementos tecnológicos diversos -motorizados o no- para que la población pueda llegar a su destino, cuando se esté trasladando. Entre estos medios se encuentran autos, motos, camiones, aviones, barcos, bicicletas y cualquier otro que permita este libre ejercicio del movimiento. Por ello, el mecanismo para el ejercicio de la libertad de tránsito incluye tanto la permisión de la suficiencia humana propiamente dicha (léase, a través de su caminar, su trotar o su correr), como la protección a los vehículos que facilitan o posibilitan la locomoción correspondiente.

Por lo tanto, será materia de protección en sede constitucional la libertad de tránsito a través de transportes motorizados, como puede ser una camioneta rural, coloquialmente conocida como 'combi', tal como se muestra en el caso concreto. Al respecto, este Colegiado precisó en la sentencia del Expediente N.º 3247-2004-HC/TC, que el derecho fundamental al tránsito posibilita la libre circulación de un ciudadano por una vía automovilística, y sobre cuya base fue declarada fundada la demanda de hábeas corpus planteada.^[17]

15. Los diversos tipos de restricciones de la libertad de tránsito

Como todo derecho fundamental, la libertad de tránsito no es un derecho absoluto, ya que puede y debe ser limitado por diversas razones. Así, la libertad de tránsito se encuentra razonablemente restringida. Al respecto, este Colegiado ha explicado que, como parte de la sentencia del Expediente N.º 1091-2002-HC/TC, la libertad de tránsito no constituye un derecho absoluto y ciertamente tiene sus límites. Entonces, deberá tomarse en cuenta en el caso concreto si la Empresa Comunicación Integral, Turismo y Servicios Urano Tours S.A. poseía o no la licencia de funcionamiento respectiva, pues ella es *conditio sine qua non* para ejercer el derecho a la libertad de tránsito de los favorecidos.

Por mandato expreso de normas contenidas en el bloque de constitucionalidad, la libertad de tránsito se encuentra sometida a una serie de límites o restricciones en su ejercicio, con el fin de tutelar otros

bienes constitucionalmente protegidos. La aplicación de una medida restrictiva a un caso concreto debe ajustarse al principio de razonabilidad, ser adecuada para desempeñar su función protectora, posibilitar ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y guardar proporción con el interés que debe protegerse.

De esta manera, como bien lo ha señalado este Colegiado en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2961-2002-HC/TC, no puede permitirse que exista

"(...) una afectación irrazonable y desproporcionada del derecho a la libertad de tránsito, reconocido en el inciso 11 del artículo 2º de la Constitución, dado que no tiene por finalidad la protección de bien constitucional alguno".

A una conclusión similar llega la Defensoría del Pueblo cuando expresa que

"(...) cualquier acto o medida que suponga una afectación del derecho al libre tránsito deberá evaluarse dentro de los márgenes de los principios de legalidad y razonabilidad, teniendo presente que dicho derecho, por su carácter fundamental, constituye un parámetro de conformidad para la interpretación de cualquier norma que intente regularlo o limitarlo"^[18].

Entonces, si bien toda persona tiene derecho a transitar libremente, nadie tiene la capacidad para impedir tal locomoción, salvo que se incurra en alguno de los supuestos limitativos. Según lo establece el artículo 2º inciso 11 de la Constitución, su ejercicio está restringido por cuestiones de sanidad, mandato judicial o aplicación de la ley de extranjería, supuestos reconocidos explícitamente en la Sentencia del Tribunal en el Expediente N.º 3040-2004-HC/TC. Además, se deben admitir los supuestos expresamente señalados por la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 22º inciso 3, el cual incluye las posibilidades de la prevención de infracciones penales, el resguardo de la seguridad nacional o el orden público, así como la defensa de la moral pública.

Cabe mencionar, además, que en la sentencia del Expediente N.º 3482-2005-HC/TC, este Tribunal expresó que las restricciones a la libertad de tránsito pueden ser calificadas como explícitas e implícitas. Las explícitas son aquellas que se encuentran claramente enumeradas en la Constitución o en la ley y pueden, a su vez, ser de carácter ordinario o extraordinario. De otro lado, las restricciones son implícitas cuando no son expresamente detalladas en norma alguna. Veamos.

16. Las restricciones explícitas ordinarias

Éstas se presentan cuando, en un estado de normalidad constitucional, se estima necesario que deben protegerse otros derechos fundamentales o bienes jurídicos, de modo que, en atención a un estudio de razonabilidad, pueda limitarse el derecho a la libertad de tránsito.

Son diversos los supuestos que se incluyen dentro de las restricciones explícitas ordinarias:

· *Razones sanitarias*: Son aquellas que surgen en pro del resguardo de la plenitud físico-psíquica de la población, la cual puede verse afectada por la existencia de pestes, epidemias y otros eventos de similares características, limitación permitida en el propio inciso 11 del artículo 2° de la Constitución.

· *Razones jurisdiccionales*: Son aquellas que surgen de la existencia de una orden judicial de impedimento de salida del territorio nacional, expatriación de nacionales o la expulsión de extranjeros.

La expatriación de un nacional (acción de sacar a la fuerza a un natural del territorio de su propio país) procede en los casos de comisión de atentados contra la seguridad nacional, la participación de un grupo armado dirigido por un extranjero, la alteración de hitos fronterizos, actos desleales con el país o la traición a la patria (casos previstos explícitamente entre los artículos 325° y 332° del Código Penal). Sobre la materia, este Colegiado reserva pronunciamiento sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dicha modalidad punitiva.

La expulsión de un extranjero (acción de hacer salir por la fuerza a un no nacional del territorio patrio) procede como consecuencia de un acto subsecuente del cumplimiento de una condena con pena privativa de la libertad impartida por un tribunal nacional.

· *Razones de extranjería*: Son aquellas que, basándose en el inciso 11 del artículo 2° de la Constitución, derivan de la falta de aptitud legal de un extranjero para ingresar al territorio nacional o para continuar residiendo dentro de él. Tales son los casos siguientes:

- Por ingreso clandestino o fraudulento al territorio nacional.

- Por haber sido anteriormente expulsado del territorio nacional por razones jurisdiccionales de poder de policía (reglas de migración).

- Por ser prófugo de la justicia por delitos tipificados como ilícitos comunes en la legislación nacional.

- Por haber sido expulsado de otro país por la comisión de delitos tipificados como ilícitos comunes en la legislación nacional o por infracciones a normas de extranjería homólogas a las nuestras.

- Por encontrarse incurso en razones de seguridad.

- Por registrar antecedentes penales o policiales por delitos tipificados como comunes en la legislación nacional.

- Por carecer de recursos económicos que le permitan solventar los gastos de permanencia en nuestro territorio.

- Por haber realizado actos contra la seguridad del Estado, el orden público interno o la defensa nacional.

· *Razones políticas*: Son aquellas que se derivan de la discrecionalidad política que la Constitución otorga al Congreso de la República en el caso del Presidente de la República. En efecto, el inciso 9 del artículo 102° de

la Constitución señala que es atribución del Congreso de la República autorizar al Presidente de la República para salir del país. En ese sentido, mediante la Ley N.° 26656 se ha establecido la modalidad y plazo para las autorizaciones sobre la materia.

· *Razones de capacidad de ejercicio*: Son aquellas que se derivan de la restricción para poder realizar *per se* el ejercicio de la facultad de libre tránsito. Al respecto, el segundo párrafo del artículo 6° de la Constitución, concordante con los artículos 12°, 74° y subsiguientes del Código de los Niños y Adolescentes, establece que la libertad de tránsito de los menores de edad está sujeta a las restricciones y autorizaciones establecidas en la ley.

· *Razones administrativas*: Pueden exigirse determinados requisitos legales o administrativos para el ejercicio del derecho, los cuales deben ser razonables a fin de no desnaturalizarlo; en el caso del transporte público, es necesario contar con una licencia de funcionamiento para transitar por las vías que se autoricen.

17. Las restricciones explícitas extraordinarias

Este tipo de restricción se deriva de situaciones singulares, que ameritan una intervención rápida y concreta. Un estado de anomalía constitucional supone la posibilidad de restringir la libertad de tránsito de las personas.

Al respecto son citables los casos siguientes:

· *Estado de Emergencia o de Sitio*: De conformidad con lo establecido en el artículo 137° de la Constitución, el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él (con cargo de posteriormente, dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente), el Estado de Emergencia o el Estado de Sitio. En dicha eventualidad puede restringirse el derecho relativo a la libertad de tránsito.

Tal como lo señalara este Colegiado en la sentencia del Expediente N.° 0349-2004-AA/TC, dicha restricción encuentra su justificación en la existencia de causas de extrema necesidad o grave alteración de la vida del Estado,

"circunstancias en las que resulte posible limitar en cierta medida el ejercicio de determinados atributos personales, uno de los cuales, resulta siendo el derecho de transitar o de locomoción. Dentro de dicho contexto, cabe naturalmente precisar que lo que resulta limitable o restringible no es el ejercicio de la totalidad del derecho (...), sino aquellos aspectos estrictamente indispensables para la consecución de los objetivos de restablecimiento a lo que propende el régimen excepcional, para efectos de lo cual ha de estarse a lo determinado por referentes tan importantes como la razonabilidad y la proporcionalidad".

· *Asilo diplomático*: Es la tutela que se otorga a una persona perseguida por razón de sus ideas y/o actos de carácter político. Se ejecuta en las legaciones diplomáticas, naves, aeronaves o campamentos castrenses del Estado asilante.

· *Extradición*: Alude a un instituto jurídico que viabiliza la remisión compulsiva de un individuo, por parte de un Estado, a los órganos jurisdiccionales competentes de otro, a efectos de que sea enjuiciado o cumpla con la condena señalada, según haya sido su situación de procesado o condenado en la comunidad política de destino.

Al respecto, se ha señalado que

"La extradición, y el asilo, cuando conllevan restricciones a la libertad de locomoción, o cuando dan lugar a la salida compulsiva del país, no implican una trasgresión de la Constitución si es que se cumplen por lo menos los siguientes requisitos: a) la legislación aplicable debe guardar correspondencia con los tratados internacionales de derechos humanos; b) la decisión del Poder Ejecutivo -instancia administrativa- debe haber sido objeto de control suficiente. El artículo 32° de la Constitución dispone que "la extradición sólo se concede por el Poder Ejecutivo previo informe de la Corte Suprema; c) el Estado a favor del cual se extradite a una persona debe ofrecer un juzgamiento con las garantías del debido proceso"^[19].

18. Las restricciones implícitas

Se trata de aquellas situaciones en donde se hace necesario vincular el ejercicio del derecho a la libertad de tránsito con otros derechos o bienes constitucionalmente relevantes, a fin de poder determinar, dentro de una técnica de ponderación, cuál de ellos es el que, bajo determinadas circunstancias, debe prevalecer. Son diversos los casos en que existe limitación implícita a la libertad de tránsito, pero entre ellas cabe resaltar las siguientes:

· *Seguridad ciudadana*: La seguridad ciudadana no debe ser observada como un derecho fundamental sino como un bien jurídico protegido, habida cuenta que hace referencia a un conjunto de acciones o medidas que están destinadas a salvaguardar el desarrollo de la vida comunitaria dentro de un contexto de paz, tranquilidad y orden, mediante la elaboración y ejecución de medidas vinculadas al denominado poder de Policía. La seguridad ciudadana consolida una situación de convivencia con 'normalidad', vale decir, preservando cualquier situación de peligro o amenaza para los derechos y bienes esenciales para la vida comunitaria.

Tal como lo señala la Defensoría del Pueblo, la seguridad ciudadana tiene una doble implicancia; por un lado, plantea un ideal de orden, tranquilidad y paz, que es deber del Estado garantizar; y, por el otro, permite el respeto de los derechos y cumplimiento de las obligaciones individuales y colectivas^[20].

De otro lado, este Colegiado ha precisado en la sentencia emitida en el Expediente N.º 349-2004-AA/TC, que se trata de

"(...) un estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser preservados frente a situaciones de peligro

o amenaza o repararlos en casos de vulneración o desconocimiento".

Es más, también ha acotado en la sentencia del Expediente N.º 2961-2002-HC/TC, que

"(...) es posible permitir la instalación de dispositivos de seguridad, vigilancia y control en las vías públicas, siempre que dicha medida tenga por propósito resguardar la seguridad y tranquilidad de los ciudadanos, cuente con la previa autorización de la autoridad competente, y resulte razonable y proporcional con el fin que se pretende alcanzar".

Empero, enfatizaba que, en el caso concreto,

"(...) no sólo no obra documento alguno que permita acreditar algún problema de seguridad en la zona donde han sido instaladas las rejas, sino que existen suficientes elementos probatorios que permiten sostener que la instalación tenía por finalidad la disminución del tránsito en las calles Arcos de la Frontera y Jacarandá".

En el caso, este Colegiado declaró fundado el hábeas corpus y ordenó que la demandada retire en forma inmediata e incondicional las rejas metálicas colocadas en la vía pública.

En general, este Tribunal se pronunció a favor de la colocación de rejas en la vía de acceso al lugar de residencia de los demandantes, argumentando que con ello se estaría tutelando la seguridad de los habitantes de la zona^[21]. Es decir, se aceptaba la reducción del contenido de la libertad de tránsito (ello tampoco significa que se eliminaba su existencia) en pos de un bien jurídico que merece una protección superlativa en las circunstancias actuales de inseguridad ciudadana.

· *Seguridad nacional*: El Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, como parte de la ya mencionada Observación General N.º 27, reconoce la posibilidad de restricciones a zonas militares por motivos de seguridad nacional. Asimismo, se puede recurrir a una restricción válida y necesaria de la libertad de tránsito para la protección de la seguridad nacional y el orden público^[22].

19. Análisis del derecho a la libertad de tránsito en el caso concreto

El demandante alega que se ha vulnerado el derecho a la libertad de tránsito de los favorecidos por la interceptación ilegal de las unidades de la empresa donde labora, el despojo de diversos documentos y la amenaza de intervenir el local de la empresa. Todo ello propendería, asevera, a impedir su libre circulación a través de las calles que pertenecen a su recorrido por la ruta de circulación IO 18-Huachipa-Carretera Central-9 de Octubre-Zárate-Acho.

El presente hábeas corpus debe resolverse a través del análisis de los medios probatorios presentados, tema que será materia del siguiente acápite de la sentencia, pero siempre tomando en cuenta que el ejercicio del derecho a

la libertad de tránsito cuenta con una restricción explícita ordinaria, referida a las razones administrativas, que posibilitan el funcionamiento del servicio de transporte público.

Por ahora, corresponde a este Colegiado determinar si los actos denunciados terminan vulnerando, o no, en el caso concreto, el derecho a la libre circulación de Rubén Pablo Orihuela López y del recurrente.

Para ello se debe tomar en consideración, entre otros argumentos, lo que este Tribunal Constitucional ha expresado en la Sentencia del Expediente N.º 1981-2002-HC/TC, la misma que precisa que

"(...) la incautación indebida de la licencia de conducir constituye, *per se*, una violación de la libertad de tránsito, pues ciertamente con ello se restringe la posibilidad de transitar libremente utilizando un vehículo".

Esto quiere decir que si, entre otros sucesos, se logra comprobar que la retención se realizó de manera irregular, procede declarar fundada la demanda de hábeas corpus, siendo este uno de carácter restringido.

Este tipo de hábeas corpus, en opinión de este Colegiado, como parte de la Sentencia del Expediente N.º 2663-2003-HC/TC,

"Se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir, que, en tales casos, pese a no privarse de la libertad al sujeto, 'se le limita en menor grado'".

Por tanto, sólo podrá declararse fundado este tipo de habeas corpus en caso existan los suficientes elementos de juicio que permita determinar al juzgador si se ha restringido la libre circulación de los favorecidos.

§2. La probanza del presunto acto de vulneración de la libertad de tránsito

20. Según el juzgador de segunda instancia, no hay probanza debida

Para la Sala Penal de Emergencia para Procesos con Reos Libres de Lima, queda claro que

"(...) los hechos expuestos constituyen una apreciación subjetiva del accionante no existiendo en autos documento o indicio que corrobore los argumentos y que vincule a una acción de garantía constitucional; por lo que la resolución materia de grado se encuentra arreglada a ley (...)"¹²³¹.

Basándose en este argumento, se declaró improcedente la demanda.

21. Según el demandante, sí se ha probado la afectación

El recurrente, al momento de interponer el recurso de agravio constitucional, asevera lo siguiente:

"(...) El razonamiento que se transcribe es erróneo e incurre

en falsedad por cuanto en la demanda y en el recurso de apelación se ha precisado claramente que SE FORMULÓ LA DEMANDA en razón de que el demandado CLAUDIO TOLEDO PAYTÁN, conjuntamente con los sujetos codemandados vienen amenazando en forma reiterada atentar contra la integridad física de don RUBÉN PABLO ORIHUELA LÓPEZ e incluso contra mi persona, siendo así vienen amenazándonos de que seremos secuestrados y llevados a la playa, para que aplicarnos 'la científica' y quitarnos la vida, por lo que la presente demanda deberá ser declarada FUNDADA en todos sus extremos, ordenándose que los que se abstengan de consumir sus actos antisociales, por lo que es evidente de que existe error en la sentencia recurrida"¹²⁴¹.

22. La necesidad de probanza de los hechos alegados

El Código Procesal Constitucional, en su artículo 9º, prescribe que,

"(...) En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa".

De esto se desprende que si bien la actuación de los medios probatorios no puede ser de la misma magnitud que la de un proceso ordinario, tampoco puede ser inexistente. Esto, a su vez, implica una responsabilidad implícita de las partes que acuden a la vía constitucional de adjuntar medios probatorios idóneos que sean suficientes para crear en el juzgador un criterio respecto del derecho alegado.

La naturaleza excepcional, urgente y sumárisima de los procesos constitucionales determina que no se pueda actuar una diversidad de medios probatorios; ello por el contexto en el cual el juzgador constitucional tiene que dictar en forma inmediata una orden encaminada a detener o suspender la realización de un hecho violador de un derecho constitucional, medida que no puede admitir demora en la ejecución en su trámite. Por tanto, la tutela inmediata no permite actuaciones procedimentales del tipo probatorio, en principio.

Adicionalmente, según lo ha manifestado este Colegiado como parte de la Sentencia del Expediente N.º 1981-2002-HC/TC,

"En cuanto derecho subjetivo, garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias (...)".

Por ello, si bien por la naturaleza de los actos alegados, era difícil presentar medios probatorios contundentes respecto de la responsabilidad del supuesto agresor, el juzgador debió realizar, como mínimo, actuaciones probatorias que demuestren la afectación, o no, del derecho subjetivo, y no declarar improcedente de manera liminar la demanda.

El Tribunal Constitucional ha precisado en la Sentencia del Expediente N.º 623-2002-HC/TC que, aunque el proceso constitucional de hábeas corpus se caracteriza por tener un trámite breve y sumarísimo, por la necesidad de brindar una pronta y adecuada tutela al derecho que se reclama, esta sumariedad no puede utilizarse como pretexto para omitir diligencias esenciales, cuando de la realización de éstas dependa la tutela de los derechos objeto de reclamo.

23. La necesidad y la urgencia en acopiar medios probatorios

Este Colegiado, ante la inexistencia de medios probatorios respecto del caso concreto, estaría en la capacidad de devolver el expediente del presente proceso al juez de primera instancia a fin de que recaude los medios probatorios que considere pertinentes para resolver el proceso. Sin embargo, tomando en cuenta que según el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional,

“Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso (...)”,

es necesario agotar todas las medidas posibles a fin de acceder a los medios probatorios sin afectar los principios de intermediación y economía procesales.

Como se ha señalado, los procesos constitucionales tienen una finalidad sumarísima que determina la ausencia de etapa probatoria en ellos, siendo responsabilidad de los recurrentes adjuntar los medios que consideren idóneos al proceso, a fin de causar en el juzgador la suficiente discrecionalidad para vislumbrar la pertinencia o no del derecho que se pretende tutelar. Sin embargo, se tiene también que, si de la actuación de un medio probatorio depende la efectiva tutela jurisdiccional del derecho constitucional afectado o amenazado, esta actuación probatoria debe ser ordenada con perjuicio de lo dispuesto en la norma procesal constitucional. Por tanto, este Colegiado puede utilizar el principio de la dirección judicial del proceso consagrado en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, facultad que permite al juez aplicar los principios procesales adecuados al proceso constitucional para verificar la efectiva y pronta satisfacción del derecho alegado, como los de intermediación o de economía del proceso.

Al respecto, este Colegiado, en la Sentencia del Expediente N.º 0048-2004-PI/TC, estableció que el principio de dirección judicial del proceso delega en la figura de juez constitucional el poder-deber de controlar razonablemente la actividad de las partes, promoviendo la consecución de los fines del proceso de manera eficaz y pronta. El principio de intermediación, por su parte, procura que el juez constitucional tenga el mayor contacto con los elementos subjetivos (intervinientes) y objetivos (documentos, lugares) que conforman el proceso, para lograr una aproximación más exacta al mismo, lo cual puede motivar la necesidad de una eventual actuación probatoria ante la urgencia o inminencia de una tutela jurisdiccional constitucional efectiva.

24. La coincidencia de argumentos entre el presente proceso y el seguido en el Expediente N.º 3873-2005-PHC/TC

No puede pasar inadvertido para este Colegiado que existe otro proceso constitucional que está siendo revisado en la actualidad en esta misma sede, que versa sobre un tema idéntico al que es materia del presente hábeas corpus.

En el Expediente N.º 3873-2005-PHC/TC, la demanda fue interpuesta por Félix Escalante Martínez, a favor de sí y de César Augusto Inca Soler y Carmen Ytalha Donayre Huamaní, contra Claudio Toledo Paytán, José Luis Toledo Barrientos, Erasmo Toledo Barrientos, dos personas cuyos apellidos son el ‘Negro Jabalí’ y el ‘Negro Matute’, y contra un grupo de aproximadamente quince personas de aspecto delictual y aparentemente drogadictos.

Señala que tanto el demandante, en virtud de ser gerente, como todos los conductores, cobradores y marcadores de rutas que laboran en la Empresa Comunicación Integral, Turismo y Servicios Urano Tours S.A., son víctimas de hostigamiento durante el recorrido de los vehículos, pues se les arrebató los documentos y se les amenaza con agresiones. Ello sucede en la Ruta N.º IO 30: Av. Perú - Dueñas - Naciones Unidas - Venezuela - Arica - Guzmán Blanco - Arequipa - Allende.

Como se ve, los hechos relatados son bastante similares a los que son materia de la *litis* del presente proceso. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en la tramitación de la demanda de éste, en aquél el juez consideró pertinente que se practique una sumaria investigación^[25]. Por tanto, las indagaciones realizadas en dicho proceso, servirán para completar los datos faltantes en el que nos encontramos resolviendo.

25. Los medios probatorios utilizados

A partir de los datos obtenidos se consideran como pertinentes para resolver el presente proceso de hábeas corpus los siguientes medios probatorios:

- Una de las favorecidas precisa exactamente qué estaría detrás del hábeas corpus planteado:

“(…) asimismo debo señalar que el señor Toledo Paytán ha amenazado a los señores César Augusto Inga Solier y Félix Escalante Martínez, esto se sabe porque quiere apoderarse de la empresa Urano Tours (...)”^[26].

- El demandado Claudio Toledo Paytán niega completamente ese dato y por el contrario asevera que

“(…) esta denuncia es como acto de venganza por haber yo obtenido precisar que una administración judicial del primer Juzgado Civil del Callao y a la vez haber obtenido dos sentencias favorables de la Nulidad de la Junta General que ellos habían fraguado, además ellos no quieren reconocermé en el cargo y siguen manteniendo en los cargos ilegales que han obtenido”^[27].

- Respecto al nombramiento del administrador judicial de la empresa Urano Tours S.A., en sede judicial se ha señalado lo siguiente:

"SE RESUELVE CONCEDER MEDIDA CAUTELAR GENÉRICA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL sobre LA EMPRESA COMUNICACIÓN INTEGRAL TURISMO Y SERVICIOS URANO TOURS S.A., ubicada en la Mz. E 1, lote 13, Urbanización del Alamo, Callao, nombrándose como administrador judicial de la misma a DON CLAUDIO TOLEDO PAYTAN, con las facultades y obligaciones que prescribe la ley, hasta que concluya el proceso principal"^[28].

Esta resolución se encuentra inscrita en Registros Públicos^[29].

- Posteriormente, los demandantes han señalado de manera idéntica en ambos expedientes, que la situación ha variado:

"CLAUDIO TOLEDO PAYTÁN YA NO ES ADMINISTRADOR JUDICIAL DE LA EMPRESA COMUNICACIÓN INTEGRAL TURISMO Y SERVICIOS URANO TOURS S.A., por haberse ordenado la variación de la medida que lo designó como tal, por el Primer Juzgado Civil del Callao, conforme aparece de la copia de la Resolución N.º 21, su fecha 05ABR05"^[30].

Entonces, de los medios probatorios recogidos, queda claro que no ha existido vulneración alguna a la libertad de tránsito de los favorecidos. Por el contrario, lo que se demuestra es la utilización del hábeas corpus con el fin de contradecir, de manera indirecta, una resolución emitida regularmente en un proceso judicial, pues cuando se presentó la demanda el administrador judicial de la empresa era el demandado.

La supuesta vulneración a la libertad de tránsito no se ha producido en el sentido manifestado por el recurrente, sino que, por el contrario, él es quien estuvo realizando un ejercicio proscrito por una orden judicial, máxime si se reconoce como un límite de la libertad de tránsito contar con el correspondiente permiso, y claro está, ser el titular de dicho permiso, situación que no se cumplía cuando se interpuso la demanda.

26. Se debe declarar improcedente la demanda planteada

De otro lado, la demanda interpuesta debe ser declarada improcedente, toda vez que, como señala el artículo 5º inciso 1 del Código Procesal Constitucional, se declarará la improcedencia de un proceso constitucional cuando

"Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado".

Y si bien *supra* se mencionó que la libertad de tránsito protege la libre circulación de vehículos por la ciudad, ello debe realizarse según las limitaciones exigidas por la legislación y sobre todo por los instrumentos internacionales. En el caso concreto, a los favorecidos sólo les corresponde respetar el título que fuera ejercido por el demandado, cual era el de administrador general.

Llama, asimismo, la atención la coincidencia existente entre los dos hábeas corpus planteados, toda vez que

tratan de impugnar hechos similares. Al respecto, uno de los demandados del proceso existente en el Expediente N.º 3873-2005-PHC/TC, señaló lo siguiente:

"(...) yo creo que esta denuncia es porque soy sobrino del actual administrador judicial señor Claudio Toledo Paytan y con esto quieren hacerle daño tanto a él como a mi familia, por otro lado, debo precisar que los accionantes nos han denunciado en otros juzgados tal es así en el Cono Norte de Lima, Callao y ante el catorce Juzgado Penal de Lima con el mismo tenor que el de la presente investigación (...)"^[31].

Por ello, este Colegiado considera pertinente insistir en la proscripción del uso de un proceso constitucional que tiene por objeto una tutela urgente. Y por más que el Código no restringe su utilización en supuestos tan específicos como el mostrado (se plantean diversas demandas en distintos juzgados), debe entenderse que su utilización no puede ser excesiva, pues todo acto de abuso de derecho se encuentra proscrito por el artículo 103º de la Constitución.

VI. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de hábeas corpus de autos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BARDELLI LARTIRIGOYEN
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI

^[1] Se señala en el recurso de agravio constitucional que "(...) SE FORMULÓ LA DEMANDA en razón de que el demandado CLAUDIO TOLEDO PAYTAN, conjuntamente con los sujetos codemandados vienen amenazando en forma reiterada atentar contra la integridad física de don RUBÉN PABLO ORIHUELA LÓPEZ e incluso contra mi persona" (fs. 34 del Expediente).

^[2] Expediente N.º 2876-2005-PHC/TC.

^[3] Apelación de la sentencia de primera instancia (fs. 9 del Expediente).

^[4] Petitorio claramente delimitado en el recurso de agravio constitucional (fs. 34 del Expediente).

^[5] "Son garantías constitucionales: 1) La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos" [artículo 200º inciso 1 de la Constitución].

^[6] Sobre la conexidad, HART ELY, John. *On constitutional*. New Jersey, Princeton University Press, 1996, pp. 279, ss.

^[12] Fundamento 3 de la Sentencia del Trigésimo Noveno Juzgado Penal de Lima, H.C. N° 074-2005 (fs. 3 del Expediente).

^[13] Fundamentos 2 y 3 de la demanda de hábeas corpus (fs. 1, 2 del Expediente).

^[14] Fundamento 3 de la Sentencia del Trigésimo Noveno Juzgado Penal de Lima, H.C. N° 074-2005 (fs. 3 del Expediente).

^[15] En la demanda consta el sello que señala: "23 FEB 2005" (fs. 1 del Expediente).

^[16] En la sentencia se señala: "Lima, veintitrés de febrero del dos mil cinco" (fs. 7 del Expediente).

^[17] Expediente N.° 3873-2005-PHC/TC.

^[18] BADENI, Gregorio. *Instituciones de derecho constitucional*. Buenos Aires, Ad-hoc, 2000. p. 231.

^[19] COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N.° 27, 'Artículo 12.- Libertad de circulación', 67° período de sesiones, de 1999.

^[20] En este punto, se coincide con lo señalado por la DEFENSORÍA DEL PUEBLO, cuando declara que "(...) el sujeto activo de este derecho es cualquier persona natural, y el sujeto pasivo es el Estado o cualquier persona natural o jurídica, por tratarse de un derecho fundamental" [Informe Defensorial N.° 81. Libertad de Tránsito y Seguridad Ciudadana. Lima: 2004, p. 8].

^[21] DE ESTEBAN, Jorge y GONZALES TREVIJANO, Pedro. *Curso de Derecho Constitucional español*. Madrid, Rumagraf, 1993. t. II, p.129.

^[22] En ese caso, el demandante recurrió "(...) al hábeas corpus, porque considera que su libertad de tránsito está restringida al impedirle circular por el Km 14 de la Autopista Callao - Ventanilla, hoy avenida Néstor Gambeta, distrito del Callao".

^[23] Informe Defensorial N.° 81. Libertad de Tránsito y Seguridad Ciudadana. Lima: 2004, p. 10.

^[24] MESÍA, Carlos. *Derechos de la persona / Dogmática Constitucional*. Lima, Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2004, p. 138.

^[25] Informe Defensorial N.° 81. Libertad de Tránsito y Seguridad Ciudadana. Lima: 2004, p. 15.

^[26] En la sentencia recaída en el Expediente N.° 3482-2005-PHC/TC, este Colegiado declaró que la colocación de rejas de seguridad instaladas en la calle de acceso a la Urbanización Monterrico Chico no es, por sí misma, contraria a la Constitución, pero también enfatizó que el

personal encargado de la vigilancia no debía obstaculizar el libre tránsito por la vía pública.

Igualmente, en la sentencia del Expediente N.° 0311-2002-HC/TC, el Tribunal Constitucional señaló que "(...) las vías públicas son bienes de dominio público, y no privado. No obstante, previa autorización de la autoridad competente, y bajo cánones de razonabilidad y proporcionalidad, es posible permitir la instalación de dispositivos en ellas -tranqueras de seguridad- las mismas que no pueden tener por propósito restringir la libertad de tránsito, sino tan sólo resguardar la seguridad y tranquilidad de los ciudadanos".

^[27] Comunicación del Comité de Derechos Humanos N.° 492/1992, Lauri Peltonen c. Finlandia, párrafo 8.4. 49° período de sesiones, Suplemento N.° 40 (A/49/40).

^[28] Considerando Segundo de la Sentencia de la Sala Penal de Emergencia para Procesos con Reos Libres de Lima, Exp. N° 05-05 HC (fs. 25 del Expediente).

^[29] Recurso de agravio constitucional (fs. 29, 30 del Expediente).

^[30] Auto emitido por el juez del Vigésimo Juzgado Penal de Lima (fs. 5 del Expediente N.° 3873-2005-PHC/TC).

^[31] Declaración indagatoria de Carmen Ytalha Donayre Huamani (fs. 35 del Expediente N.° 3873-2005-PHC/TC).

^[32] Declaración indagatoria de Claudio Toledo Paytán (fs. 33 del Expediente N.° 3873-2005-PHC/TC).

^[33] Fallo del Primer Juzgado Civil del Callao, Exp. 1998-00093-70-0701-JR-CI-01, Sobre Nulidad de Asiento Registral, Medida Cautelar, de 28 de diciembre de 2004 (fs. 49 del Expediente N.° 3873-2005-PHC/TC).

^[34] Copia Certificada de Inscripción de Nombramiento de Administrador Judicial, de 14 de enero de 2005 (fs. 51 del Expediente N.° 3873-2005-PHC/TC).

^[35] Recursos de agravio constitucional (fs. 36 del Expediente N.° 2876-2005-PHC/TC y fs. 106 del Expediente N.° 3873-2005-PHC/TC)

^[36] Declaración indagatoria de José Luis Toledo Paytán (fs. 35 del Expediente N.° 3873-2005-PHC/TC).

Asimismo, en la demanda del presente caso, los supuestos agresores deben ser notificados en el Jr. Alberto Yabar 190, Magdalena del Mar (fs. 1 del Expediente), mientras que en la demanda del otro, en la Av. Tupac Amaru 3785 km. 22, El Progreso, Carabaylo (fs. 35 del Expediente N.° 3873-2005-PHC/TC).



C. PRECEDENTES VINCULANTES

Exp. N° 2302-2003-AA/TC [Proceso de Amparo promovido por Inversiones Dreams S.A. sobre el agotamiento de la vía previa tratándose de un amparo en materia tributaria].

Fecha de Resolución: 13 de abril de 2005

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 30 de junio de 2005

Resumen: En esta sentencia el Tribunal Constitucional precisó que no basta alegar la vulneración al principio de no confiscatoriedad de los tributos cuando se grava una misma actividad económica, por cuanto resulta necesario acreditar a través de pruebas la afectación real al patrimonio. De otro lado, se establecen precedentes vinculantes respecto al agotamiento de la vía previa en casos similares, estableciéndose que en los casos en que se cuestionen actos concretos de aplicación de una norma reglamentaria (Decreto Supremo) directamente contraria a la Ley e indirectamente contraria a la Constitución, será necesario el agotamiento de la vía previa; la excepción a la regla precedente, serán los casos de afectaciones por normas autoaplicativas, en cuyo caso, el juez constitucional deberá fundamentar las razones de tal calificación.

En tal sentido, constituyen precedentes vinculantes los criterios contenidos en los siguientes fundamentos:

i) Procede la exigibilidad del agotamiento de la vía previa en los procesos de amparo contra la aplicación de normas reglamentarias (FF. JJ. 5 y 6).

De este modo, el Tribunal se aparta del criterio mediante el cual afirma que la vía previa no se encuentra regulada, y, por lo tanto no es exigible cuando se cuestionan los efectos de un Decreto Supremo que ha sido dictado contraviniendo lo dispuesto en el artículo 74° de la Constitución (STC N°s 489-2000-AA/TC, 930-2001-AA/TC, 323-2001-AA/TC, 022-2000-AA/TC) por dos razones fundamentales:

a. Primeramente, porque de existir actos concretos de aplicación de una norma tributaria como por ejemplo órdenes de pago, resoluciones de determinación, multas o cobranzas coactivas, es evidente que el reclamo de los mismos debe seguir previamente el trámite administrativo establecido en la norma de la materia, esto es, el Código Tributario. Entonces, ante la exigencia arbitraria de una deuda tributaria el contribuyente puede reclamar en primera instancia ante el órgano administrador del tributo y luego apelar ante el Tribunal Fiscal en cuyo caso recién queda agotada la vía administrativa.

b. De otro lado, porque un Decreto Supremo como norma reglamentaria se encuentra subordinada directamente a las leyes e indirectamente a la Constitución.

ii) No procede la exigibilidad de agotamiento de vía previa en los procesos de amparo contra la aplicación de normas reglamentarias autoaplicativas (F.J. 7).

En diversa jurisprudencia, el Colegiado ha señalado que no procede el amparo directo contra normas cuando se trata de normas heteroaplicativas, es decir, que tienen su eficacia condicionada a la realización de actos posteriores; contrario a ello, sí procede cuando el acto lesivo es causado por normas autoaplicativas, esto es, cuando no requieren de un acto posterior de aplicación sino que la afectación se produce desde la vigencia de la propia norma (STC N°s 1314-2000-AA/TC, 504-2000-AA/TC, 0830-2000-AA/TC, 2670-2002-AA/TC, 487-2003-AA/TC).

El Tribunal señaló que no resulta exigible el agotamiento de la vía previa en el caso de normas autoaplicativas, pues, al ser susceptibles de afectar derechos fundamentales con su sola vigencia, el tránsito por esta vía podría convertir en irreparable la agresión. Más aún, al no

requerir actos concretos de afectación haría inviable un pronunciamiento por parte del Tribunal administrativo.

iii) Se establece el carácter autoaplicativo del Decreto Supremo N° 158-99-EF (F.J. 8).

El Colegiado señaló que es aplicable al caso de autos el criterio contemplado en la STC N° 1311-2000-AA/TC cuando se cuestionó la conformidad con el principio de legalidad del Decreto Supremo N° 158-99-EF, en el que se expresó que "...si bien parece que el acto lesivo no se había producido al interponerse la demanda, pues no constaba en autos prueba de que el impuesto había sido aplicado o cobrado al accionante, es opinión de este Tribunal que el hecho de que el Decreto Supremo N° 158-99-EF no requiera de acto posterior alguno para su obligatoriedad, lo cual hace un dispositivo legal de eficacia inmediata, imperativo frente a los sujetos pasivos del impuesto, por lo que no puede negarse su naturaleza autoaplicativa o de acto aplicatorio, es decir, con mayor certeza de ocurrencia que la amenaza de violación del derecho (...) y por ende, procedía esta acción de amparo, aún cuando en la práctica no se hubiera realizado todavía el acto de aplicación p cobranza del impuesto...".

iv) En los procesos de amparo relacionados con el Decreto Supremo N° 158-99-EF procede la excepción al agotamiento de la vía previa (F.J. 9).

El Colegiado expresó que estas normas tributarias son del tipo autoaplicativas, pues en la medida que el demandante sea sujeto pasivo del tributo y se configure en su caso el hecho imponible de la norma, la misma ya le es exigible, es decir, ya se encuentra obligado al pago sin esperar que la administración desemboque su actuación administrativa para ejercer la cobranza de la deuda. Este será un caso de excepción para la regla del agotamiento de la vía previa.

Temas Claves: Agotamiento de la vía previa - amparo tributario - normas autoaplicativas - principio de legalidad - principio de no confiscatoriedad - principio de reserva a la ley.

EXP. N.º 2302-2003-AA/TC

LIMA

INVERSIONES DREAMS S.A.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 13 días del mes de abril de 2005, el Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Alva Orlandini, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Recurso Extraordinario interpuesto por Inversiones Dream S.A. contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 472, su fecha 27 de enero de 2003, que declara infundada la demanda de autos.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 17 de septiembre de 2001, la recurrente interpone acción de amparo contra la Municipalidad Distrital de Jesús María, la Superintendencia Nacional de Aduanas - Lima y el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), por considerar que se vienen vulnerando sus derechos fundamentales a la igualdad ante la ley, a la propiedad, a la iniciativa privada, a la no

confiscatoriedad de los tributos y al respeto del principio de legalidad; y, en consecuencia, solicita que se declaren inaplicables a su caso los artículos 48° al 53° del Decreto Legislativo N.º 776, referido al Impuesto a los Juegos; y, el artículo 9° inciso a) del Decreto Supremo N.º 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas..

Señala que la empresa presenta pérdidas, y el pago de ambos tributos resulta confiscatorio al gravar doblemente a una misma actividad comercial, por esta razón, no pueden pagar los tributos establecidos en dichas normas, para lo cual, se verían obligados a destinar sus activos, es decir, sustrayendo su propiedad. Asimismo, alegan que el Decreto Supremo N.º 095-96-EF, al establecer la alícuota del impuesto vulnera el principio de legalidad del artículo 74° de la Constitución, según el cual, sólo por ley se pueden crear tributos, lo que implica que todos sus elementos esenciales, siendo uno de ellos *la tasa* del Impuesto, sean fijados por ley y no por norma infralegal como en el presente caso.

2. Contestación de la demanda

La Municipalidad Distrital de Jesús María contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, y solicita que se la declare infundada o improcedente, aduciendo que las supuestas violaciones de los derechos fundamentales invocados han caducado, agregando que el petitorio de la demanda no es claro, ya

que algunos artículos cuestionados han sido derogados y otros modificados por las Leyes N.ºs 26812 y 27153, lo cual no ha sido contemplado por el recurrente. Asimismo, alega que la empresa demandante no ha acreditado la supuesta confiscatoriedad que alega.

El Procurador Público encargado de los Asuntos Judiciales del MEF deduce las excepciones de falta de legitimidad para obrar del demandado, de incompetencia, de falta de agotamiento de la vía previa y de caducidad; y, solicita que se la declare improcedente o infundada, por estimar, que la demandante no ha señalado un acto concreto de afectación de sus derechos constitucionales y que la acción de amparo no es la vía idónea para cuestionar la validez de normas legales emitidas con sujeción a la ley.

La SUNAT deduce las excepciones de falta de legitimidad del demandado, indebida acumulación de pretensiones y caducidad; y contesta la demanda solicitando que se la declare infundada o improcedente, alegando que la acción de amparo no es la vía idónea para impugnar la validez de una norma jurídica, en cuyo caso, la vía correspondiente es la acción de inconstitucionalidad.

3. Resolución de primera instancia

El Sexagésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 1 de abril de 2002, declaró fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar, respecto del MEF, infundadas las excepciones de falta de legitimidad para obrar respecto a la SUNAT, de incompetencia, de falta de agotamiento de la vía administrativa y de caducidad, e *infundada la demanda*, por considerar que en autos no existe medio probatorio alguno que demuestre el daño sufrido, máxime cuando no es posible determinar la situación de pérdida que la demandante alega, no siendo suficiente para ello el estado de pérdidas y ganancias que consta en autos. En consecuencia, es necesario que la presente causa sea vista en una vía que cuente con estación probatoria, donde se puedan merituar mayores elementos de juicio.

4. Resolución de segunda instancia

La recurrida confirmó la apelada por las mismas consideraciones, debido a que no se ha acreditado el estado de pérdidas alegado, siendo insuficientes los documentos probatorios presentado por la empresa demandante.

III. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

Habiendo sido cuestionados por las partes, materias constitucionales respecto a la forma y el fondo, es necesario que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre cada uno de ellos y establezca los criterios vinculantes en cada caso. En tal sentido, corresponde desarrollar los siguientes temas:

I. Respecto a los aspectos de forma, debe determinarse:

(a) Si es necesario el agotamiento de la vía previa en el caso de autos

(b) Si las normas cuestionadas son del tipo autoaplicativas, en consecuencia, no se requiere actos concretos de afectación para demostrar la afectación de derechos.

II. Respecto a los aspectos de fondo, nos pronunciaremos sobre:

(c) el principio de no confiscatoriedad en materia tributaria según el artículo 74º de la Constitución.

(d) Si el establecer tributos sobre una misma actividad económica como en el caso del Impuesto a los Juegos regulado en Ley de Tributación Municipal, y, el Impuesto Selectivo a los Juegos de azar y apuestas; según la Ley del IGV e Impuesto Selectivo al Consumo y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 095-96-EF, vulnera el principio de no confiscatoriedad por sumatoria de tributos.

(e) la carga probatoria a efectos de demostrar la confiscatoriedad de tributos.

(f) los alcances del principio de reserva de ley.

(g) Si, en el caso del inciso a) del artículo 9º del Decreto Supremo 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas, se ha vulnerado el principio de reserva de ley, al establecer la tasa del impuesto mediante Decreto Supremo.

IV. FUNDAMENTOS

A. Sobre la cuestión de procedencia

1. Conforme se aprecia de los escritos presentados por las partes, existe controversia sobre si en el presente caso es necesario agotar la vía administrativa. Así tenemos que, según el alegato de la empresa demandante, la necesidad de agotar la vía administrativa en estos casos, se encuentra exceptuada por tratarse de normas autoaplicativas, y, a su vez, porque así lo ha establecido diversa jurisprudencia del Tribunal, en los casos en que una norma tributaria establece vía Decreto Supremo la configuración de algún elemento esencial del tributo, como se aprecia de las STC 489-2000-AA/TC, STC 930-2001-AA/TC, STC 323-2001-AA/TC.

Por su parte, los emplazados coinciden en que los demandantes debieron agotar la vía previa y que las normas cuestionadas no son normas autoaplicativas, por lo que, se encontraban obligados a acreditar las vulneraciones concretas a sus derechos y no simplemente alegar las supuestas afectaciones.

2. Si bien en primera instancia se declaró infundada la excepción de falta de agotamiento de la vía previa, decisión confirmada por la instancia superior; a nuestro juicio, resulta importante que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la excepción deducida y uniformice su jurisprudencia en este aspecto, a fin de evitar cualquier duda en el justiciable respecto a la tramitación de sus recursos.

En efecto, en diversa jurisprudencia –invocada por el recurrente– hemos señalado que “...no será exigible

el agotamiento de la vía previa si esta no se encuentra regulada. En el presente caso, no se encuentra normado en la ley, recurso administrativo alguno que revierta los efectos de un Decreto Supremo que ha sido dictado contraviniendo lo dispuesto en el artículo 74º de la Constitución..."(STC 489-2000-AA/TC, STC 930-2001-AA/TC, STC 323-2001-AA/TC, STC 022-2000-AA/TC).

Contrariamente al criterio precedente, en la STC 1266-2001-AA/TC, –donde también se cuestionaba la aplicación del inciso a) del Decreto Supremo 095-96-EF– se señaló: *"..el Tribunal Constitucional considera que, en el presente caso, no es aplicable su doctrina jurisprudencial según la cual, en materia tributaria, tratándose de la inconstitucionalidad de una norma legal – a cuyo amparo se realizó el acto reclamado–, no es preciso transitar ante los tribunales administrativos, dado que se trata de órganos sometidos al principio de legalidad. Y es que, en el caso de autos, no se trata de una norma con rango, valor o fuerza de ley, sino de una norma inítralegal, es decir, de un nivel jerárquicamente inferior al de la ley, cuyo control de validez sí están obligados a efectuar los tribunales administrativos"*.

3. Al respecto, frente a un caso de doble criterio sobre el agotamiento de la vía previa, plausible de generar dudas en el recurrente, –como se aprecia de autos–, corresponde en principio, aplicar el principio *pro actione* del artículo 45º del Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley 28237, según el cual, en caso de duda se preferirá dar trámite a la demanda de amparo.

Según el principio *pro actione*, invocado por este Tribunal en anteriores oportunidades, se impone a los juzgadores la exigencia de interpretar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una resolución válida sobre el fondo, con lo cual, ante la duda, la decisión debe dirigirse por la continuación del proceso y no por su extinción. (STC 1049-2003-AA/TC)

4. No obstante, la aplicación para el caso de autos de la regla impuesta por el artículo 45 del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional, en esta oportunidad debe establecer el criterio que deberá ser aplicable a las controversias similares que se presenten en el futuro.

5. En primer lugar, nos apartamos del criterio mediante el cual, afirmamos que *la vía previa no se encuentra regulada, y, por lo tanto no es exigible, cuando se cuestionan los efectos de un Decreto Supremo que ha sido dictado contraviniendo lo dispuesto en el artículo 74 de la Constitución.* (STC 489-2000-AA/TC, STC 930-2001-AA/TC, STC 323-2001-AA/TC, STC 022-2000-AA/TC); por dos razones fundamentales:

A) Primeramente, porque de existir actos concretos de aplicación de una norma tributaria, como por ejemplo, órdenes de pago, resoluciones de determinación, multas o cobranzas coactivas; es evidente, que el reclamo de los mismos, debe seguir previamente el trámite administrativo establecido en la norma de la materia, esto

es, el Código Tributario. En ese sentido, no es cierto que en estos casos, la vía previa no se encuentre regulada, puesto que, ante la exigencia arbitraria de una deuda tributaria, el contribuyente puede reclamar en primera instancia, ante el órgano administrador del tributo, y luego apelar ante el Tribunal Fiscal, en cuyo caso, recién queda agotada la vía administrativa.

B) De otro lado, porque un Decreto Supremo, como norma reglamentaria, se encuentra subordinada directamente a las leyes e indirectamente a la Constitución. Así, cuando se trata de materia tributaria, atendiendo al principio de reserva de ley del artículo 74º de la Constitución, cuando un Decreto Supremo regula esta materia, constituye un reglamento *secundum legem*, el cual sólo puede desarrollar la ley más no trasgredirla ni desnaturalizarla. En estos casos, de extralimitar el contenido de una ley, no cabe duda que, un órgano administrativo como el Tribunal Fiscal, se encuentra plenamente facultado para pronunciarse al respecto, más aún cuando, el artículo 102º del Código Tributario, establece que, al resolver el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía.

6. En consecuencia de un Decreto Supremo como norma reglamentaria en materia tributaria, estamos en principio frente a un problema de conformidad con la Ley, para lo cual, debe agotarse la vía administrativa hasta llegar al recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal. Cabe advertir sin embargo, un inconveniente a esta regla: *los casos de normas autoaplicativas.*

7. En diversa jurisprudencia, este Colegiado ha señalado, que no procede el amparo directo contra normas cuando se trata de normas heteroaplicativas, es decir, que tienen su eficacia condicionada a la realización de actos posteriores; contrario a ello, si procede cuando el acto lesivo es causado por normas autoaplicativas, esto es, cuando no requieren de un acto posterior de aplicación sino que la afectación se produce desde la vigencia de la propia norma (STC 1314-2000-AA/TC, 504-2000-AA/TC, 0830-2000-AA/TC, 2670-2002-AA/TC, 487-2003-AA/TC).

Lógicamente, no resultaría exigible el agotamiento de la vía previa en el caso de normas autoaplicativas, pues, al ser susceptibles de afectar derechos fundamentales con su sola vigencia, el tránsito por esta vía podría convertir en irreparable la agresión. Más aún, al no requerir actos concretos de afectación, haría inviable un pronunciamiento por parte del Tribunal administrativo.

8. Cabe preguntarse entonces, si las normas tributarias cuestionadas en autos, son normas autoaplicativas. En la STC 1311-2000-AA/TC cuando se cuestionó la conformidad con el principio de legalidad, del Decreto Supremo N° 158-99-EF, señalamos que *"...si bien parece que el acto lesivo no se había producido al interponerse la demanda, pues no constaba en autos prueba de que el impuesto había sido aplicado o cobrado al accionante, es opinión de este Tribunal que el hecho de que el Decreto Supremo N° 158-99-EF no requiera de acto posterior alguno*

para su obligatoriedad, lo cual hace un dispositivo legal de eficacia inmediata, imperativo frente a los sujetos pasivos del impuesto, por lo que no puede negarse su naturaleza autoaplicativa o de acto aplicativo, es decir, con mayor certeza de ocurrencia que la amenaza de violación del derecho (...) y por ende, procedía esta acción de amparo, aún cuando en la práctica no se hubiera realizado todavía el acto de aplicación p cobranza del impuesto...".

Este criterio es, de igual manera, aplicable al caso de autos.

9. En efecto, estas normas tributarias son del tipo autoaplicativas, pues en la medida que el demandante sea sujeto pasivo del tributo y se configure en su caso el hecho imponible de la norma, la misma ya le es exigible, es decir, ya se encuentra obligado al pago sin esperar que la administración desemboque su actuación administrativa para ejercer la cobranza de la deuda. Este será un caso de excepción para a la regla del agotamiento de la vía previa.

B. Sobre los aspectos materiales de la demanda

10. El petitorio de la demanda es que se declare inaplicables a su caso, los artículos 48° al 53° del Decreto Legislativo 776, referido al Impuesto a los Juegos; así como, el inciso a) del artículo 9 del Decreto Supremo 095-96-EF, referido al Impuesto Selectivo al Consumo de los juegos de azar y apuestas, porque en conjunto son confiscatorios en su caso, y, porque el último al vulnerar el principio de legalidad en materia tributaria estableciendo la tasa del impuesto mediante Decreto Supremo, afecta sus derechos como contribuyente.

11. En ese sentido, una vez desvirtuada la cuestión de forma y establecido el criterio aplicable, corresponde efectuar el análisis sobre la supuesta afectación a los derechos constitucionales a la propiedad, a la no confiscatoriedad y el respeto al principio de legalidad en materia tributaria, invocados por el recurrente.

El principio de no confiscatoriedad en materia tributaria según el artículo 74° de la Constitución.

12. El artículo 74° de la Constitución Peruana, establece como uno de los límites al ejercicio de la potestad tributaria, el principio de no confiscatoriedad de los tributos. Este principio constitucional, ha adquirido contenido a través de nuestra jurisprudencia, mediante la cual, hemos señalado que " (...) se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad y, además ha considerado a esta como institución, como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de constitución económica" (STC N.º 2727-2002-AA/TC).

13. En la misma sentencia bajo comentario, señalamos que el principio de no confiscatoriedad tiene la estructura propia de lo que se denomina un 'concepto jurídico indeterminado'. Es decir, su contenido constitucionalmente protegido no puede ser precisado en términos generales

y abstractos, sino que debe ser analizado y observado en cada caso, teniendo en consideración la clase de tributo y las circunstancias concretas de quienes estén obligados a sufragarlo. No obstante, teniendo en cuenta las funciones que cumple en nuestro Estado democrático de Derecho, es posible afirmar, con carácter general, que se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente se admite para no vulnerar el derecho a la propiedad.

14. Asimismo, conforme se estableció en la STC N.º 0004-2004-AI/TC (acumulados), es preciso distinguir la eventual inconstitucionalidad de un tributo en atención a su incidencia concreta en las circunstancias particulares en las que se encuentre cada uno de los obligados a sufragarlo, y la inconstitucionalidad en la que pueda incurrir la ley que lo regula, la cual sólo podría ser determinada, en sentido abstracto, analizando los elementos constitutivos del tributo, y particularmente la materia imponible y la alícuota, cuyos contenidos o dimensiones podrían ser muestras evidentes de un exceso de poder tributario.

La confiscatoriedad por sumatoria de tributos

15. En el presente caso, la parte demandante alega confiscatoriedad por doble imposición sobre un misma actividad comercial, señalando además, que en el ejercicio 2000/2001, este hecho les ha generado pérdidas, como se advierte del estado de ganancias y pérdidas que adjuntan, como medio probatorio a fojas 78. Refieren, que al ser gravados por el Impuesto a los Juegos (administrado por la Municipalidad), y, el Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas (administrado por la SUNAT), se encuentran tributando dos veces por la misma actividad, convirtiendo en deficitaria su actividad comercial.

Así las cosas, a fojas 206, sostienen que no podrán cumplir con la distribución legal de la renta, es decir, con la participación que se otorga a los trabajadores equivalente al 6%. Tampoco se podrá cumplir con el Estado peruano con el pago al Impuesto a la Renta.

16. Antes de nuestro pronunciamiento sobre si el estado de confiscatoriedad que alegan se encuentra válidamente acreditado en autos, merece aclarar algunos temas discutidos por el demandante. El primero de ellos, referido a la confiscatoriedad por sumatoria de tributos, el segundo sobre el no pago de sus obligaciones con el Estado respecto al impuesto a la renta.

17. Para que pueda apreciarse una relación de compatibilidad entre la tributación y el derecho de propiedad, es necesario que las afectaciones a la última sean razonables y proporcionadas, de modo tal, que no constituyan una apropiación indebida de la propiedad privada. Ahora bien, las afectaciones a la propiedad son razonables cuando tienen por objeto contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, para lo cual, necesariamente debe hacerse en la medida y proporción de la capacidad contributiva de cada persona o empresa.

Así lo señalamos en la STC 033-2004-AI/TC cuando sostuvimos que *"la capacidad contributiva tiene un nexo indisoluble con el hecho sometido a imposición; es decir, que siempre se establezca un tributo, este deberá guardar íntima relación con la actividad económica de los sujetos obligados, ya que solo así se respetará la aptitud del contribuyente para tributar..."*.

Es cierto que se excede el límite de la capacidad contributiva y, por ende, un tributo se vuelve confiscatorio, sea a consecuencia de un solo tributo exorbitante, o por vía de diversas cargas tributarias que siendo moderadas, en su conjunto traen el mismo efecto y presión sobre el contribuyente. Sin embargo, este es una situación que requerirá de un peritaje especial para su comprobación.

18. En el caso de autos estamos frente a dos impuestos, el Impuesto a los Juegos, regulados por el Decreto Legislativo 776; y el Impuesto Selectivo al Consumo, a los juegos de azar y lotería. El primero es recaudado y administrado por y a favor de las Municipalidades, mientras que el segundo, es administrado por la SUNAT, siendo un caso típico de impuesto que, además de su función recaudadora, sirve al Estado, a su vez, para cumplir una finalidad extrafiscal.

Ya nos hemos pronunciado al respecto cuando indicamos que: *"...Las restricciones a la libertad de empresa en un sector incentivado por el Estado no son, ni pueden ser, los mismos de aquellas que el Estado legítimamente ha decidido desalentar, como sucede con la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas"* (Fd. 2, STC 009- 2001-AI/TC).

Ello es así, en la medida que el ocio que promueve el Estado mediante la cultura, recreación y el deporte es distinto al que tolera como al de los juegos de apuesta que pueden generar adicción -ludopatía- con efectos económicos y sociales perjudiciales para el jugador y su familia.

19. Ahora bien, ¿se vulnera el principio de no confiscatoriedad de manera automática, si una misma actividad sirve de base para gravar dos impuestos distintos?. La respuesta es negativa. Y es que, la capacidad contributiva de una persona es una sola (cuestión distinta a su expresión en diversas manifestaciones), y todos los tributos que recaen en el mismo contribuyente afectan un mismo patrimonio. En ese sentido, la confiscatoriedad no se configura *por sí misma* si un mismo ingreso económico sirve de base imponible para dos impuestos, sino más bien, en estos casos, lo que deberá analizarse es si, a consecuencia de ello, se ha originado una excesiva presión tributaria sobre el contribuyente, afectando negativamente su patrimonio.

Para determinar esta afectación excesiva de la propiedad privada, es claro que se requiere de un minucioso examen de la contabilidad de la empresa para establecer si realmente, tal afectación, tiene su origen en la presión tributaria impuesta a su actividad.

20. Como se aprecia, y siguiendo lo expuesto en nuestro fundamento 12 *supra*, las alegaciones de confiscatoriedad

sea por un tributo excesivo o por doble o múltiple imposición, no son inconstitucionales por sí mismas; y, en cada caso, su afectación deberá evaluarse dependiendo de la situación económica de cada contribuyente. Es por ello, que no pueden aceptarse como válidas, aquellas afirmaciones del contribuyente, mediante las cuales, se considera exento del pago del impuesto a la renta y de la repartición de utilidades a los trabajadores debido a la doble tributación a los juegos.

El Impuesto a la Renta, presenta distintas características, así como, un sistema de cálculo y deducciones propio, en el que además, de acuerdo al inciso b) del artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta, entre las deducciones para llegar a la renta neta, *se consideran los tributos que recaen sobre bienes o actividades productoras de rentas gravadas*. Con lo cual, únicamente el contribuyente está exento de pago cuando en un periodo fiscal, no se ha producido renta y de acuerdo a los términos de la propia ley y su reglamento.

En todo caso, como se viene señalando, de tratarse de afectaciones a la propiedad por sumatoria de tributos, tales alegaciones, están sujetas a su comprobación mediante material probatorio.

La carga probatoria a efectos de demostrar la confiscatoriedad de tributos

21. Hemos venido señalando que para acreditar la confiscatoriedad en cada caso, es necesario acreditar la afectación real al patrimonio empresarial de la persona jurídica, como en el caso de autos. Y es que, no podría ser de otra manera cuando se alega afectación exorbitante a la propiedad privada.

Ese ha sido justamente el criterio seguido tanto por el *a quo* y el *a quem* para desestimar la demanda, al considerar que los documentos presentados por el demandante no constituyen prueba suficiente para demostrar la situación de pérdida alegada. Este criterio es compartido por este Tribunal en este extremo de la demanda.

22. En efecto, a fojas 78, la empresa demandante anexa como medio probatorio para demostrar la confiscatoriedad en su caso, "un estado de ganancias y pérdidas comparativo" elaborado por la propia empresa, bajo la responsabilidad del contador Marco Quintana, quien firma y da valor al documento.

23. A nuestro juicio, el referido documento no puede ser admitido de ninguna manera como prueba fehaciente para acreditar la situación económica de la empresa y, por consiguiente, para demostrar la confiscatoriedad de tributos; en primer lugar, porque no pueden admitirse como medios probatorios válidos aquellos que representan autoliquidaciones del propio contribuyente, pues restan imparcialidad a lo declarado, en todo caso, están sujetos a revisión. Este es justamente el criterio bajo el cual, este Tribunal desestima como elementos probatorios válidos, las declaraciones juradas.

24. Adicionalmente y con mayor gravedad, el referido documento únicamente se limita a indicar cifras, pero

no certifica la certeza de las mismas, ni demuestra en realidad a cuánto ascienden los gastos de la empresa, pues para que ello quede fehacientemente acreditado, no basta con su mera alegación sino que deben adjuntarse los documentos que acredite la manera como se llega a dichos montos.

25. Otra dificultad advertida –que no ha sido considerada por la demandante– es la demostración de la confiscatoriedad en el caso de los impuestos indirectos como el caso del Impuesto Selectivo al Consumo. Así, *la doctrina y jurisprudencia comparada, coinciden en considerar improcedente la confiscatoriedad en estos casos, primero por los fines extrafiscales de los impuestos al consumo, y, segundo porque los impuestos indirectos se trasladan al consumidor, quien es quien soporta la carga del impuesto*²¹.

En la misma línea, algunos suelen descartar alegaciones de confiscatoriedad, en el caso de la imposición sobre el consumo donde determinadas técnicas y condicionamientos lo harían de imposible realización²².

Los impuestos son abstractos y objetivos de modo que no tienen una vocación confiscatoria de origen ni de resultado; sino que, dada a veces la incapacidad productiva o de servicios eficientes que presta una empresa, no genera los ingresos o rentas razonablemente esperados para cumplir con sus obligaciones tributarias. Por ello, el Estado está prohibido de subsidiar indirectamente la actividad empresarial privada ineficiente.

26. La razón expuesta, constituye una adicional, que a nuestro juicio afianza la necesidad de mayores pruebas en estos casos, lo cual, desde ya, resulta dificultoso para un proceso sumario como es el amparo, que carece de etapa probatoria. Ello, más aún, porque consideramos que una excepción a esta regla en los impuestos indirectos, sería la demostración de que en el caso del contribuyente, el impuesto no fue trasladado, es decir, que él asumió la carga del mismo, y, además, siendo así, le trajo perjuicios a la economía de la empresa, lo cual, claro está, debe ser acreditado.

27. En consecuencia, si bien es cierto que el Código Procesal Constitucional (artículo 9) ha establecido la inexistencia, en los procesos constitucionales, de una etapa probatoria, también lo es que prevé la procedencia de medios probatorios que no requieren actuación y de los que el juez considere indispensables, pero siempre que ello no afecte la duración del proceso.

Sin embargo, en los casos que se alegue confiscatoriedad, es necesario que la misma se encuentre plena y fehacientemente demostrada. De lo contrario, corresponderá atender este tipo de procesos en otra vía, donde sí puedan actuarse otros medios de prueba y proceda la intervención de peritos independientes que certifiquen las afectaciones patrimoniales a causa de impuestos.

28. Por consiguiente, en este extremo, la demanda debe ser desestimada por no haberse acreditado la confiscatoriedad alegada por la empresa recurrente.

Los alcances del principio de reserva de ley en materia tributaria

29. El segundo extremo del petitorio está referido a la inaplicación del inciso a) del artículo 9° del Decreto Supremo 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas, que establece que: *“ la tasa aplicable a los juegos de azar y apuestas, tratándose de loterías, bingos, rifas y sorteos es 10% (inciso a)”*.

Aducen que se vulnera el principio de reserva de ley, pues se fija la tasa del Impuesto mediante norma reglamentaria, como es el Decreto Supremo, y no por Ley, conforme lo establece la Constitución en el artículo 74°. Asimismo, a fojas 490, el recurrente presenta recurso extraordinario contra la sentencia apelada, cuestionando la falta de pronunciamiento en este extremo.

30. En efecto, los jueces de primera y segunda instancia han obviado pronunciarse en este extremo. Sobre el particular debe señalarse que la tutela judicial efectiva (artículo 139, inciso 3), no se limita a garantizar el acceso a la jurisdicción, sino también a que los Tribunales resuelvan sobre las pretensiones ante ellos formuladas²³. Se parte, pues, del principio de congruencia judicial, que exige al juez que, al pronunciarse sobre una causa, no omita, altere o exceda las peticiones contenidas en el proceso a resolver.

Sin embargo, como ya se ha visto, existen casos en los cuales la pretensión no resulta clara y evidente, o está planteada de manera incorrecta, o se ha invocado erróneamente la norma de derecho aplicable, frente a lo cual el juez constitucional, de acuerdo con el principio de dirección judicial del proceso (artículo III del Código Procesal Constitucional) y del principio *iura novit curia* (artículo VIII), luego del análisis fáctico, tiene el deber de reconocer el trasfondo o el núcleo de lo solicitado y pronunciarse respecto de él, sin que esto represente una extralimitación de sus facultades (Fd. 15 de la STC 0569-2003-AC/TC)

De esta manera, siguiendo nuestra línea jurisprudencial, procederemos a pronunciarnos sobre el extremo invocado.

31. El primer párrafo del artículo 74° de la Constitución establece que *«los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo. Los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la ley»*.

La potestad tributaria del Estado debe ejercerse, antes que en función de la ley, en función de la Constitución –principio jurídico de supremacía constitucional (artículo 51 de la Constitución)– y de los principios que ella consagra y que informan, a su vez, el ejercicio de tal potestad. Dichos principios, por otra parte, constituyen una garantía para los contribuyentes, en tanto impone

que no se puede ejercer la potestad tributaria en contra de la Constitución ni de modo absolutamente discrecional o arbitrariamente.

En tal sentido, la potestad tributaria del Estado, antes que someterse al principio de legalidad, está supeditado a la Constitución. Es en función de ella que el principio de legalidad tiene validez y legitimidad.

32. Ahora bien, es bastante frecuente la confusión que existe entre el principio de legalidad y el de reserva de ley.

Se debe partir de señalar que no existe identidad entre ellos. Así, mientras que el *principio de legalidad*, en sentido general, se entiende como la subordinación de todos los poderes públicos a leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a un control de legitimidad por jueces independientes; la *reserva de ley*, por el contrario, implica una determinación constitucional que impone la regulación, sólo por ley, de ciertas materias.

Así, «mientras el Principio de legalidad supone una subordinación del Ejecutivo al Legislativo, la Reserva no sólo es eso sino que el Ejecutivo no puede entrar, a través de sus disposiciones generales, en lo materialmente reservado por la Constitución al Legislativo. De ahí que se afirme la necesidad de la Reserva, ya que su papel no se cubre con el Principio de legalidad, en cuanto es sólo límite, mientras que la Reserva implica exigencia reguladora»^[4].

En materia tributaria, el *principio de legalidad* implica, pues, que el ejercicio de la potestad tributaria por parte del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo, debe estar sometida no sólo a las leyes pertinentes, sino, y principalmente, a lo establecido en la Constitución.

33. A diferencia de este principio, la *reserva de ley* significa que el ámbito de la creación, modificación, derogación o exoneración –entre otros– de tributos queda reservada para ser actuada mediante una ley. El respeto a la *reserva de ley* para la producción normativa de tributos tiene como base la fórmula histórica “*no taxation without representation*” – es decir, que los tributos sean establecidos por los representantes de quienes van a contribuir.

Así, conforme se establece en el artículo 74° de la Constitución, la reserva de ley, es ante todo una *cláusula de salvaguarda* frente a la posible arbitrariedad del Poder Ejecutivo en la imposición de tributos^[5].

34. De acuerdo con estas precisiones, tal distinción en el ámbito tributario no puede ser omitida, pues las implicancias que generan tanto el principio de legalidad, así como la reserva de ley no son irrelevantes. Ello es así en la medida que la Constitución ha otorgado tanto al Poder Legislativo así como al Poder Ejecutivo la posibilidad de ejercer la potestad tributaria del Estado. En el primer caso, el ejercicio se realiza mediante una ley en sentido estricto, mientras que en el caso del Poder Ejecutivo sólo puede realizarlo mediante decreto legislativo.

35. Ahora bien, respecto a los alcances de este principio, hemos señalado que la reserva de ley en materia tributaria es una reserva relativa, ya que puede admitir excepcionalmente derivaciones al Reglamento, siempre y cuando, los parámetros estén claramente establecidos en la propia Ley. Asimismo, sostuvimos que el grado de concreción de los elementos esenciales del tributo en la Ley, es máximo cuando regula el hecho imponible y menor cuando se trata de otros elementos; pero, en ningún caso, podrá aceptarse la entrega en blanco de facultades al Ejecutivo para regular la materia.

La regulación del hecho imponible en abstracto – que requiere la máxima observancia del principio de legalidad–, comprende la descripción del hecho gravado (aspecto material), el sujeto acreedor y deudor del tributo (aspecto personal), el momento del nacimiento de la obligación tributaria (aspecto temporal), y el lugar de su acaecimiento (aspecto espacial). (STC 2762-2002-AA/TC, y, STC 3303-2003-AA/TC).

36. El cuestionado inciso a) del artículo 9° del Decreto Supremo 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas, fija la tasa de este impuesto, por derivación del artículo 61° del TUO de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, que a tenor señala que: “*Por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, se podrán modificar las tasas y/o montos fijos...*”.

37. Al respecto, en el Fd. 20 de la STC 2762-2002-AA/TC, nos pronunciamos sobre este punto, y señalamos que es evidente que el artículo 61°, en este extremo, ha excedido los límites que derivan de la propia Constitución en materia de reserva de ley, pues el legislador, dando carta abierta al Ejecutivo, ha establecido –sin ningún parámetro limitativo como, por ejemplo, fijar topes– que sea este el que disponga las modificaciones a las tasas; lo que se presenta como una remisión normativa en blanco o deslegalización, permitiendo que sea la Administración la que finalmente regule la materia originalmente reservada a la ley, vulnerando con ello, además, el principio de jerarquía normativa.

En aquella oportunidad se amparó la demanda, dejándose sin efecto los actos concretos de aplicación que hayan derivado del Decreto Supremo irregular. Este es el criterio que corresponde aplicar en el presente caso, y, en consecuencia, dejar sin efecto aquellas cobranzas que constan en autos y que hayan sido derivadas de los efectos de la aplicación del inciso a) del artículo 9° del Decreto Supremo 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas.

Ello es así, en la medida que la alícuota también forma parte esencial del hecho imponible; debido a que el quantum del impuesto está directamente relacionado con el carácter no confiscatorio del impuesto. Elemento que sólo puede estar regulado de manera clara y precisa en la ley. Lo que no obsta a que el Decreto Supremo pueda complementar al mismo, en el marco, por ejemplo, de

topes máximos y mínimos que hubiera establecido la ley o de la forma de determinación del monto.

V. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADO** el proceso constitucional de amparo respecto a la confiscatoriedad por doble imposición en el caso del Impuesto a los Juegos y el Impuesto Selectivo a los Juegos de Azar y Apuestas, conforme a los fundamentos 21 al 28.
2. Declarar **FUNDADO** el proceso constitucional de amparo respecto a la inaplicación del inciso a) del artículo 9° del Decreto Supremo 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los Juegos de Azar y Apuestas; en consecuencia, déjense sin efecto las órdenes de pago y resoluciones de cobranza coactiva derivadas de esta norma, y, que se encuentren comprendidas en autos.
3. Establézcase el precedente vinculante respecto al agotamiento de la vía previa en casos similares, según lo señalado en los fundamentos 5 al 9. En consecuencia: a) Cuando se cuestionen actos concretos de aplicación de una norma reglamentaria –Decreto Supremo– directamente contraria a la Ley e indirectamente contraria a la Constitución, será necesario el agotamiento de la vía previa; b) la excepción a la regla precedente, serán los

casos de afectaciones por normas autoaplicativas, en cuyo caso, el juez constitucional deberá fundamentar las razones de tal calificación.

Publíquese y Notifíquese.

SS.

**AIVA ORLANDINI
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

^[1] GARCIA BELSUNCE, Horacio. *Estudios de Derecho Constitucional Tributario*. Buenos Aires: Ediciones de Palma, 1994. p. 251.

^[2] CALVO ORTEGA, R. *Curso de Derecho Financiero. Derecho Tributario I (parte General)*. Madrid: Civitas. p. 92.

^[3] DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. "Reflexiones sobre algunas facetas del derecho dentro de esta línea de acción, fundamental a la tutela judicial efectiva". En: *Cuadernos de Derecho Público*, mayo-agosto, INAP, 2000. p. 23.

^[4] DE CABO MARTÍN, Carlos. *Sobre el concepto de Ley*. Madrid: Trotta, 2000. p. 69.

^[5] ALGUACIL MARI, Pilar. *Discrecionalidad técnica y comprobación tributaria de valores*. Valencia: Diálogo S.L. p. 27.

Exp. N° 1150-2004-AA/TC [Proceso de Amparo promovido por el Banco de la Nación. Sobre la procedencia de los procesos constitucionales interpuestos por las dependencias administrativas del Estado incluyendo las empresas públicas contra los poderes del Estado y los organismos creados por la Constitución].

Fecha de Resolución: 29 de abril de 2005

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 03 de mayo de 2005

Resumen: La resolución que da origen al presente proceso de amparo es una resolución expedida en el proceso seguido por la Asociación de Trabajadores Renunciantes del IPSS con el Instituto Peruano de Seguridad Social sobre pago de reintegros y remuneraciones insolutas, en la cual se dispuso trabar embargo sobre las cuentas del IPSS, adquiriendo el Banco de la Nación la condición de depositario de dicho dinero. Posteriormente, el juzgado dispuso, a pedido del IPSS y en mérito de la Resolución N°581, no sólo la restitución de los fondos embargados, sino también el pago de los intereses que considera se han devengado en su favor, notificándose al Banco de La Nación.

El Colegiado concluyó que se estaba afectando el derecho fundamental de defensa de una entidad de derecho público como el Banco de la Nación al exigírsele "el pago de intereses devengados" cuando no forma parte de la relación jurídica procesal válida del proceso por su calidad de depositario judicial.

Así, en mérito del artículo VII del T.P. del CPC el Tribunal estableció como precedentes vinculantes los fundamentos siguientes de la sentencia:

i) Se reconoce la procedencia del amparo presentado por una entidad estatal contra otra cuando haya afectación de derechos fundamentales, de acuerdo a la legislación anterior al Código Procesal Constitucional (F.J. 1).

El Colegiado precisó que "según el artículo 6 inciso 4 de la Ley 23506, aplicable al caso concreto, no proceden las acciones de garantía "de las dependencias administrativas, incluyendo las empresas públicas, contra los Poderes del Estado y los organismos creados por la Constitución, por los actos efectuados en el ejercicio regular de sus funciones". *Contrario sensu*, se observa que sí proceden los procesos constitucionales entre tales entidades en caso de que la actividad de la demandada no haya sido efectuada en el ejercicio regular de sus funciones" más aún si la pretensión está dirigida a la tutela objetiva de derechos fundamentales.

ii) Se expresa la necesidad de emplazar a la entidad demandante en un proceso judicial y de que exista sentencia firme para obligarla al pago de intereses (F.J. 5).

iii) Se precisan los alcances del derecho de defensa (F.J. 6)

El Tribunal ha declarado que "el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deban aplicarse a todos los casos y procedimientos existentes en el Derecho" (STC 071-2002-AA/TC), y que "por virtud de él se garantiza que las personas, en la determinación de sus Derechos y Obligaciones cualquiera [que] sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral etc.), no queden en estado de indefensión" (STC 1230-2002-AA/TC). Dicho derecho garantiza, entre otras cosas, que las personas que intervienen en un proceso tengan la posibilidad de poder presentar las pruebas necesarias para acreditar los hechos que sirven de base a su pretensión.

Temas Claves: Atribuciones y competencias de los organismos del Estado - conflicto entre entidades públicas - derecho al debido proceso - derecho de defensa.

EXP.N.º1150-2004-AA/TC

LIMA

BANCO DE LA NACIÓN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 29 días del mes de abril de 2005, el pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por el Banco de la Nación, representado por don Héctor Manuel Rodríguez Mundaca, contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 116, su fecha 26 de setiembre de 2003, que declara improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 26 de febrero de 2002, el recurrente interpone demanda de amparo contra EsSalud y contra la titular del Quincuagésimo Segundo Juzgado "A" Civil Corporativo de Lima, doctora Mariella Chiriboga Mendoza, solicitando que se deje sin efecto la Resolución N.º 581, de fecha 28 de diciembre de 2001, por considerar que se han vulnerado sus derechos constitucionales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

Alega que no ha sido ni es parte en el proceso judicial seguido por la Asociación de Trabajadores Renunciantes del Instituto Peruano de Seguridad Social (ATRIPPS) con el Instituto Peruano de Salud (IPSS), ahora EsSalud, sobre Pago de Reintegros y Remuneraciones Insolutas, en el que se dictó la Resolución N.º581, en virtud de la cual se le ordenó el pago de intereses de un cheque girado a favor del IPSS. Sostiene, además, que existe prohibición legal expresa para dicho abono, conforme lo establece el artículo 181º de la actual Ley de Títulos Valores N.º 27287.

La Procuradora Pública encargada de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda solicitando que se la declare infundada por carecer de verosimilitud y de fundamentos de hecho y de derecho que sustenten su pretensión, agregando que el demandante no ha demostrado, fehacientemente, la alegada violación de sus derechos, y que el proceso de amparo no es la vía idónea para declarar la nulidad de resoluciones judiciales, como pretende el demandante.

EsSalud, por otra parte, afirma que en el proceso civil en que se expidió la resolución cuestionada no se exigió el pago de intereses de un cheque o título valor, sino el pago de intereses por los cinco años durante los cuales su depósito de dinero fue usufructuado por el Banco de la Nación.

La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 30 de setiembre de 2002, declara

infundada la excepción de caducidad e improcedente la demanda, estimando que no se violó el derecho constitucional al debido proceso, ya que el demandante fue correctamente notificado con la Resolución N.º 581, no obstante lo cual interpuso su recurso de apelación fuera del plazo de ley, razón por la cual fue declarado improcedente.

La recurrida confirma la apelada argumentando que las acciones de garantía no proceden contra resoluciones judiciales o arbitrales emanadas de proceso regular.

FUNDAMENTOS

1. Inicialmente, es pertinente examinar si el Tribunal Constitucional es competente para analizar un proceso que contraponga los intereses de dos entidades de derecho público. La demanda en el presente caso ha sido presentada por el Banco de la Nación y dirigida básicamente contra el Seguro Social de Salud, ESSALUD, ex IPSS. Según el artículo 6 inciso 4 de la Ley 23506, aplicable al caso concreto, no proceden las acciones de garantía "de las dependencias administrativas, incluyendo las empresas públicas, contra los Poderes del Estado y los organismos creados por la Constitución, por los actos efectuados en el ejercicio regular de sus funciones". *Contrario sensu*, se observa que sí proceden los procesos constitucionales entre tales entidades en caso de que la actividad de la demandada no haya sido efectuada en el ejercicio regular de sus funciones, tal como se critica a ESSALUD. Es más, ya en anterior oportunidad (Sentencia del Expediente 918-98-AC/TC), este Colegiado se ha considerado competente para revisar un proceso iniciado por el Fondo Metropolitano de Inversiones – INVERMET, y dirigido contra la Municipalidad Distrital de Lince. Por estas consideraciones, en el presente caso, la relación jurídica procesal constitucional queda plenamente establecida entre demandante y demandada, más aún si la pretensión está dirigida a la tutela objetiva de derechos fundamentales, correspondiendo, por lo tanto, entrar a decidir sobre el fondo del asunto.

2. La resolución que se alega como vulneratoria de derechos, y que da origen al presente proceso de amparo, fue expedida por el Quincuagésimo Segundo Juzgado "A" Civil Corporativo de Lima, en los seguidos por la Asociación de Trabajadores Renunciantes del IPSS con el Instituto Peruano de Seguridad Social, sobre pago de reintegros y remuneraciones insolutas, proceso en el cual, se dispuso trabar embargo sobre las cuentas de propiedad de la demandada.

3. Ejecutada la medida de embargo sobre una cuenta que poseía el IPSS en una entidad bancaria, el dinero fue depositado en el Banco de la Nación, el cual, como consecuencia de dicho acto procesal, adquirió la condición de depositario. El Juzgado, posteriormente, en cumplimiento de una resolución de la Corte Suprema de la República, dispuso la devolución del dinero objeto del depósito, notificando al Banco de la Nación para que procediera conforme a lo resuelto por dicho órgano jurisdiccional.

4. Es en esta etapa del referido proceso en que se involucra al Banco de la Nación, que, como depositario, no es parte de la relación jurídico procesal establecida originalmente entre ATRIPPS - IPSS. En efecto, el juzgado dispuso, a pedido del IPSS y en mérito de la resolución de fecha 28 de diciembre de 2001, cuestionada en este proceso de amparo, no sólo la restitución de los fondos embargados, sino también el pago de los intereses que considera se han devengado en su favor. La resolución aludida no es consecuencia de la sentencia dictada en tales autos, razón por la cual el Banco de la Nación ha impugnado la obligación de pago que se le exige.

5. Este Colegiado considera que la obligación de pago de intereses exigido por el IPSS, actualmente ESSALUD, debe ser necesariamente materia de un proceso en el que sea debidamente emplazado el Banco de la Nación y en el que se determine, mediante sentencia firme, la procedencia de dicha obligación.

6. Uno de los derechos constitucionales que forman parte del debido proceso es el derecho de defensa, reconocido en el inciso 14) del artículo 139° de la Constitución. El Tribunal ha declarado que "El debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deban aplicarse a todos los casos y procedimientos existentes en el Derecho" (STC 071-2002-AA/TC), y que "Por virtud de él se garantiza que las personas, en la determinación de sus Derechos y Obligaciones cualquiera [que] sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral etc.), no queden en estado de indefensión" (STC 1230-2002-AA/TC). Dicho derecho garantiza, entre otras cosas, que las personas que intervienen en un proceso tengan la posibilidad de poder presentar las pruebas necesarias para acreditar los hechos que sirven de base a su pretensión.

7. Marcial Rubio Correa comenta que "Para el Tribunal Constitucional el debido proceso, por consiguiente, incluye todas las normas constitucionales de forma y de fondo aplicables, así como las principales disposiciones de legislación de jerarquía inferior que contribuyen a garantizar la aplicación de los derechos constitucionales. No es un concepto restrictivo sino extensivo." ("La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional", PUCP, Fondo Editorial, pag. 315).

8. En ese sentido, este Tribunal estima que se ha producido una violación del derecho de defensa.

9. Esta sentencia constituye precedente vinculante respecto de los fundamentos 1, 5 y 6, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo; en consecuencia, nula la resolución N.º 581, de fecha 28

de diciembre de 2001, y nulo todo lo actuado respecto a la liquidación y pago de intereses a cargo del Banco de la Nación, dejando a salvo el derecho que pueda corresponder a EsSalud para que lo haga valer conforme a ley.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LATIRIGOYEN
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA**

**EXP.N.º1150-2004-AA/TC
LIMA**

BANCO DE LA NACIÓN

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MAGDIEL GONZALES OJEDA

Coincido con el sentido del fallo. Sin embargo, debo precisar que si bien es necesaria la existencia de un proceso de conocimiento o incidental para determinar de modo fehaciente el monto concreto que debe restituir el Banco de la Nación al Seguro Social de ESSALUD (Ex IPSS), en caso de que el resultado de dicho proceso resulte contrario a los alegatos planteados por el referido banco, existiría una grave negligencia por parte de determinados funcionarios públicos de dicha entidad, al haber permitido que por efectos del paso de tiempo y de la aplicación de los intereses correspondientes, la suma de restitución respectiva aumente considerablemente con el consecuente perjuicio para los activos de una entidad estatal que maneja fondos de todos los peruanos.

La Constitución Política, en su artículo 41º, regula las especiales obligaciones de los funcionarios y servidores públicos que administran o manejan fondos del Estado, reservando a la ley la previsión de las concretas responsabilidades de dichos funcionarios, las que incluso, atendiendo a la gravedad de los hechos, pueden revestir alcances penales.

En tal sentido, en caso de que en el proceso que tendrá lugar como consecuencia de la expedición de la presente sentencia se determinen responsabilidades concretas de funcionarios públicos de la entidad bancaria recurrente, deberán aplicarse las sanciones administrativas y/o penales que por ley correspondan.

S.

GONZALES OJEDA

Exp. N° 2616-2004-AC/TC, [Proceso de Cumplimiento promovido por Amado Nelson Santillán Tuesta. Se establecen criterios para la aplicación del Decreto Supremo N° 019-94-PCM y el Decreto de Urgencia N° 037-94].

Fecha de Resolución: 12 de setiembre de 2005

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 10 de octubre de 2005

Resumen: El Tribunal Constitucional acuerda apartarse de los precedentes emitidos con anterioridad y unificar los criterios respecto a los servidores públicos comprendidos en el Decreto Supremo N° 019-94-PCM y Decreto de Urgencia N° 037-94, en concordancia con las escalas señaladas en el Decreto Supremo N° 051-91-PCM.

Así concluye que "(...) la bonificación del Decreto de Urgencia N° 037-94 corresponde que se otorgue a los servidores públicos ubicados en los grupos ocupacionales de los técnicos y auxiliares, distintos del Sector Salud, en razón de que los servidores administrativos de dicho sector se encuentran escalafonados y pertenecen a una escala distinta, como es la Escala N° 10. (...). En el caso de los servidores administrativos del sector Educación, así como de otros sectores que no sean del sector Salud, que se encuentren en los grupos ocupacionales de técnicos y auxiliares de la Escala N°s 8 y 9 del Decreto Supremo N° 051-91-PCM, por no pertenecer a una escala diferenciada, les corresponde que se les otorgue la bonificación especial del Decreto de Urgencia N° 037-94, por ser económicamente más beneficiosa, pues la exclusión de estos servidores conllevaría un trato discriminatorio respecto de los demás servidores del Estado que se encuentran en el mismo nivel remunerativo y ocupacional y que perciben la bonificación otorgada mediante el Decreto de Urgencia N° 037-94" (FFJJ. 12 y 13).

Temas Claves: Bonificación especial - escalas remunerativas en el sector público.

EXP. N.º 2616-2004-AC /TC
AMAZONAS

AMADO NELSON
SANTILLAN TUESTA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de setiembre de 2005, el pleno del Tribunal Constitucional, con asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Amado Nelson Santillán Tuesta contra la sentencia de la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, de fojas 120, su fecha 14 de junio de 2004, que declara infundada la acción de cumplimiento de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 5 de enero de 2004, el recurrente interpone acción de cumplimiento contra el Director Regional de

Educación del Consejo Transitorio de Administración Regional de Amazonas, solicitando el cumplimiento de la Resolución de Gerencia General Regional N.º 118-2003-GGR, de fecha 8 de setiembre de 2003, mediante la cual se establecen los criterios de aplicación y ejecución del pago de la bonificación dispuesta por el Decreto de Urgencia N.º 037-94.

La Dirección Regional de Educación de Amazonas y el Procurador Público del Gobierno Regional de Amazonas contestan la demanda en forma individual, alegando que el demandante ha venido percibiendo los aumentos del Decreto Supremo N.º 019-94-PCM, y que, de conformidad con el artículo 7º, inciso d), del Decreto de Urgencia N.º 037-94, no le corresponde la bonificación prevista en el citado decreto de urgencia.

El Juzgado Mixto de Chachapoyas, con fecha 26 de enero de 2004, declara fundada la demanda, por considerar que la resolución cuyo cumplimiento se solicita, ha quedado firme, conservando su eficacia al no haberse declarado su invalidez en un proceso contencioso-administrativo.

La recurrida, revocando la apelada, declara infundada la demanda argumentando que al demandante no le

corresponde la bonificación concedida por el Decreto de Urgencia N.º 037-94, toda vez que su artículo 7º, inciso d), excluye a los servidores que vienen percibiendo la bonificación establecida por el Decreto Supremo N.º 019-94-PCM.

FUNDAMENTOS

1. La demanda tiene por objeto que se otorgue la bonificación prevista en el Decreto de Urgencia 037-94. Este Tribunal ha venido pronunciándose al respecto, teniendo en cuenta diversos criterios que en función de cada caso concreto, sin embargo, han creado confusión, tanto a los operadores de justicia como a los justiciables; por lo tanto, es conveniente unificar las consideraciones y emitir un pronunciamiento que permita esclarecer el tema.

& Criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional en relación con el Decreto de Urgencia 037-94

2. En un momento, el Tribunal Constitucional consideró que el Decreto de Urgencia 037-94 no podía ser aplicado a ningún servidor administrativo activo o cesante que ya percibía el aumento señalado en el Decreto Supremo N.º 019-94-PCM, conforme lo establece el propio Decreto de Urgencia N.º 037-94, en su artículo 7º, tal como se expuso en la sentencia recaída en el expediente N.º 3654-2004-AA/TC.

3. Posteriormente, el Tribunal estimó que sólo debían ser favorecidos con la bonificación del Decreto de Urgencia N.º 037-94 aquellos servidores que hubieran alcanzado el nivel directivo o jefatural de la Escala N.º 11 del Decreto Supremo N.º 051-91-PCM, puesto que esta era la condición de la propia norma para no colisionar con la bonificación dispuesta por el Decreto Supremo N.º 019-94-PCM, criterio establecido en la sentencia recaída en el expediente N.º 3149-2003-AA/TC.

4. El último criterio responde a una interpretación más favorable al trabajador, pues se estimó que debido a que los montos de la bonificación del Decreto de Urgencia N.º 037-94 son superiores a los fijados por el Decreto Supremo N.º 019-94-PCM, correspondía que sea la bonificación mayor y más beneficiosa la que se otorgue a todos los servidores públicos, incluyéndose a aquellos que venían percibiendo la bonificación del Decreto Supremo N.º 019-94-PCM, disponiéndose al efecto que se proceda a descontar el monto otorgado por la aplicación de la norma mencionada, tal como se ordenó en la sentencia N.º 3542-2004-AA/TC.

& Ámbito de aplicación del Decreto Supremo N.º 019-94-PCM y del Decreto de Urgencia N.º 037-94

5. El Decreto Supremo N.º 019-94-PCM, publicado el 30 de marzo de 1994, en su artículo 1º, establece "(...) que a partir del 1 de abril de 1994 se otorgará una bonificación especial a los profesionales de la salud y docentes de la carrera del Magisterio Nacional de la Administración Pública, así como a los trabajadores asistenciales y administrativos de los Ministerios de Salud y Educación

y sus Instituciones Públicas Descentralizadas, Sociedades de Beneficencia Pública, Unión de Obras de Asistencia Social y de los Programas de Salud y Educación de los Gobiernos Regionales".

6. El Decreto de Urgencia N.º. 037-94, publicado el 21 de julio de 1994, en su artículo 2º, dispone que "(...) a partir del 1 de julio de 1994, se otorgará una bonificación especial a los servidores de la Administración Pública ubicados en los niveles F-2, F-1, profesionales, técnicos y auxiliares, así como al personal comprendido en la Escala N.º 11 del Decreto Supremo N.º 051-91-PCM que desempeña cargos directivos o jefaturales, de conformidad con los montos señalados en el anexo que forma parte del presente Decreto de Urgencia (...)".

7. Por su parte, el Decreto Supremo N.º 051-91-PCM, publicado el 6 de marzo de 1991, regula en forma transitoria las normas reglamentarias orientadas a determinar los niveles remunerativos de los funcionarios, directivos, servidores y pensionistas del Estado en el marco del Proceso de Homologación, Carrera Pública y Sistema Único de las Remuneraciones y Bonificaciones.

8. Con el propósito de realizar una interpretación conforme el artículo 39º de la Constitución Política del Perú de la aplicación del Decreto Supremo N.º 019-94-PCM y del Decreto de Urgencia N.º 037-94, es necesario concordarlo con el Decreto Supremo N.º 051-91-PCM, dispositivo al que se remite el mismo decreto de urgencia. En ese sentido, cuando el Decreto de Urgencia N.º 037-94 otorga una bonificación a los servidores de la Administración Pública ubicados en los niveles F-2, F-1, profesionales, técnicos y auxiliares, no se refiere a los grupos ocupacionales determinados en el Decreto Legislativo N.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, sino que hace referencia a las categorías remunerativas-escalas, previstas en el Decreto Supremo N.º 051-91-PCM. Así, el decreto supremo referido determina los siguientes niveles remunerativos:

- Escala 1: Funcionarios y directivos
- Escala 2: Magistrados del Poder Judicial
- Escala 3: Diplomáticos
- Escala 4: Docentes universitarios
- Escala 5: Profesorado
- Escala 6: Profesionales de la Salud
- Escala 7: Profesionales
- Escala 8: Técnicos
- Escala 9: Auxiliares
- Escala 10: Escalafonados, administrativos del Sector Salud
- Escala 11: Personal comprendido en el Decreto Supremo N.º 032.1-91-PCM

& Servidores públicos comprendidos en el Decreto Supremo N.º 019-94-PCM y Decreto de Urgencia N.º 037-94, en concordancia con las escalas señaladas en el Decreto Supremo N.º 051-91-PCM

9. Habiéndose realizado el análisis de cada una de las normas legales pertinentes y elaborado la tabla comparativa de las escalas remunerativas, se llega a establecer que se encuentran comprendidos en los alcances del Decreto Supremo N.º 019-94-PCM aquellos servidores públicos:

- a) Que se encuentren ubicados en la Escala Remunerativa N.º 4, esto es, los docentes universitarios.
- b) Que se encuentren en la Escala Remunerativa N.º 5, esto es, el profesorado.
- c) Que se encuentren comprendidos en la Escala Remunerativa N.º 6, esto es, los profesionales de Salud.
- d) Que se encuentren comprendidos en la Escala Remunerativa N.º 10, esto es, los escalafonados del Sector Salud.
- e) Que sean trabajadores asistenciales y administrativos ubicados en la escalas remunerativas N.ºs 8 y 9, es decir, los técnicos y auxiliares que presten sus servicios en los ministerios de Salud y Educación y sus instituciones públicas descentralizadas, sociedades de Beneficencia Pública, Unión de Obras de Asistencia Social y de los programas de Salud y Educación de los Gobiernos Regionales.

10. En virtud del Decreto de Urgencia N.º 037-94, corresponde el otorgamiento de la bonificación especial a los servidores públicos:

- a) Que se encuentren en los niveles remunerativos F-1 y F-2 en la Escala N.º 1.
- b) Que ocupen el nivel remunerativo incluido en la categoría del grupo ocupacional de los profesionales, es decir, los comprendidos en la Escala N.º 7.
- c) Que ocupen el nivel remunerativo incluido en la categoría del grupo ocupacional de los técnicos, es decir, los comprendidos en la Escala N.º 8.
- d) Que ocupen el nivel remunerativo incluido en la categoría del grupo ocupacional de los auxiliares, es decir, los comprendidos en la Escala N.º 9.
- e) Que ocupen el nivel remunerativo en la Escala N.º 11, siempre que desempeñen cargos directivos o jefaturales del nivel F-3 a F-8, según anexo del Decreto de Urgencia N.º 037-94.

11. No se encuentran comprendidos en el ámbito de aplicación del Decreto de Urgencia N.º 037-94, los servidores públicos que regulan su relación laboral por sus respectivas leyes de carrera y tienen sus propias escalas remunerativas, que son los ubicados en:

- a) La Escala N.º 2: Magistrados del Poder Judicial;
- b) La Escala N.º 3: Diplomáticos;

- c) La Escala N.º 4: Docentes universitarios;
- d) La Escala N.º 5: Profesorado;
- e) La Escala N.º 6: Profesionales de la Salud, y
- f) La Escala N.º 10 Escalafonados, administrativos del Sector Salud

12. Del análisis de las normas mencionadas se desprende que la bonificación del Decreto de Urgencia N.º 037-94 corresponde que se otorgue a los servidores públicos ubicados en los grupos ocupacionales de los técnicos y auxiliares, distintos del Sector Salud, en razón de que los servidores administrativos de dicho sector se encuentran escalafonados y pertenecen a una escala distinta, como es la Escala N.º 10. Cabe señalar que a los servidores administrativos del sector Salud, desde el inicio del proceso de aplicación del Sistema Único de Remuneraciones, Bonificaciones y Pensiones de los Servidores del Estado, se les estableció una escala diferenciada.

13. En el caso de los servidores administrativos del sector Educación, así como de otros sectores que no sean del sector Salud, que se encuentren en los grupos ocupacionales de técnicos y auxiliares de la Escala N.ºs 8 y 9 del Decreto Supremo N.º 051-91-PCM, por no pertenecer a una escala diferenciada, les corresponde que se les otorgue la bonificación especial del Decreto de Urgencia N.º 037-94, por ser económicamente más beneficiosa, pues la exclusión de estos servidores conllevaría un trato discriminatorio respecto de los demás servidores del Estado que se encuentran en el mismo nivel remunerativo y ocupacional y que perciben la bonificación otorgada mediante el Decreto de Urgencia N.º 037-94.

14. El Tribunal Constitucional, en sesión de pleno jurisdiccional, por las consideraciones de hecho y de derecho antes expuestas, y en mérito de lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, acuerda apartarse de los precedentes emitidos con anterioridad respecto al tema *sub examine*, y dispone que los fundamentos de la presente sentencia son de observancia obligatoria.

15. En el presente caso, de autos se acredita que mediante el artículo 1º de la Resolución de Gerencia General Regional N.º 118-2003-GOBIERNO REGIONAL AMAZONAS /GGR, de fojas 17, se estableció la validez de las resoluciones de la Dirección Regional Sectorial N.ºs 0646 y 0835-2001-CTAR-AMAZONAS/ED, de fojas 21 y 22, mediante las cuales se otorgó al recurrente la bonificación especial prevista en el Decreto de Urgencia N.º 037-94, con deducción de lo percibido por concepto de la bonificación otorgada por el Decreto Supremo N.º 019-94-PCM. Siendo así, la resolución cuyo cumplimiento se solicita, contiene derechos reconocidos a favor del demandante, y tiene la calidad de cosa decidida al haber quedado consentida, resultando, por ende, de cumplimiento obligatorio.

16. El demandante acredita haber cesado en el cargo de Técnico de Personal II, con el nivel de administrativo VIII, Servidor Técnico A; es decir, que pertenece al Escalafón N.º 8, establecido por el Decreto Supremo N.º 051-91-PCM; consecuentemente, se encuentra entre los servidores comprendidos en el Decreto de Urgencia N.º 037-94, y, por ello, procede que se le otorgue dicha bonificación con la deducción de los montos que se le hayan otorgado en virtud del Decreto Supremo N.º 019-94-PCM.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda.
2. Ordena que la Dirección Regional de Educación del Gobierno Regional de Amazonas cumpla con la Resolución de Gerencia General Regional N.º 118-2003-GOBIERNO REGIONAL AMAZONAS/GGR,

abonando al demandante la bonificación especial prevista en el Decreto de Urgencia N.º 037-94, con deducción de lo percibido por concepto de la bonificación otorgada por el Decreto Supremo N.º 019-94-PCM.

3. Ordena que los operadores judiciales cumplan con lo dispuesto en el fundamento 14 supra, y que tengan en consideración que a los servidores y cesantes que corresponde la bonificación dispuesta en el Decreto de Urgencia N.º 037-94 son los mencionados en el fundamento 10 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍATOMA
VERGARA GOTELLI

Exp. N° 3760-2004-AA/TC [Proceso de Amparo promovido por Gastón Ortiz Acha. Sobre inhabilitación política para el ejercicio de la función pública].

Fecha de Resolución: 18 de febrero de 2005

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 18 de febrero de 2005

Resumen: El Tribunal Constitucional dispone que don Alberto Fujimori Fujimori no podrá participar en elecciones mientras dure su inhabilitación dispuesta por la Resolución Legislativa N° 018- 2000-CR, que lo inhabilita por 10 años para el ejercicio de toda función pública; en consecuencia, no podrá "postular", "concurrar" y en general "acceder a cualquier cargo o función pública" durante el período a que se refiere la resolución legislativa antes mencionada.

Así lo dispone la Sentencia recaída en el Expediente N° 3760-2004-AA/TC, publicada el 18 de febrero de 2005, que resolvió la demanda de amparo formulada por don Gastón Ortiz Acha en favor del ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori. En esta sentencia se aprecia que, como es de conocimiento público, el Pleno del Congreso, con el informe de la Comisión Investigadora, y conforme a los mandatos de los artículos 99° y 100° de la Constitución y el artículo 89° del Reglamento del Congreso, aprobó la inhabilitación política del ex mandatario.

El demandante alegó que don Alberto Fujimori no podía ser pasible de sanción, toda vez que al momento de ser sancionado ya no contaba con la calidad de Presidente de la República puesto que se había declarado su vacancia.

Al respecto, el Tribunal Constitucional consideró que si bien es requisito indispensable para aplicar la sanción de inhabilitación ser funcionario público, tal como lo señala la Constitución, esto no implica, necesariamente, que el funcionario acusado deba encontrarse en ejercicio sino que los delitos de función y la infracción constitucional que son materia de acusación se hayan registrado cuando ocupaba el cargo público.

Dentro del ámbito temporal el Congreso puede inhabilitar al funcionario público hasta por 10 años, lo cual implica que tiene capacidad discrecional para definir el tiempo durante el cual el funcionario quedará inhabilitado para ejercer sus derechos políticos.

Para el Tribunal Constitucional "(...) esta limitación en el ejercicio de toda función pública no afecta al contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho, porque su imposición es razonable y proporcional al daño constitucional cometido. Atribución que el poder constituyente le otorga al Congreso de la República en la Constitución Política, en tanto que él ocupa, dentro del ordenamiento constitucional, una función de tutela de los principios y valores democráticos" (F.J. 21).

Finalmente, el Tribunal ordenó poner la sentencia en conocimiento de los Poderes Legislativo y Judicial así como también del Jurado Nacional de Elecciones para los efectos de ley; recordando que de acuerdo al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, la sentencia tiene efectos vinculantes para todos los poderes y organismos públicos.

Temas Claves: Acusación constitucional - derechos políticos - inhabilitación política.

EXP. N.º 3760-2004-AA/TC

LIMA

GASTON ORTIZ ACHA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Ica, a los 18 días del mes de febrero de 2005, el Pleno del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Gastón Ortiz Acha contra la resolución de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 43, su fecha 24 de junio de 2004, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 2 de febrero de 2004, el recurrente interpone acción de amparo en favor de Alberto Fujimori Fujimori y la dirige contra el Congreso de la República. Refiere que la Resolución Legislativa N.º 018-2000-CR de fecha 23 de febrero de 2001, mediante la cual se inhabilita a Alberto Fujimori Fujimori para ejercer funciones públicas por un período de diez años, resulta atentatoria a los derechos fundamentales de participar en la vida pública de la Nación, de elegir y ser elegido y de la presunción de inocencia. Señala, también, que según el artículo 33º de la Constitución el ejercicio de la ciudadanía sólo puede suspenderse mediante sentencia judicial condenatoria con inhabilitación de derechos políticos.

Alega que la referida resolución carece de sustento jurídico, toda vez que mediante Resolución Legislativa N.º 0-009-2000-CR de fecha 21 de noviembre de 2000 se declaró la vacancia de la Presidencia de la República, por lo que no le era aplicable la inhabilitación, pues según lo dispuesto en el artículo 100º de la Constitución, dicha sanción se aplica a determinados funcionarios señalados en el artículo 99º de la Constitución, entre los cuales encuentra el Presidente de la República. Sin embargo, señala que al momento de ser sancionado, Fujimori ya no contaba con dicha condición, al haber sido vacado de la presidencia de la República.

El 44º Juzgado Civil de Lima, con fecha 3 de febrero de 2004 declaró improcedente la acción de amparo por considerar que ha operado el plazo de 60 días hábiles para accionar, previsto en el artículo 37º de la Ley N.º 23506.

La recurrida confirmó la apelada por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

1. Legitimidad del tercero demandante

1. La presente demanda no ha sido interpuesta por

el presunto afectado. El demandante, valiéndose de lo dispuesto en el artículo 26º de la Ley N.º 23506 que permite la interposición de la acción de amparo por un tercero sin necesidad de poder expreso en caso de que el presunto afectado se encuentre en imposibilidad física de accionar, ha entablado el presente proceso de amparo en favor de Alberto Fujimori Fujimori.

2. Si bien es cierto que el presunto afectado se encuentra prófugo de la justicia del país, lo que habilita la interposición de la acción de amparo por terceras personas sin la exigencia de un poder expreso para ello, es necesario señalar que la ausencia del presunto afectado se debe única y exclusivamente a su voluntad, no existiendo, como ciudadano, impedimento legal alguno para que retorne al Perú; por el contrario, existe el requerimiento judicial y congresal para que se apersona al país para cumplir con sus obligaciones constitucionales y legales.

2. La acusación constitucional contra el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori

3. Como se recordará, el ex Presidente de la República, con fecha 13 de noviembre del año 2000 partió rumbo a Brunei y Panamá, para participar en la Cumbre de Líderes del Foro de Cooperación Asia Pacífico (APEC) y en la Décima Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado, respectivamente.

Ello, además de ser un asunto de público conocimiento, consta en la Resolución Suprema N.º 509-2000-PCM, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 14 de noviembre del año 2000, mediante la cual se resolvió encargar el despacho de la Presidencia de la República al Vicepresidente entre los días 13 y 18 de noviembre de 2000.

Al llegar al continente asiático canceló su participación en la cumbre de Jefes de Estado a celebrarse en Panamá y se dirigió al Japón, desde el cual, con fecha 19 de noviembre, remitió su renuncia a la Presidencia de la República mediante correo electrónico.

4. Ante estos hechos, doce congresistas de la República presentaron, el 30 de noviembre de 2000, una denuncia contra el ex Presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori, por infracción de los artículos 38º y 118º inciso 1) de la Constitución e incumplimiento de la Ley N.º 26656 y la Resolución Legislativa 27355.

Asimismo, el congresista Henry Pease García, el 18 de enero de 2001, interpuso, también, denuncia constitucional contra el referido ex Presidente de la República por infracción a los artículos 45º y 97º de la Constitución del Estado y la comisión de los delitos de usurpación de funciones, abandono del cargo. Dichas denuncias fueron acumuladas en un solo proceso.

5. En el proceso constitucional se estableció que el ex Presidente, don Alberto Fujimori Fujimori, el día 11 de noviembre de 2000 salió del país con destino a Brunei, para participar en la Cumbre de Líderes del Foro de

Cooperación Económica Asia Pacífico, la cual se realizaría entre el 15 y 16 de noviembre. Luego tendría que dirigirse a Panamá para participar en la Décima Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado. A esta reunión nunca llegó.

6. El ex Presidente, luego de realizar algunas escalas no autorizadas ni explicadas, arribó a Brunei el día 15 de noviembre y abandonó dicho país al día siguiente, antes que finalizara el Foro y luego se dirigió a Tokio, Japón, donde permanece hasta la fecha. Desde allí el 19 de noviembre de 2000 dio a conocer al Perú su decisión de renunciar al cargo de Presidente de la República.

7. Comprobados los hechos de Alberto Fujimori Fujimori, tanto de su viaje ilegal al Japón así como la decisión de no regresar al Perú –que se confirma hasta la fecha–, y el abandono del cargo de Presidente de la República desde dicho país oriental, la Comisión Investigadora del Congreso concluyó que el ex Presidente incurrió en infracción de la Constitución en sus artículos 38° y 118° y en la comisión de delitos tipificados en los artículos 377° y 380° del Código.

8. El Pleno del Congreso de la República, con el informe de la Comisión Investigadora y conforme a los mandatos de los artículos 99° y 100° de la Constitución y el artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República aprobó la Resolución Legislativa N° 018-2000-CR, de fecha 23 de febrero de 2001, inhabilitando a don Alberto Fujimori Fujimori, ex Presidente de la República, para el ejercicio de toda función pública por diez años.

A este respecto, el Tribunal Constitucional considera que mientras no sea derogada por el Congreso, o declarada la inconstitucionalidad de dicha Resolución Legislativa, ésta produce plenos efectos.

3. Sobre la petición del accionante

9. En cuanto al fondo del asunto, el accionante fundamenta su pretensión alegando que el beneficiario de la presente acción no podía ser pasible de la sanción de inhabilitación por cuanto al momento de ser sancionado ya no contaba con la calidad de Presidente de la República, toda vez que mediante la Resolución Legislativa N.º 0-009-2000-CR ya se había declarado la vacancia de la Presidencia de la República y, en consecuencia, no podía ser pasible de inhabilitación.

10. Este Colegiado considera que, si bien es cierto constituye un requisito indispensable para ser pasible de la sanción de inhabilitación, prevista en el artículo 100° de la Constitución, el ser uno de los funcionarios previstos en el artículo 99° de la Constitución, ello no implica, necesariamente, que el funcionario acusado deba encontrarse en ejercicio de sus funciones, sino que los delitos de función y la infracción constitucional que son materia de acusación hayan tenido lugar con ocasión de haber ocupado el cargo público.

Ello es aún más evidente en el caso del Presidente de la República, pues, de acuerdo con el artículo 117° de la Constitución, el Presidente de la República sólo puede ser

acusado, durante su mandato, por traición a la patria, por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales, por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134° de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral.

Por tanto, las acusaciones que se fundamentan en la comisión de otros delitos e infracciones constitucionales tendrán lugar, evidentemente, una vez que el Presidente de la República ha concluido su mandato constitucional o cuando se declara la vacancia de la Presidencia de la República de acuerdo con el artículo 113° de la Constitución Política.

11. El ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori tiene la calidad de inculcado en numerosos procesos penales y se ha solicitado, en alguno de ellos, su extradición judicial. Debe retornar al Perú no sólo para ejercitar su defensa, con las garantías del debido proceso y la tutela jurisdiccional que le concede el Estado Democrático y Social de Derecho, en el que hay separación de poderes, sino para ratificar la demanda de amparo materia de este proceso.

4. La Resolución Legislativa N.º 018-2000-CR: Régimen constitucional y reglamentario

12. Una de las funciones esenciales de los Parlamentos contemporáneos es la función de control político. Para ello, el Congreso de la República cuenta con diversos mecanismos que le permiten realizar dicho control. Precisamente, uno de esos instrumentos es el juicio político, el cual está previsto en el artículo 100° de la Constitución Política de 1993.

13. En efecto, el artículo 100° establece que “Corresponde al Congreso de la República, sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad”.

14. Del mismo modo, el artículo 89° del Reglamento de Congreso de la República desarrolla el procedimiento para realizar el juicio político, pudiendo el Pleno del Congreso de la República acordar la sanción de “suspensión, inhabilitación o destitución por infracción constitucional”.

5. Contenido de la inhabilitación política

15. Tanto del artículo 100° de la Constitución como del artículo 89° del Reglamento del Congreso se infiere que el Congreso de la República puede imponer, luego de realizado el procedimiento de acusación constitucional, sanciones políticas que pueden manifestarse de tres formas: 1) la *suspensión*, 2) la *inhabilitación* o 3) la *destitución* del funcionario público.

16. En lo que respecta al presente informe, es del caso señalar que corresponde analizar, propiamente, el contenido de la sanción de *inhabilitación política* que

impone el Congreso a un funcionario público. En este sentido es del caso analizar cuál es el contenido de esta sanción y cuáles son sus alcances.

17. En principio cabe señalar que la *inhabilitación política* es una sanción política discrecional pero sujeta a criterios de razonabilidad constitucional, que impone el Congreso de la República. Esto lo hace distinta, precisamente por su naturaleza, a la *inhabilitación penal* (prevista en el artículo 36° del Código Penal) y a la *inhabilitación administrativa* (según establece el artículo 30 de la Ley de la Carrera Administrativa, el artículo 159° de su Reglamento y la Ley Marco del Empleo Público), las cuales son de carácter estrictamente jurídicos.

18. En tal sentido la inhabilitación política es una sanción política que impone el Congreso de la República a los más altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99° de la Constitución por infracción a la Constitución y por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, los mismos que sólo comportan una restricción en el ejercicio de los derechos políticos del funcionario que sea sancionado.

6. Alcances y efectos de la inhabilitación política

19. La inhabilitación política despliega sus efectos sobre los derechos políticos que son aquellos mediante los cuales los ciudadanos participan en la formación y dirección de las actividades del Estado; son, por tanto, derechos que permiten a los ciudadanos participar en la vida política y pública.

20. Ahora bien, la inhabilitación política incide sobre estos derechos en dos ámbitos: material y temporal. En el aspecto sustantivo, los efectos de la inhabilitación impiden al funcionario público sancionado ejercer el derecho de sufragio (elegir y ser elegido), el derecho de participación y el derecho a fundar, organizar, pertenecer o representar a una organización o partido político, movimiento o alianza.

21. Dentro del ámbito temporal, el Congreso de la República puede inhabilitar al funcionario público "hasta por diez años" (artículo 100° de la Constitución), lo cual implica que el Congreso tiene discrecionalidad, dentro de los límites que establece la Constitución y el Reglamento del Congreso, para definir el tiempo durante el cual el funcionario quedará inhabilitado para ejercer sus derechos políticos.

Para el Tribunal Constitucional, esta limitación en el ejercicio de toda función pública no afecta al contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho, porque su imposición es razonable y proporcional al daño constitucional cometido. Atribución que el poder constituyente le otorga al Congreso de la República en la Constitución Política, en tanto que él ocupa, dentro del ordenamiento constitucional, una función de tutela de los principios y valores democráticos.

22. La Resolución Legislativa N.º 018-2000-CR dispone una inhabilitación del ex Presidente de la República, don

Alberto Fujimori Fujimori, por el tiempo de diez años, para el ejercicio de "toda función pública", y restringe, por ese lapso, el ejercicio de su derecho de acceso a los cargos públicos. Tal restricción ha de operar tanto por lo que se refiere al acceso a los cargos públicos derivados de elección, como al de acceso mediante concurso público o de designación; en consecuencia, se encuentra inhabilitado para postular, concursar y en general acceder a cualquier cargo o función pública durante el período a que se refiere la resolución legislativa ya referida.

7. Control jurisdiccional de la sanción de inhabilitación política

23. Dentro del marco del principio de división de poderes se garantiza la independencia y autonomía de los órganos del Estado. Ello, sin embargo, no significa en modo alguno que dichos órganos actúan de manera aislada y como compartimentos estancos; si no que exige también el control y balance (*check and balance*) entre los órganos del Estado.

24. En tal sentido, la facultad de imponer sanciones políticas por parte del Congreso es una facultad privativa y discrecional de él; pero, tal discrecionalidad es posible sólo dentro de los límites que se derivan de la propia Constitución y del principio de razonabilidad y proporcionalidad.

25. De ahí que, como ningún poder constituido esta por encima del poder constituyente que se expresa jurídicamente en la Constitución, sea posible el control jurisdiccional de los actos que realiza el Parlamento para imponer sanciones, cuando de ellos devenga una afectación al debido proceso parlamentario y la violación de los derechos fundamentales.

26. Si bien este Tribunal mediante sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad N.º 006-2003-AI/TC ha hecho precisiones sobre el sentido de los artículos 99° y 100° de la Constitución, referidos al antejuicio y al juicio político, no es posible extender tales criterios a supuestos acaecidos antes de la referida sentencia.

27. En efecto, mediante Resolución aclaratoria de fecha 9 de diciembre de 2003 este Tribunal precisó que no es posible deducir que la aplicación en el pasado de los artículos 99° y 100° de la Constitución en un sentido distinto a los criterios expuestos en la referida sentencia, sea inconstitucional, puesto que dicha aplicación, *strictu sensu*, no era contraria a ninguna de las disposiciones constitucionales.

Tal como lo señaló este Tribunal "Lo que ocurre es que por virtud de la sentencia, debe entenderse que se ha operado una mutación constitucional en la interpretación de los artículos 99° y 100° de la Constitución, quedando en el futuro proscrita su aplicación en un sentido distinto del que surge de la sentencia, bajo sanción de reputarse inconstitucional". Asimismo, tal como lo señala este Tribunal en la referida resolución "(...) la sentencia materia de la presente resolución, no puede deducirse efecto retroactivo de ningún orden, puesto que en la

misma no se ha declarado la inconstitucionalidad de norma legal alguna”.

28. Esta sentencia tiene efectos jurídicos vinculantes para todos los poderes y organismos públicos, de acuerdo al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar infundada la acción de amparo de autos.

2. Forman parte del fallo los fundamentos N.ºs 8, 21 y 22.

3. Poner esta sentencia en conocimiento de los Poderes Legislativo y Judicial y del Jurado Nacional de Elecciones, para los efectos de ley.

SS

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

Exp. N° 3771-2004-HC/TC [Proceso de Hábeas Corpus promovido por Miguel Ángel Cornelio Sánchez Calderón. Se establecen criterios para evaluar el plazo razonable de la detención judicial preventiva].

Fecha de Resolución: 29 de diciembre de 2004

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 02 de febrero de 2005

Resumen: El 2 de febrero del 2005 el Tribunal Constitucional publicó la sentencia recaída en el Expediente N° 3771-2004-HC/TC en la cual declaró infundada la demanda de hábeas corpus, estimando que dada la naturaleza del delito de terrorismo por el que venía siendo procesado el accionante el plazo máximo de detención no había sido sobrepasado.

El caso planteó el problema de la razonabilidad del plazo de detención judicial preventiva, aspecto que precisamente se encuentra directamente relacionado con la duración del proceso penal principal. Al respecto, el Tribunal Constitucional sostuvo que como viene ocurriendo reiteradamente en el panorama judicial nacional, el hecho de que no se decrete la libertad inmediata de un procesado tras la culminación del plazo máximo de detención so pretexto de un equivocado concepto de la tramitación procesal, vulnera las previsiones jurídicas que garantizan un debido proceso, en especial el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Asimismo, se hizo hincapié en que esta deficiente práctica judicial debe ser totalmente erradicada por cuanto genera un injustificado retardo en la administración de justicia que no se encuentra en consonancia con la misión que le está confiada al Poder Judicial, la que no se agota en el aseguramiento de la legalidad formal, sino que la trasciende en tanto se afina en la observancia de los principios inherentes a la mejor y más correcta administración de justicia, siendo uno de ellos -contrario a la inaceptable morosidad judicial- que la decisión final sea dictada en tiempo útil y razonable.

En este contexto, el Tribunal Constitucional consideró que frente a la endémica morosidad que caracteriza a buena parte de los jueces y superiores tribunales de justicia nacionales y el abuso de jurisdicción que ello podría suponer, no se puede seguir apelando al consabido sentido de responsabilidad de los magistrados del Poder Judicial, sino que deben ser pasibles de la responsabilidad penal que les corresponda por sus conductas jurisdiccionales inadecuadas que propicien el retardo judicial.

Asimismo, puso de relieve que si bien la excesiva sobrecarga que padecen la mayoría de los tribunales puede excusar la mora en las decisiones judiciales, esta justificación es inaceptable si el órgano judicial no observa una conducta diligente y apropiada para hacer justicia.

Por ello enfatizó que es deplorable que en los casos de crímenes no convencionales los agentes detenidos por terrorismo, tráfico ilícito de drogas, violaciones de derechos humanos, corrupción de funcionarios, en vista de que los órganos judiciales competentes no han sentenciado antes de vencido el plazo máximo de detención previsto por el artículo 137° del Código Procesal Penal, resultan favorecidos, permitiéndose en numerosos casos la excarcelación inmediata de prontuariados, situación que además implica riesgo de fuga.

Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional consideró que el hecho de no dictaminar o sentenciar, intencionalmente, dentro de los plazos legales establecidos con las consecuencias que ello conlleva y que ha puesto en tela de juicio la capacidad punitiva del Estado merece sanción penal, la que deberá ser determinada por el legislador en el marco del Código Penal. Es por ello que el Tribunal Constitucional exhortó al Congreso de la República para que dentro de un plazo razonable dicte la legislación correspondiente a fin de penalizar la conducta de los magistrados del Ministerio Público y del Poder Judicial que incumplan con dictaminar o sentenciar en los plazos previstos por la ley.

Temas Claves: Detención preventiva - derecho a la presunción de inocencia - derecho al plazo razonable de la detención - libertad personal - plazo máximo de la detención.

EXP. N.º 3771-2004-HC/TC
PIURA

MIGUEL CORNELIO
SÁNCHEZ CALDERÓN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 29 días del mes de diciembre de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con asistencia de los magistrados Alva Orlandini, García Toma y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por Miguel Cornelio Sánchez Calderón contra la sentencia de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Piura, de fojas 96, su fecha 20 de octubre de 2004, que declara improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de setiembre de 2004, el recurrente interpone acción de hábeas corpus contra la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Piura, solicitando su inmediata excarcelación. Manifiesta que fue detenido por la Policía Nacional el 1 de junio de 1995, posteriormente procesado por la comisión del delito de terrorismo y condenado a la pena de cadena perpetua. Agrega que dicho proceso fue anulado, lo mismo que la sentencia, y que se le instauró un nuevo proceso con mandato de detención, cumpliendo hasta la fecha más de 111 meses de reclusión en el Establecimiento Penal de Río Seco de Piura, habiendo transcurrido en exceso el plazo máximo de detención que establece el artículo 137º del Código Procesal Penal, sin haberse expedido sentencia en primera instancia, por lo que la privación judicial de su libertad ha devenido en arbitraria e inconstitucional.

Realizada la investigación sumaria, el juez investigador toma la declaración del accionante, quien se ratifica en los términos de la demanda. Por su parte, Luis Alberto Cevallos Vega, vocal de la Sala Penal demandada, rinde su declaración explicativa manifestando que un anterior juzgamiento del demandante fue declarado nulo en virtud de una sentencia del Tribunal Constitucional, pero que se le abrió un nuevo proceso penal con mandato de detención con fecha 16 de mayo de 2003, conforme al Decreto Legislativo N.º 922, añadiendo que a partir de dicha fecha corre el plazo de detención de 36 meses establecido para los delitos de terrorismo, el mismo que aún no ha vencido.

El Octavo Juzgado Penal de los Módulos Penales de Piura, con fecha 1 de octubre de 2004, declara infundada la demanda, por estimar que, de conformidad con el artículo 4º del Decreto Legislativo N.º 922, el plazo máximo para aplicar el artículo 137º del Código Procesal Penal se cuenta a partir del auto de apertura de instrucción, que, en el caso de autos, es el 16 de mayo de 2003, siendo el plazo máximo de detención para el delito de terrorismo de

36 meses, el mismo que no ha transcurrido en exceso en el caso del accionante.

La recurrida confirma la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

§ 1. Delimitación del petitorio

1. La demanda tiene por objeto que se ordene la inmediata excarcelación del accionante por haber cumplido más de 111 meses de detención judicial, sobrepasando en exceso el plazo máximo de prisión preventiva previsto en el artículo 137º del Código Procesal Penal (CPP), sin haberse dictado sentencia en primera instancia.

§ 2. Sobre la aplicación del Código Procesal Constitucional (Ley N.º 28237)

2. Debe señalarse que, hallándose la causa en sede del Tribunal Constitucional, en el estado de absolverse el grado del recurso extraordinario, con fecha 1 de diciembre de 2004, entró en vigencia el Código Procesal Constitucional (Ley N.º 28237), que regula los procesos constitucionales, entre ellos el hábeas corpus.

3. Este corpus normativo establece, en su Segunda Disposición Final, que *"las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado"*.

4. Es necesario precisar que si bien de la citada disposición legal se puede interpretar que un proceso constitucional en curso, como el de autos, puede comenzar a ser regido por una nueva ley procesal, ello solo será posible siempre que la aplicación de la referida norma garantice la vigencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que debe ser apreciado atendiendo a las particularidades del caso en concreto.

5. Evaluando el presente caso de acuerdo con lo que establece el Código Procesal Constitucional, se advierte que a la demanda no se le imponen requisitos de procedibilidad que afecten el derecho a la tutela jurisdiccional del accionante, por lo que la aplicación de este corpus normativo resulta adecuada.

§ 3. El derecho a la de presunción de inocencia y el plazo razonable de la prisión preventiva

6. Al igual que por imperio del derecho a la presunción de inocencia, el encarcelamiento preventivo no se ordenará sino cuando sea estrictamente necesario para asegurar que el proceso se pueda desarrollar sin obstáculos hasta su finalización, cuando la sentencia con que culmine no deje de merituar ninguna prueba (ni sufra la adulteración de alguna) por obra del procesado, y cuando se cumpla efectivamente la pena que ella imponga.

7. Por la misma razón (la presunción de inocencia), tampoco podrá prolongarse más de lo estrictamente indispensable

para que el proceso se desenvuelva y concluya con una sentencia definitiva, mediante una actividad diligente de los órganos jurisdiccionales especialmente estimulada por la situación de privación de la libertad de un presunto inocente, y sin que pueda pretenderse la ampliación de aquel término argumentándose que se mantienen los peligros para los fines del proceso o la concurrencia de cualquier clase de inconvenientes prácticos (todos los imaginables deben estar comprendidos en el término límite), ni mucho menos con argumentos que encubran o pretendan justificar la incuria o displicencia de los funcionarios responsables.

8. El derecho de que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable, si bien no encuentra reflejo constitucional en nuestra *Lex Superior*, se trata de un derecho, propiamente de una manifestación implícita del derecho a la libertad personal reconocido en la Carta Fundamental (artículo 2º, 24) de la Constitución y, por ello, se funda en el respeto a la dignidad de la persona.

9. La interpretación que permite a este Tribunal reconocer la existencia implícita del referido derecho en la Constitución, se encuentra plenamente respaldada por su Cuarta Disposición Final y Transitoria, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

10. Al respecto, debe señalarse que en el ordenamiento supraestadal existen diversos tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado que sí reconocen expresamente este derecho. Tal es el caso del artículo 9º,3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que "[t]oda persona detenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad". Por su parte, el artículo 7º5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de "[t]oda persona detenida o retenida (...) a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso".

11. En consecuencia, el derecho de que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocidos por el sistema internacional de protección de los derechos humanos y, por tanto, no puede ser desconocido.

§ 4. Sistemas de limitación temporal de la prisión preventiva

12. Como respuesta al problema de duración de la prisión preventiva, coexisten en el derecho comparado dos sistemas: un sistema de limitación temporal de la prisión preventiva en términos de exigir la razonabilidad del periodo de vigencia, pero sin prever plazos máximos, y otro sistema, en el que se fijan unos plazos máximos de duración de la prisión provisional.

13. Este segundo sistema es el adoptado por nuestro ordenamiento jurídico penal. Al respecto, si bien el artículo

2º, 24, h ha previsto plazos constitucionales aplicables solo a la detención preliminar –la misma que opera en sede extrajudicial–, ello no es óbice para afirmar que de una interpretación sistemática del artículo 2º, 24, b, que establece: "No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley", se pueda admitir la concesión de una norma permisiva al legislador para que estipule plazos efectivos de duración, lo cual ha sido precisado en el artículo 137º del Código Procesal Penal.

14. Nuestro sistema normativo penal, entonces, dispone de una regulación que sirve de parámetro para el enjuiciamiento de un caso concreto en el que se haya ordenado la medida.

15. Esta postura normativa coincide con lo reconocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando afirma que "La Comisión ha mantenido siempre que para determinar si una detención es razonable, se debe hacer, inevitablemente, un análisis de cada caso. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que se establezca una norma que determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima *prima facie*, independientemente de la naturaleza del delito que se impute al acusado o de la complejidad del caso. Esta acción sería congruente con el principio de presunción de inocencia y con todos los otros derechos asociados al debido proceso legal" (Informe N.º 12/96, párrafo 70).

16. En líneas generales, dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, dicha regulación es vista como "una muestra inequívoca de buena voluntad" por parte de los Estados, al autovincularse a parámetros previamente establecidos (Informe N.º 2/97, párrafo 56).

17. Tal situación se aprecia en nuestro ordenamiento jurídico penal, pues el artículo 137º del Código Procesal Penal que regula el plazo máximo de la detención judicial, que en lo establece que dichos plazos máximos fijados por el legislador integran el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal, puesto que el mantenimiento de la situación de prisión preventiva por un tiempo excesivo al previsto lesiona el derecho a la libertad personal.

§ 5. Criterios para valorar la razonabilidad de la duración de la detención judicial

18. Los parámetros legales, si bien son válidos para el enjuiciamiento de un caso concreto en el que haya sido dispuesta la medida, sin embargo, no agotan el contenido de dicho derecho fundamental, de modo que ni todo el plazo máximo legal es *per se* razonable, ni el legislador es totalmente libre en su labor de establecer o concretar los plazos máximos legales. Aunque no haya transcurrido todavía el plazo máximo legal, puede lesionarse el derecho a la libertad personal si el imputado permanece en prisión provisional más del plazo que, atendidas las circunstancias del caso, excede de lo razonable. Su duración debe ser tan solo la que se considere

indispensable para conseguir la finalidad con la que se ha decretado la prisión preventiva; por lo tanto, si la medida ya no cumple los fines que le son propios, es preciso revocarla de inmediato.

19. En efecto, para valorar si la duración de la detención judicial ha excedido o no, el plazo máximo, este Tribunal, integrando el concepto de *plazo razonable*, se refirió a los criterios sentados por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) cf. Caso Berrocal Prudencio, Exp. N.º 2915-2004-HC/TC, que en síntesis son los siguientes: 1. La naturaleza y complejidad de la causa. Es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito (Caso Tomasi. Sentencia del TEDH, del 27 de agosto de 1992), los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos delictivos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil. 2. La actitud de los protagonistas del proceso: por una parte, la inactividad o, en su caso, la actividad desplegada por el órgano judicial, esto es, analizar si el juez penal ha procedido con diligencia especial y con la prioridad debida en la tramitación del proceso en que el inculpadado se encuentre en condición de detenido, y, por otra, la propia actividad procesal del detenido, a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, distinguiendo el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras, ambas, del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado constitucional permite), de la denominada *defensa obstruccionista* (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional).

§ 6. Análisis del acto lesivo materia de controversia constitucional

20. Es necesario precisar que una de las formas en que opera la libertad procesal –que es un derecho del encausado de obtener la aplicación de una medida cautelar menos gravosa que la detención preventiva–, es al vencimiento del plazo legal establecido en el artículo 137º del Código Procesal Penal, y cuando el procesado no hubiese ejercido una defensa que afecte el principio de celeridad judicial, y que tampoco se hubiese dictado sentencia en primera instancia, de ahí que la doctrina y la jurisprudencia comparada califiquen dicha situación como arbitraria.

21. En otras palabras, los presupuestos materiales que configurarían la libertad procesal serían los siguientes: a) vencimiento del plazo de duración de la detención preventiva; b) inexistencia de una sentencia en primera instancia; c) conducta procesal regular del encausado en la tramitación de la causa; vale decir, no incurrir en una defensa que entorpezca y atente contra la celeridad judicial.

22. La libertad procesal supone la existencia previa de negligencia jurisdiccional, al haberse negado o no

haberse podido juzgar al encausado dentro del plazo legal establecido en el artículo 137º del Código Procesal Penal. En consecuencia, la vulneración del plazo razonable para sentenciar es atribuible exclusivamente al juzgador.

23. Las particularidades de la presente causa permiten afirmar que la reclamación del demandante no se condice con las consideraciones antes señaladas, por lo siguiente: a) el accionante fue juzgado por el delito de traición a la patria, regulado por el Decreto Ley N.º 25659, y ante tribunales militares, proceso que fue declarado nulo al hallarse comprendido en los alcances de la STC 010-2002-AI/TC; b) en dicha sentencia, este Tribunal declaró inconstitucional el delito de traición a la patria, definido y regulado por el Decreto Ley N.º 25659, así como la autorización que otorga para que el juzgamiento correspondiente se ventile en el fuero militar. Sin embargo, en la misma sentencia (fundamentos 229-230) se dispuso que la eventual realización de nuevos juicios para los procesados por el delito de traición a la patria debería efectuarse conforme a las normas que dictara el Congreso de la República, en un plazo razonable; c) el Congreso de la República promulgó el Decreto Legislativo N.º 922, que, de acuerdo con la STC 010-2002-AI/TC, regula la nulidad de los procesos por el delito de traición a la patria y, además, establece normas sobre el proceso penal aplicable; d) el artículo 4º del Decreto Legislativo N.º 922 prevé, en cuanto al plazo límite de la detención a efectos del artículo 137º del Código Procesal Penal, que este se cuenta a partir del auto de apertura de instrucción del nuevo proceso; e) al accionante se le abrió nuevo proceso penal, con mandato de detención, por auto de fecha 16 de mayo de 2003, por la presunta comisión del delito de terrorismo, por lo que dada la naturaleza del citado delito y a que este se sustancia en la vía de procedimiento ordinario, el plazo máximo de detención es de 36 meses, el cual no ha sido sobrepasado.

24. En consecuencia, no resulta acreditada la reclamación de excarcelación por exceso de detención, pretensión que, en todo caso, queda supeditada a los medios procesales que la ley prevé y que puedan ser articulados en el nuevo proceso penal, por lo que la presente demanda debe ser desestimada.

25. Ahora bien, considerando que el caso *sub examine* plantea el problema de la razonabilidad del plazo de la detención preventiva, precisamente, por ello, su duración se encuentra en función de la duración del proceso penal principal, cuyo objeto tiende a asegurar.

26. No cabe duda de que con la previsión legal del plazo máximo de duración de la detención judicial, el afectado por la medida cautelar puede conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad. No obstante, como viene ocurriendo reiteradamente en el panorama judicial nacional, el hecho de que no se decrete la libertad inmediata de un procesado tras la culminación del plazo máximo de detención, obligándole, por el contrario, a que permanezca detenido *ad infinitum*, so pretexto de un equivocado concepto de la tramitación procesal,

solo puede significar que se han transgredido todas las previsiones jurídicas que garantizan un proceso debido o regular, y que dicha situación ha comprometido, en particular, la eficacia o existencia de uno de aquellos derechos innominados constitucionalmente, pero, a la par, consustanciales a los principios del Estado democrático de derecho y al derecho a la dignidad de la persona reconocidos en el artículo 3° de la Constitución Política del Estado, como lo es, sin duda, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

§ 7. Las dilaciones indebidas como praxis punible cometida por los órganos del Poder Judicial

27. Esta mala *praxis* judicial debe ser totalmente erradicada, por cuanto genera un injustificable retardo en la administración de justicia que no está en consonancia con la misión que le está confiada al Poder Judicial, la misma que no se agota en el aseguramiento de la legalidad formal, sino que la trasciende en tanto se afina en la observancia de los principios inherentes a la mejor y más correcta administración de justicia, siendo uno de ellos –contrario a la inaceptable morosidad judicial– que la decisión final sea dictada en tiempo útil y razonable.

28. Frente a la endémica morosidad que caracteriza a buena parte de los jueces y superiores tribunales de justicia nacionales y el abuso de jurisdicción que ello podría suponer, no se puede seguir apelando al consabido sentido de responsabilidad de los magistrados del Poder Judicial, sino que deben ser pasibles de la responsabilidad penal que les corresponda, por sus conductas jurisdiccionales inadecuadas que propician el retardo judicial.

29. Por ello, tratándose de dilaciones indebidas que inciden sobre el derecho a la libertad, es exigible un especial celo a todo juez encargado de un proceso en el que se encuentra inmerso un preso preventivo, pues la libertad es un valor constitucional informador de todo el ordenamiento jurídico. De otro modo, y por aplicación del artículo 2°, 24, de la Constitución, procedería acordar la puesta en libertad.

30. Si bien puede sostenerse que la excesiva sobrecarga que padecen la mayoría de los tribunales, no solo el Constitucional sino también los de otras latitudes, puede excusar la mora en las decisiones judiciales, máxime si se presenta un desbordante flujo de recursos razonablemente imposibles de atender, esta justificación es inaceptable si el órgano judicial no observa una conducta diligente y apropiada para hacer justicia, siendo uno de sus aspectos cardinales la expedición oportuna de las resoluciones decisorias.

31. Por ello, es deplorable que en los casos de crímenes no convencionales los agentes detenidos por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, violaciones de derechos humanos, corrupción de funcionarios, en vista de que los órganos judiciales competentes no han sentenciado antes de vencido el plazo máximo de detención previsto por la ley (Código Procesal Penal: art. 137°), resultan favorecidos en virtud de ello, lo que permite en numerosos casos, la excarcelación inmediata de prontuariados enemigos públicos de la sociedad, situación que, además, implica riesgo de fuga.

32. Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional considera que el hecho de no dictaminar o sentenciar, intencionalmente, dentro de los plazos legales establecidos, con las consecuencias que ello conlleva y que ha puesto en tela de juicio la capacidad punitiva del Estado, merece sanción penal, la que deberá ser determinada por el legislador en el marco del Código Penal.

33. De conformidad con el artículo VII del Código Procesal Constitucional, "*Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la calidad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo*".

34. En aplicación de la citada norma, son vinculantes para todos los operadores jurídicos los criterios de interpretación contenidos en los fundamentos jurídicos Nos. 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 15, 17, 18, 19 y 26.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la acción de hábeas corpus.
2. Exhorta al Congreso de la República a que, dentro de un plazo razonable, dicte la legislación correspondiente a fin de penalizar la conducta de los magistrados del Ministerio Público y del Poder Judicial que incumplan con dictaminar o sentenciar en los plazos previstos por la ley de la materia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI**

Exp. N° 4677-2004-AA/TC [*Proceso de Amparo promovido por la Confederación General de Trabajadores del Perú. Sobre los alcances del derecho de reunión*].

Fecha de Resolución: 07 de diciembre de 2005

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 25 de diciembre de 2005

Resumen: Mediante la presente sentencia el Tribunal Constitucional declaró que constituye precedente vinculante el criterio conforme al cual, en ningún caso el ejercicio del derecho de reunión, previsto en el artículo 2° 12 de la Constitución, puede ser sometido al requisito de autorización previa por parte de la autoridad administrativa (FF. JJ. 15 e. y 18), la cual sólo podrá restringirlo o prohibirlo atendiendo a las concretas circunstancias de cada caso y sólo por razones objetivas, suficientes y fundadas.

En este sentido, son precedentes vinculantes los criterios contenidos en los siguientes fundamentos de la sentencia:

i) Se indican las diferencias de las reuniones en locales privados o abiertos al público de las reuniones en plazas y vías públicas. Se establece la eficacia inmediata del derecho a la reunión (F.J. 15e).

El Tribunal señaló que si bien el artículo 2° 12 de la Constitución, a diferencia de las reuniones en locales privados o abiertos al público, exige un anuncio previo a la autoridad para realizar reuniones en plazas y vías públicas; ello no puede ser interpretado en el sentido de que para el ejercicio de este último tipo de reuniones es imprescindible la autorización previa de algún representante gubernativo. Pues, el derecho de reunión es de eficacia inmediata y directa de manera tal que no requiere ningún tipo de autorización previa para su ejercicio la cual de ser exigida resultaría manifiestamente inconstitucional

Señaló, que lo que ocurre es que en el caso específico de las reuniones convocadas en plazas o vías públicas, el constituyente ha establecido un instrumento expreso de armonización entre su ejercicio y las eventuales restricciones a otros derechos que éste represente, de manera tal que ordena que la autoridad tome noticia del evento con antelación suficiente a efectos de que tome las providencias necesarias para que el derecho al libre tránsito (artículo 2° 11 de la Constitución) no se vea limitado más allá de lo estrictamente necesario, habilitando vías alternas de circulación, además de adoptar las medidas necesarias para proteger a los manifestantes y asumir una conducta vigilante y, de ser el caso, proporcionalmente represiva, frente a las eventuales afectaciones a la integridad personal de terceros o de los bienes públicos o privados.

ii) Se establecen las reglas o motivos excepcionales para prohibir o restringir el derecho de reunión. Se indica que dicha medida atenderá al principio de proporcionalidad (F.J. 18).

El Colegiado, señaló que tal como lo establece el artículo 2° 12 de la Constitución los motivos que se aleguen para prohibir o restringir el derecho de reunión deben ser "probados". No deben tratarse, en consecuencia, de simples sospechas, peligros inciertos, ni menos aún de argumentos insuficientes, antojadizos o arbitrarios; sino de razones objetivas, suficientes y debidamente fundadas.

Al respecto el Tribunal Constitucional Español ha señalado que "si existieran dudas sobre si tal ejercicio en un caso determinado puede producir los efectos negativos contra el orden público con peligro para personas y bienes u otros derechos y valores dignos de protección constitucional, aquellas tendrían que resolverse con la aplicación del principio o criterio

de favorecimiento del derecho de reunión (*favor libertatis*), sin que baste para justificar su modulación o prohibición la mera sospecha o la simple posibilidad de que se produzcan dichos resultados" (Exp. N.º 195/2003, F.J. 7).

En tal sentido, resaltó que debe tenerse presente que la prohibición debe ser la última *ratio* a la que puede apelar la autoridad administrativa para limitar el derecho, debiendo optar, de ser posible, por medidas simplemente restrictivas tales como proponer la modificación del lugar, fecha, hora, duración o itinerario previsto.

Se trata, en suma, de que la prohibición o establecimiento de restricciones al ejercicio del derecho de reunión se encuentren debidamente motivadas por la autoridad competente, caso por caso, de manera tal que el derecho sólo se vea restringido por causas válidas, objetivas y razonables (principio de razonabilidad), y, en modo alguno, más allá de lo que resulte estrictamente necesario (principio de proporcionalidad).

Temas Claves: Amparo contra normas legales - derecho de reunión - normas autoaplicativas - patrimonio cultural de la nación - principio de proporcionalidad.

EXP. N.º 4677-2004-PA/TC
LIMA

CONFEDERACIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DEL PERÚ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 7 días del mes de diciembre de 2005, la Primera Sala del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Gonzales Ojeda y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP) contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 137, su fecha 26 de abril de 2004, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

La recurrente, con fecha 14 de febrero de 2003, interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, solicitando que se declare inaplicable el Decreto de Alcaldía N.º 060-2003, que declara zona rígida para cualquier tipo de concentración pública el sector de máxima protección dentro del centro histórico de Lima, delimitado por el río Rímac, las avenidas Tacna, Nicolás de Piérola y Abancay, sin incluir éstas, pues considera que vulnera sus derechos fundamentales de reunión y de participación política.

La emplazada contesta la demanda manifestando que la cuestionada norma ha sido expedida en cumplimiento del artículo 3º de la Ley N.º 23853 -Ley Orgánica de Municipalidades- (a la fecha derogada), que obliga a la municipalidad a fomentar el bienestar de los vecinos; el inciso 4) del artículo 11º de la misma ley que establece la competencia del gobierno local para pronunciarse sobre asuntos relacionados con turismo y conservación de

monumentos arqueológicos e históricos; el inciso 13) de su artículo 65º, que le exige procurar, conservar y administrar, en su caso, los bienes de dominio público, como caminos, puentes, plazas, avenidas, paseos, jardines, edificios públicos y otros análogos; y los incisos 11) y 12) de su artículo 67º que le otorgan competencia, respectivamente, para promover y asegurar la conservación y custodia del patrimonio cultural local y la defensa y conservación de los monumentos arqueológicos, históricos y artísticos; y para fomentar el turismo, restaurar el patrimonio histórico local y cuidar de su conservación.

Sostiene que el centro histórico ha sido declarado Patrimonio Cultural de la Humanidad por la UNESCO y que, por ende, debe ser protegido de conformidad con lo establecido por el artículo 21º de la Constitución. Alega que la norma cuestionada tiene carácter preventivo y declarativo, pues la Municipalidad no puede desconocer las competencias que corresponden a la Prefectura, encargada de autorizar las reuniones en lugares públicos.

Aduce que el derecho de reunión no es un derecho absoluto e ilimitado, y que las manifestaciones violentas en las que incurre la demandante, vulneran el derecho de propiedad, el libre tránsito, la integridad personal, el derecho al trabajo y la seguridad personal. Manifiesta que existen otras zonas de Lima en las que la recurrente puede ejercer su derecho de reunión.

El Décimo Cuarto Juzgado Civil de Lima, con fecha 28 de abril de 2003, declaró infundada la demanda, por considerar que la norma cuestionada se sustenta en el literal f) del artículo 132º de la Ordenanza 062, del 18 de agosto de 1994, que prohíbe las concentraciones masivas de personas que cierran las vías públicas en el centro histórico de la ciudad de Lima, y en el literal b) del artículo 1º de la misma Ordenanza, que establece que el centro histórico merece un tratamiento especial con el fin de reducir drásticamente la presión del tránsito automotor, el comercio en la vía pública y los usos incompatibles y la concentración de actividades que ocasionalmente causen su deterioro.

La recurrida confirma la apelada, por los mismos fundamentos, agregando que la UNESCO ha declarado al centro histórico de Lima como Patrimonio Cultural de la Humanidad, haciendo necesario el dictado de normas que permitan su conservación, de conformidad con el artículo 21° de la Constitución.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. La recurrente solicita que se declare inaplicable el Decreto de Alcaldía N.º 060-2003, que declara zona rígida para cualquier tipo de concentración pública el sector de máxima protección dentro del centro histórico de Lima, delimitado por el río Rímac, las avenidas Tacna, Nicolás de Piérola y Abancay, sin incluir éstas, pues considera que vulnera sus derechos fundamentales de reunión y de participación política.

Se trata de una demanda de amparo interpuesta directamente contra una norma, motivo por el cual, tomando en cuenta lo establecido por el artículo 200° 2 de la Constitución ("No procede [la demanda de amparo] contra normas legales."), es preciso que este Tribunal se pronuncie con relación a si dicho precepto exige la declaración de improcedencia de la demanda, sin posibilidad de ingresar a evaluar el fondo del asunto planteado.

§2. Imposibilidad de ejercer un control de constitucionalidad concentrado de las normas en los procesos de amparo

2. Una lectura literal de la parte pertinente del artículo 200° 2 de la Constitución, permitiría sostener que no resulta aplicable al caso de autos. Y es que mientras la referida disposición constitucional alude a la imposibilidad de plantear amparos contra "normas legales", la disposición cuestionada en el presente caso no es una norma legal o de rango legal, sino reglamentaria y, consecuentemente, infralegal. En efecto, tal como lo dispone el artículo 42° de la Ley N.º 27972 –Ley Orgánica de Municipalidades (LOM)–:

"Los decretos de Alcaldía establecen normas reglamentarias y de aplicación de las ordenanzas, sancionan los procedimientos necesarios para la correcta y eficiente administración municipal y resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés para el vecindario, que no sean de competencia del concejo municipal."

Sin embargo, este Colegiado aprecia, tras una interpretación teleológica del aludido artículo 200° 2 de la Carta Fundamental, que esta disposición tiene por propósito evitar que el proceso constitucional de amparo se convierta en una vía en la que pueda enjuiciarse, en abstracto, la validez constitucional de la generalidad de las normas (no sólo las legales), con el propósito de, determinada su inconstitucionalidad, expulsarlas del ordenamiento jurídico, pues dicho cometido ha sido reservado constitucionalmente al proceso de inconstitucionalidad (artículo 200° 4) –en lo que a las

normas de rango legal respecta–, y al proceso de acción popular (artículo 200° 5) –en lo que a las normas de rango infralegal se refiere–¹¹.

Así las cosas, siendo el presente un proceso de amparo, no es posible evaluar la constitucionalidad del decreto de alcaldía cuestionado desde una perspectiva abstracta.

§3. Procedencia del amparo contra normas autoaplicativas

3. Empero, tal como tiene establecido este Tribunal en uniforme y reiterada jurisprudencia¹², la improcedencia del denominado "amparo contra normas", se encuentra circunscrita a los supuestos en los que la norma cuya inconstitucionalidad se acusa sea heteroaplicativa, es decir, aquella cuya aplicabilidad no es dependiente de su sola vigencia, sino de la verificación de un posterior evento, sin cuya existencia, la norma carecerá, indefectiblemente, de eficacia, esto es, de capacidad de subsumir, por sí misma, algún supuesto fáctico en su supuesto normativo.

Es evidente que en tales casos no podrá alegarse la existencia de una amenaza cierta e inminente de afectación a los derechos fundamentales, tal como lo exige el artículo 2° del Código Procesal Constitucional (CPConst.), ni menos aún la existencia actual de un acto lesivo de tales derechos. De ahí que, en dichos supuestos, la demanda de amparo resulte improcedente.

4. Distinto es el caso de las denominadas normas autoaplicativas, es decir, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada. En este supuesto, cabe distinguir entre aquellas normas cuyo supuesto normativo en sí mismo genera una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de los individuos (v.g. el artículo 1° del derogado Decreto Ley N.º 25446: "*Cesar, a partir de la fecha, a los Vocales de las Cortes Superiores de los Distritos Judiciales de Lima y Callao que se indican, cancelándose los Títulos correspondientes: (...)*"), y aquellas otras que determinan que dicha incidencia se producirá como consecuencia de su aplicación obligatoria e incondicionada (v.g. el artículo 2° del Decreto Ley N.º 25454: "*No procede la Acción de Amparo dirigida a impugnar directa o indirectamente los efectos de la aplicación del Decretos Leyes N.ºs. 25423, 25442 y 25446.*"). En el primer caso, el amparo contra la norma procederá por constituir ella misma un acto (normativo) contrario a los derechos fundamentales. En el segundo, la procedencia del amparo es consecuencia de la amenaza cierta e inminente a los derechos fundamentales que representa el contenido dispositivo inconstitucional de una norma inmediatamente aplicable.

Ambos casos se encuentran previstos en el artículo 3° del CPConst., que dispone:

"Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma." (subrayado agregado).

En tal sentido, sea por la amenaza cierta e inminente, o por la vulneración concreta a los derechos fundamentales que la entrada en vigencia que una norma autoaplicativa representa, la demanda de amparo interpuesta contra ésta deberá ser estimada, previo ejercicio del control difuso de constitucionalidad contra ella, y determinándose su consecuente inaplicación.

5. En suma, tratándose de una disposición que establece restricciones al derecho fundamental de acceso a la justicia, como manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139° 3 de la Constitución), el impedimento para plantear una demanda de amparo contra normas, previsto en el artículo 200° 2 de la Constitución, debe ser interpretado bajo un criterio *pro actione*, de manera tal que, en ningún caso, la persona afectada o amenazada en sus derechos fundamentales por una norma autoaplicativa, se encuentre inerte e indefensa frente a ella.

6. Así las cosas, corresponde evaluar qué clase de norma, desde el punto de vista de su eficacia, es el decreto de Alcaldía impugnado, pues sólo en caso de que se trate de una norma autoaplicativa, este Colegiado podrá ingresar a merituar el fondo del asunto.

§4. El Decreto de Alcaldía N.º 060-2003 como norma autoaplicativa

7. El Decreto de Alcaldía N.º 060-2003 es una norma autoaplicativa, pues no sólo resulta —tal como quedó dicho en el Fundamento 2, *supra*— que se trata de una norma reglamentaria (*prima facie*, ejecutiva), sino que, dentro de esta categoría, se trata de un reglamento *secundum legem*. Y tal como tiene expuesto este Colegiado,

“los llamados reglamentos *secundum legem*, de ejecución, o reglamentos ejecutivos de las leyes, (...) están llamados a complementar y desarrollar la ley que los justifica y a la que se deben”^[3],

generando, por lógica consecuencia, una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de las personas a las que haya de extenderse su ámbito normativo.

En efecto, de una simple lectura de los cuatro artículos del decreto de alcaldía, se aprecia que su objetivo consiste en reglamentar la Ordenanza Municipal N.º 062-MML, expedida por la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML), el 18 de agosto de 1994, en lo que respecta a la regulación de las concentraciones masivas en el Centro Histórico de Lima:

“**Artículo Primero.**- Precisar que es de competencia de la Municipalidad Metropolitana de Lima, la autorización a que se refiere el inciso f) del artículo 132 de la Ordenanza N.º 062-MML, Reglamento de la Administración del Centro Histórico de Lima.

Artículo Segundo.- Declarar Zona rígida para cualquier tipo de concentración pública el sector de máxima protección reconocido como Patrimonio Cultural de la Humanidad por la UNESCO dentro del Centro Histórico

de Lima, delimitado por el río Rímac, las avenidas Tacna, Nicolás de Piérola y Abancay, sin incluir éstas, de acuerdo al plano adjunto que forma parte del presente Decreto y dentro de los alcances de la Ordenanza N.º 062-MML, Reglamento de la Administración del Centro Histórico de Lima y la Ley de Amparo al Patrimonio Cultural de la Nación N.º 20407.

Artículo Tercero.- Encargar el cumplimiento de la presente disposición a PROLIMA en coordinación con las Direcciones Municipales de Desarrollo Urbano, Educación y Cultura, Seguridad Ciudadana, Comercialización y Defensa al Consumidor, Fiscalización y Control, Servicios a la Ciudad y el Comité de Defensa Judicial de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

Artículo Cuarto.- Invocar a las autoridades del Ministerio Público, Policía Nacional y Prefectura de Lima, para que dentro de su competencia, presten el apoyo necesario para el cumplimiento del presente Decreto de Alcaldía.”^[4]

8. En consecuencia, el hecho de que los demandantes no hayan cuestionado un acto concreto de aplicación del referido decreto, no es óbice para que el Tribunal Constitucional ingrese en la evaluación de su constitucionalidad, puesto que su naturaleza autoaplicativa, es decir, su potencial aplicabilidad inmediata e incondicionada, da lugar a la amenaza cierta e inminente de que dicha aplicación se verifique, pudiendo dar lugar a la afectación de los derechos fundamentales de los miembros de la recurrente, en caso de que, tras ingresar a evaluar su contenido normativo, se colija su incompatibilidad con el contenido constitucionalmente protegido de alguno(s) de aquellos.

§5. Competencia para evaluar la constitucionalidad del inciso f) del artículo 132° de la Ordenanza Municipal N.º 062-MML

9. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no siempre la reglamentación de una ley o norma con rango de ley, implica la naturaleza heteroaplicativa de ésta, puesto que el reglamento puede simplemente haber incidido, ejecutivamente, en la precisión o complementación de algún supuesto normativo que, no obstante, en sí mismo, resultaba ya autoaplicativo.

10. Tal es el caso del inciso f) del artículo 132° de la Ordenanza Municipal N.º 062-MML en su relación con el Decreto de Alcaldía N.º 060-2003. En efecto, el inciso f) del artículo 132° de la Ordenanza Municipal N.º 062-MML, establece:

“Artículo 132°.- Para regular el tránsito y garantizar la seguridad vial, se deben tomar en cuenta las siguientes medidas: (...) f) No se permiten, las concentraciones masivas de personas o equipos que cierren las vías públicas en el Centro Histórico, salvo cuando se trate de eventos tradicionales debidamente autorizados. En tal caso se propondrán vías alternativas.”

Como se observa, el decreto de alcaldía no constituye la vía normativo-ejecutiva de una norma heteroaplicativa, sino la precisión o complementación de su supuesto

normativo autoaplicativo, señalando que la proscripción relativa de permitir concentraciones públicas en las vías del Centro Histórico (pues el artículo 132° admite una excepción en caso de eventos tradicionales), se convierte en absoluta en el sector delimitado por el río Rimac, las avenidas Tacna, Nicolás de Piérola y Abancay, sin incluir éstas, según reza el artículo 2° del Decreto de Alcaldía 060-2003.

11. En consecuencia, dada la inmediata vinculación (conexidad) entre ambas normas (el inciso f del artículo 132° de la Ordenanza Municipal N.º 062-MML y el Decreto de Alcaldía N.º 060-2003) y su naturaleza autoaplicativa, este Tribunal es competente para ingresar a evaluar la constitucionalidad de ambas.

§6. Presupuestos para la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática

12. En reiteradas ocasiones, este Tribunal ha destacado que, tal como se desprende del artículo 43° de la Constitución, el Estado peruano es un Estado social y democrático de derecho.

El principio democrático, inherente al Estado Constitucional, alude no sólo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa “en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”, según reconoce y exige el artículo 2° 17 de la Constitución.

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

Desde luego, consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo y del principio de separación de poderes (artículo 43° de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31° de la Constitución), de instituciones políticas (artículo 35° de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia⁶¹; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa con la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática, hace de ellos, a su vez, garantías institucionales de ésta. Entre éstos se encuentran los denominados derechos políticos, enumerados en los artículos 2° 17 y 30° a 35°, los derechos a las libertades de información, opinión e información (artículo 2° 4), de acceso a la información pública (artículo 2° 5), de

asociación (artículo 2° 13) y de reunión, previsto en el artículo 2° 12° de la Carta Fundamental.

Una sociedad en la que no se encuentren plenamente garantizados estos derechos, sencillamente, o no es una comunidad democrática, o su democracia, por incipiente y debilitada, se encuentra «herida de muerte».

§7. Definición del derecho fundamental de reunión

13. Concretamente, la recurrente ha alegado la afectación del derecho fundamental de reunión. Dicho derecho se encuentra reconocido en el artículo 2° 12 de la Constitución, conforme al cual

“Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: (...) 12) A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convoquen en plazas o vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas.”

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

En tal sentido, aunque (como luego podrá observarse con nitidez) los elementos que configuran el derecho de reunión, determinan, sin lugar a dudas, que la libertad de expresión y la libertad de reunión, *strictu sensu*, gocen de un contenido constitucionalmente distinto⁶², la estrecha relación reunión-manifestación, genera una singular vinculación entre ambos, al extremo de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha destacado una instrumentalidad mutua, por así decirlo, “de ida y vuelta”. En efecto, en el caso Rekvényi, el referido Tribunal sostuvo que

“la libertad de expresión constituye uno de los medios principales que permite asegurar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de reunión y de asociación.”⁶³

Para luego señalar, en el caso Stankov, que

“la protección de las opiniones y de la libertad de expresarlas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión.”⁶⁴

§8. Contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental de reunión

15. El contenido constitucionalmente protegido del derecho viene configurado por la conjunción de una serie de elementos:

a) Subjetivo: Se trata de un derecho individualmente titularizado, pero sólo susceptible de ejercitarse de manera colectiva. Lo ejercita una agrupación de personas con fines o propósitos, en esencia, comunes. La identidad básica de la intención de quienes se congregan, es

decir, el factor volitivo común de los agrupados, es el que permite distinguir la reunión constitucionalmente protegida por el artículo 2º 12 de la Constitución, de aquellas meras aglomeraciones casuales de individuos a quienes no asiste tal identidad. Por ello, buenos ejemplos del ejercicio del derecho de reunión son el encuentro de los miembros sindicalizados para protestar por un hacer o no hacer de su empleador o empleadores, las marchas de los colectivos a quienes une el sentimiento de repudio frente a una medida adoptada por un poder público, las procesiones organizadas por los miembros de un determinado credo, los mítines coordinados por las agrupaciones políticas, etc.

b) Temporal: Una de las características del derecho de reunión es la manifestación temporal o efímera de su ejercicio, incluso en los supuestos en los que tal manifestación sea periódica. Tal característica es uno de los principales factores que permite distinguirlo del derecho de asociación, reconocido en el artículo 2º 13 de la Constitución, al que inspira un ánimo de permanencia o, cuando menos, una determinada continuidad en el tiempo. De otra parte, a diferencia de lo que ocurre con el derecho de reunión, el ejercicio del derecho de asociación, y el consecuente pacto asociativo, da lugar a la aparición de una entidad jurídica, distinta de las personas que la conforman.

c) Finalista: Es requisito fundamental para el válido ejercicio del derecho de reunión que su finalidad sea lícita. Dicha licitud no sólo debe ser predicable del propósito último de la reunión, sino de los medios cómo éste pretende ser alcanzado. Y es que cuando el artículo 2º 12 de la Constitución alude a que el *modus* de la reunión se materializa "pacíficamente sin armas", hace referencia a un requisito que atañe al contenido esencial del derecho, de manera tal que, desde el mismo instante en el que se manifiesta algún elemento objetivo que permita apreciar la intencionalidad o concreta actividad violenta durante la congregación, el o los individuos involucrados en el evento, dejan de encontrarse inmersos en el ámbito protegido del derecho, pudiendo ser reprimidos de forma inmediata, mediante medidas razonables y proporcionales, por la autoridad pública. De esta manera, resulta manifiesto que el mínimo daño intencionalmente provocado a los bienes o personas, no forma parte del ejercicio válido del derecho.

d) Real o espacial: El derecho de reunión se ejerce en un lugar de celebración concreto. Así, el artículo 2º 12 de la Constitución establece que éstos lugares pueden ser locales privados, locales abiertos al público, así como plazas o vías públicas. La selección del lugar en el que se lleve a cabo la congregación es vital para el libre ejercicio del derecho, puesto que muchas veces éste sólo puede alcanzar su propósito en atención a la proximidad física de los reunidos con aquellas personas o entidades destinatarios de las ideas, reclamos, pedidos, loas, etc. En otras ocasiones, el lugar escogido es representativo de la expresión o manifestación misma a la que la reunión sirve de instrumento. Resulta claro, sin embargo, que la

elección del lugar no siempre puede quedar a discreción de la voluntad del celebrante, pues, en ocasiones, es el lugar escogido el que determina, ante el objetivo riesgo de afectación de determinados bienes constitucionalmente protegidos, la aparición de una causa objetiva y suficiente para restringir o prohibir la reunión.

e) Eficacia inmediata: El hecho de que, a diferencia de las reuniones en locales privados o abiertos al público, el artículo 2º 12 de la Constitución exija un anuncio previo a la autoridad para realizar reuniones en plazas y vías públicas, puede llevar a la errónea impresión de que para el ejercicio de este último tipo de reuniones es imprescindible la autorización previa de algún representante gubernativo, siendo, en consecuencia, un derecho mediatizado en su manifestación a la anticipada aquiescencia expresa de la autoridad pública.

Pues nada escapa de manera más evidente a la constitucional configuración del derecho *sub examine*. En efecto, el derecho de reunión es de eficacia inmediata y directa, de manera tal que no requiere de ningún tipo de autorización previa para su ejercicio.

Lo que ocurre es que, en el caso específico de las reuniones convocadas en plazas o vías públicas, el constituyente ha establecido un instrumento expreso de armonización entre su ejercicio y las eventuales restricciones a otros derechos que éste represente, de manera tal que ordena que la autoridad tome noticia del evento con antelación suficiente a efectos de que tome las providencias necesarias para que el derecho al libre tránsito (artículo 2º 11 de la Constitución) no se vea limitado más allá de lo estrictamente necesario, habilitando vías alternas de circulación, además de adoptar las medidas necesarias para proteger a los manifestantes y asumir una conducta vigilante y, de ser el caso, proporcionalmente represiva, frente a las eventuales afectaciones a la integridad personal de terceros o de los bienes públicos o privados.

Así las cosas, no cabe confundir la exigencia de aviso previo, con un supuesto sometimiento del derecho de reunión a la necesidad de una autorización previa de la autoridad administrativa, la cual, de ser exigida, resultará manifiestamente inconstitucional¹⁶.

§9. Límites y restricciones al derecho fundamental de reunión

16. El derecho de reunión, sin embargo, como todo derecho fundamental, no es un derecho absoluto o ilimitado. Así lo tiene expuesto el propio artículo 2º 12 de la Constitución, cuando permite a la autoridad prohibir su materialización "por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas". Desde luego, cuáles sean esos concretos "motivos probados" o los alcances específicos de lo que deba entenderse por "seguridad pública" o "sanidad pública", deberá ser evaluado a la luz de cada caso concreto. Empero, ello no es óbice para que este Tribunal pueda desarrollar algunas pautas sobre los límites del derecho de reunión.

9.1 Los límites del derecho de reunión a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos

17. En primer término, dado que toda disposición constitucional que reconozca un derecho fundamental debe ser interpretada a luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución), debe tenerse en cuenta, de modo particular, el artículo 15° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹⁰, que establece:

“Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.”

Cabe, por tanto, concluir que la “seguridad pública” prevista en el artículo 2° 12 de la Constitución como límite del derecho de reunión, no sólo queda referida a la seguridad ciudadana, sino también, en los términos de la Convención, a la seguridad nacional. Asimismo, en el ámbito de la sanidad pública a la que hace alusión la Constitución, debe incorporarse la protección de la salud pública, en los concretos alcances que vengan justificados por las circunstancias específicas de cada caso. Y, finalmente, a partir de una interpretación sistemática de los preceptos internos e internacionales sobre la materia, queda claro que los límites susceptibles de oponerse al derecho de reunión alcanzan a las razones de orden público y al respeto de los derechos y libertades fundamentales de terceros; como, por lo demás, viene impuesto a partir de una interpretación unitaria de la propia Carta Fundamental (principio de unidad de la Constitución).

9.2. La exigencia de prohibir o restringir el derecho de reunión por “motivos probados”.

18. En todo caso, tal como lo establece el artículo 2° 12 de la Constitución, los motivos que se aleguen para prohibir o restringir el derecho de reunión, deben ser “probados”. No deben tratarse, en consecuencia, de simples sospechas, peligros inciertos, ni menos aún de argumentos insuficientes, antojadizos o arbitrarios; sino de razones objetivas, suficientes y debidamente fundadas. Y es que, como ha señalado correctamente nuestro homólogo español,

“si existieran dudas sobre si tal ejercicio en un caso determinado puede producir los efectos negativos contra el orden público con peligro para personas y bienes u otros derechos y valores dignos de protección constitucional, aquellas tendrían que resolverse con la aplicación del principio o criterio de favorecimiento del derecho de reunión (*favor libertatis*), sin que baste para justificar su modulación o prohibición la mera sospecha o la simple posibilidad de que se produzcan dichos resultados”.¹¹¹

En tal sentido, debe tenerse presente que la prohibición debe ser la última *ratio* a la que puede apelar la autoridad administrativa para limitar el derecho, debiendo optar, de

ser posible, por medidas simplemente restrictivas, tales como proponer la modificación del lugar, fecha, hora, duración o itinerario previsto.

Se trata, en suma, de que la prohibición o establecimiento de restricciones al ejercicio del derecho de reunión se encuentren debidamente motivadas por la autoridad competente, caso por caso, de manera tal que el derecho sólo se vea restringido por causas válidas, objetivas y razonables (principio de razonabilidad), y, en modo alguno, más allá de lo que resulte estrictamente necesario (principio de proporcionalidad).

9.3 El derecho de reunión en tiempos de elecciones.

19. El Tribunal Constitucional considera que un factor de indiscutible relevancia al momento de que la autoridad administrativa meritúe los avisos previos de celebración de una reunión en una plaza o vía pública, es el contexto socio-político en el que ésta pretenda ser llevada a cabo. En efecto, tal como ha señalado la Defensoría del Pueblo,

“la vigencia del derecho de reunión y manifestación es esencial para la existencia de un Estado democrático, pues permite a las personas la libre expresión de sus ideas y opiniones, en especial de naturaleza política.”¹¹²

De ahí que los alcances de los límites a este derecho fundamental, deberán resultar particularmente restringidos en tiempos de elecciones, pues son épocas en las que la necesidad de la expresión e intercambio de ideas, tanto de las agrupaciones políticas, en particular, como de la ciudadanía, en general, alcanza su punto más elevado. Las primeras (agrupaciones políticas), actúan en procura de materializar su legítimo derecho pasivo de elección y dar lugar a la alternancia en el poder, y la segunda (ciudadanía), con el ánimo —imprescindible por cierto en una sociedad democrática— de apoyar a su alternativa eleccionaria o, en su caso, de transmitir su disconformidad, parcial o total, con la gestión del gobierno saliente, exponiendo, de esta manera, los cambios que juzga prudentes.

20. No en vano han sido las leyes orgánicas de elecciones las que se han ocupado expresamente del derecho de reunión. Tal es el caso, por ejemplo, de los artículos 358° y 359° de la Ley N.º 26859 —Ley Orgánica de Elecciones—:

“Artículo 358°.- El derecho de reunión se ejercita de manera pacífica y sin armas, conforme a las siguientes normas:

- a) En locales cerrados, sin aviso alguno a la autoridad.
- b) En lugares de uso público, mediante aviso dado por escrito con cuarenta y ocho horas de anticipación a la autoridad pública respectiva, indicando el lugar, el recorrido, la hora y el objeto de la reunión o del desfile, en su caso, para el mantenimiento de las garantías inherentes al orden público.

(...)

Artículo 359.- Está prohibido realizar, simultáneamente, más de una manifestación en lugares públicos de

una misma ciudad, salvo que se realicen en sectores separados, por más de un kilómetro de distancia. La decisión corresponde a la autoridad política respectiva, la que establece la preferencia de acuerdo con el orden en que se hayan recibido los avisos."

Se trata de medidas que, por razonables y proporcionales, este Colegiado juzga constitucionales.

21. Es sobre la base de estas premisas que el Tribunal Constitucional ingresa a evaluar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del inciso f) del artículo 132 de la Ordenanza N.º 062-MML y del Decreto de Alcaldía N.º 060-2003.

§10. Análisis de constitucionalidad del inciso f) del artículo 132º de la Ordenanza Municipal N.º 062-MML

22. Como quedó dicho, el inciso f) del artículo 132º de la Ordenanza N.º 062-MML, establece:

"No se permiten las concentraciones masivas de personas o equipos que cierren las vías públicas en el Centro Histórico, salvo cuando se trate de eventos tradicionales debidamente autorizados. En tal caso se propondrán vías alternativas."

El área comprendida por el denominado Centro Histórico se encuentra descrita en el artículo 25º de la Ordenanza N.º 062-MML.

10.1 Principios de razonabilidad y proporcionalidad como parámetros para determinar la validez de los límites a los derechos fundamentales

23. La razón fundamental alegada por la MML para justificar la proscripción de cualquier tipo de congregación de personas en el Centro Histórico de Lima (con la excepción prevista en el artículo 25º: "salvo cuando se trate de eventos tradicionales debidamente autorizados" [sic]), es su declaración como patrimonio cultural de la humanidad (UNESCO: 12 de diciembre de 1991). En tal medida, sostiene que la disposición se encuentra amparada por el artículo 21º de la Constitución¹⁴³.

24. Este Tribunal ha tenido ocasión de resaltar la vital importancia de la Constitución cultural, de los derechos culturales y del patrimonio cultural¹⁴⁴. En efecto, se ha destacado que el artículo 21º de la Constitución, junto con su artículo 1º (que reconoce el respeto por la dignidad humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado) y 2º 19 (que reconoce el derecho fundamental a la identidad étnica y cultural),

"constituyen la dimensión principal del contenido cultural de nuestra Constitución, es decir, el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social; el cual abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias."¹⁴⁵

En atención a ello, no puede caber la menor duda de la necesidad de brindar a nuestro patrimonio cultural (material e inmaterial) la máxima protección necesaria,

a efectos de que quede garantizado no sólo su valor histórico, sino también el valor intrínseco que, en comunión con otros factores, dota de identidad y unidad a nuestra nación.

25. Sin embargo, como no podría ser otro modo, con el mismo énfasis, este Colegiado ha sostenido que la obligación de respetar, reafirmar y promover las manifestaciones culturales (incluyendo, desde luego, el patrimonio cultural), debe desarrollarse siempre

"dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora."¹⁴⁶

En tal sentido, no puede permitirse que so pretexto de relevar ámbitos protegidos por nuestra Carta Fundamental, se sacrifique el contenido constitucionalmente protegido de algún derecho fundamental. Hacerlo, implicaría generar un desequilibrio repudiado por la configuración unitaria de nuestro orden constitucional, que reclama la consecución de todo fin constitucional bajo el máximo respeto del principio interpretativo de concordancia práctica¹⁴⁷.

Esto, que es exigible a la generalidad de las personas (artículo 38º de la Constitución¹⁴⁸), lo es, sin duda, en mayor grado, a quienes ejercen el poder que emana del pueblo (artículo 45º de la Constitución¹⁴⁹).

26. Así las cosas, no se encuentra en tela de juicio el poder-deber de la MML de adoptar todas las medidas necesarias para preservar el Centro Histórico de Lima como Patrimonio Cultural de la Humanidad. Ocurre, sin embargo, que si dichas medidas restringen desproporcionadamente los derechos fundamentales, deberán ser declaradas inconstitucionales.

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad, previstos en el último párrafo del artículo 200º de la Constitución son pues el parámetro de determinación de validez de los actos (normativos y no normativos) que establezcan límites a los derechos fundamentales.

10.2 Aplicación del test de proporcionalidad a la norma

27. Siendo una norma de alcance general, cuando el inciso f) del artículo 132º de la Ordenanza N.º 062-MML, establece que "[n]o se permiten, las concentraciones masivas de personas o equipos que cierren las vías públicas en el Centro Histórico, salvo cuando se trate de eventos tradicionales debidamente autorizadas", parte de la idea, *per se*, de que toda reunión en el Centro Histórico, con excepción de los eventos tradicionales, constituyen una amenaza cierta a su integridad monumental, y consecuentemente, a la regla de orden público representada en la necesidad de preservar los bienes públicos, máxime si constituyen patrimonio cultural material, cuyo respeto conlleva, a su vez, el respeto al derecho fundamental a la cultura en su faz subjetiva y objetiva (artículo 2º 8 de la Constitución).

¿Puede llegarse a esa conclusión sin tener en cuenta los antecedentes y capacidad organizativa de las personas o

entidad celebrante, las garantías que ofrece, la cantidad aproximada de personas que participarán, el itinerario o lugar específico en el que se llevará a cabo, la fecha y hora de celebración, su objeto, etc.?

El Tribunal Constitucional considera que la respuesta es negativa. Y es que resulta evidente que la norma no supera el *test* de proporcionalidad^[20], puesto que si bien persigue un fin constitucionalmente válido (proteger el Centro Histórico como patrimonio cultural) y utiliza un medio idóneo para ello (prohibir las reuniones en el área que lo configura), sin embargo, al proscribir en abstracto toda reunión en el Centro Histórico de Lima (con la salvedad hecha de los eventos tradicionales), incurre en una medida absolutamente innecesaria, puesto que el mismo objetivo podría alcanzarse evaluando, caso por caso, las razones objetivas, suficientes y fundadas que puedan justificar la adopción de medidas restrictivas del ejercicio del derecho de reunión, siendo la prohibición la última *ratio* a la que debe acudir la autoridad administrativa.

28. Este Colegiado comparte la preocupación de la MML de proteger el Centro Histórico, y comprende que la prohibición general de permitir reuniones en dicha área sea quizá, junto con otros factores, una de las medidas más sencillas para lograr tal cometido. Sucede, sin embargo, que es tan sencilla como inválida. Pues su adopción olvida que todo límite a los derechos fundamentales, por tratarse de tales, no debe superar, por así llamarlo, el "límite de los límites", es decir, los principios de razonabilidad y proporcionalidad, manteniendo incólume, en todo caso, el contenido esencial de dichos derechos. Olvida el deber especial de protección de los derechos fundamentales que orienta la actuación de todo poder (público o privado)^[21]. Olvida, en fin, que fue el derecho de reunión ejercido, justamente, en el Centro Histórico de Lima, por quienes conocen la manifestación pacífica que le es inherente, el que, de la mano del resurgimiento de otros valores constitucionales, permitió derrocar las dictaduras, incluyendo la de la década pasada.

10.3 Las vías públicas como sede constitucionalmente reconocida para el ejercicio del derecho de reunión y la inconstitucionalidad del requisito de autorización previa

29. Al expedir el inciso f) del artículo 132° de la Ordenanza Municipal N.º 062-MML no se ha tenido en cuenta que la declaración como patrimonio cultural del Centro Histórico no ha relevado a sus calles y avenidas de la condición de vías públicas, expresamente reconocidas por el constituyente como lugares habilitados para el válido ejercicio del derecho de reunión.

30. Sobre el particular, no escapa a la consideración de este Colegiado que las vías públicas, son también, por antonomasia, áreas destinadas al ejercicio de otro derecho fundamental: el de libre tránsito (artículo 2º 11 de la Constitución). Empero, la inevitable restricción a éste que una congregación llevada a cabo en una vía pública generará, en ningún caso, por sí sola, podrá considerarse causa suficiente para prohibir el ejercicio del derecho de reunión. Y es que, tal como tiene expuesto el Tribunal

Constitucional español, en criterio que este Colegiado comparte,

"En una sociedad democrática, el espacio urbano no es sólo un ámbito de

circulación, sino también un espacio de participación."^[22]

31. Adicionalmente, no es posible soslayar que incluso al supuesto exceptuado de la prohibición absoluta de reuniones en el Centro Histórico (los eventos tradicionales), se le ha sometido al requisito de autorización previa, a pesar de que, tal como se ha sostenido en el Fundamento 15 e), *supra*, el derecho de reunión es de eficacia inmediata y, por consiguiente, no está supeditado a la autorización adelantada de ninguna autoridad, sin perjuicio de la posibilidad de prohibir su ejercicio por razones constitucionalmente justificadas.

32. Por todos estos motivos, el Tribunal Constitucional considera inconstitucional el inciso f) del artículo 132° de la Ordenanza Municipal N.º 062-MML, motivo por el cual, en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas, previsto en el artículo 138° de la Constitución, lo declara inaplicable.

§11. Análisis de constitucionalidad del Decreto de Alcaldía N.º 060-2003

33. El artículo 1º del Decreto de Alcaldía N.º 060-2003, establece:

"Precisar que es de competencia de la Municipalidad Metropolitana de Lima, la autorización a que se refiere el inciso f) del artículo 132° de la Ordenanza N.º 062-MML, Reglamento de la Administración del Centro Histórico de Lima."

Por su parte, la MML en la contestación de la demanda, ha sostenido:

"No resulta ser función de la Municipalidad Metropolitana de Lima autorizar o garantizar las reuniones públicas, dado que ello corresponde a la Prefectura de Lima, de acuerdo al numeral 4) del artículo 17° del Reglamento de Organización y Funciones de las Autoridades Políticas, aprobado por decreto Supremo N.º 004-91-IN" (sic).

Se trata, como resulta evidente, de dos afirmaciones manifiestamente contrapuestas.

34. Empero, más allá de esta incomprensible contradicción, aquí el problema constitucional es otro. Y es que el referido artículo 1º se ampara en una disposición que, como quedó dicho, resulta manifiestamente inconstitucional, entre otros motivos, por someter a un requisito de autorización previa el derecho fundamental de reunión. En tal sentido, desde luego, el vicio de inconstitucionalidad del inciso f) del artículo 132° de la Ordenanza Municipal N.º 062-MML, se extiende al artículo 1º del Decreto de Alcaldía N.º 060-2003, por lo que corresponde su inaplicación.

35. Por otra parte, de conformidad con los artículos 2º y 3º de la Decreto Legislativo N.º 370 —Ley del Ministerio del Interior—, dicho Ministerio es el Organismo Público

Rector, entre otras, de las actividades de gobierno interno y de seguridad interna. Entre las autoridades políticas de la Dirección General de Gobierno Interior (órgano ejecutivo del Ministerio del Interior), encargadas de representar al Poder Ejecutivo en el ámbito de su jurisdicción, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, y velar por el orden interno, con el apoyo de las Fuerzas Policiales (artículo 24° del Decreto Legislativo N.º 370), se encuentran los Prefectos, quienes tal como lo dispone el inciso 4) del artículo 17° del Decreto Supremo N.º 004-91-IN —Reglamento de Organización y Funciones de las Autoridades Políticas—, tienen por función:

"Autorizar la realización de concentraciones públicas".

Tal como se aprecia, esta norma (el inciso 4 del artículo 17° del Decreto Supremo N.º 004-91-IN), incurre también en un vicio de inconstitucionalidad al pretender que el derecho de reunión sea sometido a un requisito de autorización previa, razón por la cual este Tribunal se encuentra facultado para declarar también su inaplicación. Empero, se abstiene de hacerlo a efectos de evitar la ausencia de una autoridad competente para conocer los avisos previos de celebración de reuniones en plazas o vías públicas.

Sin embargo, este Colegiado ordena al Ministerio del Interior la inmediata reforma de dicha disposición, la cual, entretanto, deberá ser interpretada, de conformidad con la Constitución, esto es, en el sentido de que es competencia de la Prefectura restringir o prohibir el derecho de reunión, sólo cuando existan causas objetivas, suficientes y fundadas que lo justifiquen, de conformidad con los lineamientos de esta sentencia.

36. El artículo 2° del Decreto de Alcaldía N.º 060-2003, dispone:

"Declarar Zona rígida para cualquier tipo de concentración pública el sector de máxima protección reconocido como Patrimonio Cultural de la Humanidad por la UNESCO dentro del Centro Histórico de Lima, delimitado por el río Rímac, las avenidas Tacna, Nicolás de Piérola y Abancay, sin incluir éstas (...)."

Pretende, en consecuencia, la prohibición absoluta de ejercer el derecho de reunión en las vías públicas (únicas a las que puede hacer referencia el término técnico "zona rígida") del área perteneciente al Centro Histórico de Lima, delimitada por el río Rímac, las avenidas Tacna, Nicolás de Piérola y Abancay, sin incluir éstas. Se advierte, pues, una prohibición al ejercicio del derecho de reunión carente de toda proporcionalidad, pues lejos de permitir analizar las concretas circunstancias de cada caso para determinar si, a la luz de ellas, dicha prohibición se justifica o no, pretende proyectar dicha prohibición con efectos generales, sin causa objetiva, suficiente y fundada que la ampare.

Así las cosas, no cabe más que aplicar, *mutatis mutandis*, idéntico razonamiento al que fue expuesto en los Fundamentos 27 a 30, *supra*, con relación al inciso f) del artículo 132° de la Ordenanza Municipal N.º 032-MML,

y declarar inaplicable, por inconstitucional, el artículo 2° del Decreto de Alcaldía N.º 060-2003; así como sus artículos 3° y 4°, por conexión.

§12. Posibilidad de prohibir o restringir el ejercicio del derecho de reunión en el Centro Histórico de Lima evaluando las circunstancias concretas de cada caso

37. Lo expuesto, desde luego, no significa que atendiendo a las particulares circunstancias de cada caso, el derecho de reunión en el Centro Histórico, no pueda ser restringido o, en su caso, prohibido, máxime teniendo en cuenta su condición de Patrimonio Cultural de la Humanidad. Estas medidas preventivas, por ejemplo, podrían tener lugar si existen objetivas pruebas (no meras sospechas) de la tendencia violentista de las personas o dirigentes de la entidad organizadora^[23]; si existe otra reunión programada en un lugar próximo en la misma fecha^[24]; si distintas reuniones son convocadas reiteradamente en un mismo lugar, comprometiendo, objetivamente, su preservación y su ornato; si la cantidad de gente convocada, con certeza, superará la capacidad del lugar o de las vías propuestas como itinerario; entre otros.

38. Por otra parte, tomando en cuenta la estrechez de diversas calles pertenecientes al área del Centro Histórico, la congestión vehicular que, en determinadas horas, le es característica, y los diversos locales comerciales que en él existen, resultaría plenamente constitucional que la autoridad administrativa restrinja los horarios específicos en los que el derecho de reunión pueda ser ejercido en el referido Centro, de manera tal que en aras de optimizar la protección de este derecho no se culmine por afectar desproporcionadamente otros derechos fundamentales, como la libertad de tránsito, la de empresa, entre otros.

39. Asimismo, la Policía Nacional puede adoptar las medidas represivas estrictamente necesarias, frente a aquellas reuniones en plazas o vías públicas en las que los celebrantes no hayan cumplido con el requisito de avisar previamente a la autoridad competente el objeto, lugar o recorrido, fecha u hora de la misma. Pues no puede olvidarse que dicho aviso es el requisito imprescindible para que las autoridades asuman todas las medidas necesarias, desplegando su máximo esfuerzo, para prevenir y, de ser el caso reprimir, razonable y proporcionalmente, la afectación de bienes públicos o privados o la afectación de los derechos fundamentales de terceros o de los propios celebrantes.

40. También cabría restringirse la reunión si ésta afecta, manifiestamente, las normas administrativas encargadas de regular los niveles máximos permitidos de incidencia acústica^[25], con la consecuente afectación del derecho fundamental a la tranquilidad y a gozar de un medio adecuado al desarrollo de la vida (artículo 2° 22 de la Constitución).

41. Por otra parte, deberá procederse a la inmediata detención de toda persona que atenta contra la integridad física de las personas y/o mediante violencia causa grave daño a la propiedad pública o privada (artículo 315° del Código Penal); la que, públicamente, hace la apología de

un delito o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe (artículo 316° del Código Penal); la que atenta contra el transporte público (artículo 280° del Código Penal); la que impide, estorba o entorpece el normal funcionamiento de los transportes en una vía pública ajena al lugar o recorrido programado para la reunión (artículo 283° del Código Penal); y, en fin, la que incurra en cualquier atentado contra el orden público, los bienes o las personas, que se encuentre tipificado como delito.

En el caso específico del Centro Histórico, al haber sido declarado Patrimonio Cultural de la Humanidad, debe tenerse en cuenta que el artículo 230° del Código Penal establece:

“El que destruye, altera, extrae del país o comercializa, sin autorización, bienes culturales previamente declarados como tales, distintos a los de la época prehispánica, o no los retorna al país de conformidad con la autorización que le fue concedida, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con noventa a ciento ochenta días-multa.”

42. Finalmente, no debe olvidarse tampoco que el artículo 166° del Código Penal establece una pena privativa de libertad no mayor de un año y con sesenta días-multa a quien, con violencia o amenaza, impide o perturba una reunión pública lícita; que el artículo 167° dispone que el funcionario público que abusando de su cargo no autoriza, no garantiza, prohíbe o impide una reunión pública, lícitamente convocada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación de uno a dos años conforme el artículo 36°, incisos 1, 2 y 3 del Código Penal; y que el artículo 3° de la Ley N.º 27686, estipula —como, por lo demás, se desprende del propio artículo 166° de la Constitución—, que la Policía Nacional está obligada a garantizar el ejercicio del derecho constitucional de reunión, así como de impedir la perturbación del orden público o restablecerlo, respetando plenamente los derechos humanos y las leyes de la República.

43. Las leyes penales, por tanto, asumen un equilibrio entre los bienes constitucionales comprometidos, del que se aleja el inciso f) del artículo 132° de la Ordenanza Municipal N.º 062-MML y el Decreto de Alcaldía N.º 060-2003.

44. Sin perjuicio de lo expuesto, es necesario que se expida, en breve plazo, una ley encargada de regular el ejercicio del derecho de reunión, la autoridad competente para conocer los avisos previos en los supuestos de reuniones celebradas en plazas y vías públicas, los plazos para notificar las causas fundadas para restringir o prohibir la celebración del evento, sus límites, etc.; motivo por el cual, de conformidad con lo establecido en el artículo 107° de la Constitución, este Tribunal propone al Congreso de República dictar la ley respectiva, teniendo en cuenta los fundamentos de esta sentencia.

45. Mientras ello no ocurra, sin perjuicio de tener presentes los criterios expuestos en esta sentencia,

este Colegiado considera que cabe una interpretación contextualmente extensiva de los artículos 358° y 359° de la Ley N.º 26859 –Ley Orgánica de Elecciones–^[26], y considerar que no sólo resultan aplicables en el período electoral, sino, incluso, en épocas no electorales.

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

HA RESUELTO

1. De conformidad con los Fundamentos 22 a 36, *supra*, en aplicación del control difuso de constitucionalidad de las normas, previsto en el artículo 138° de la Constitución, declarar inaplicables, por inconstitucionales, el inciso f) del artículo 132° de la Ordenanza Municipal N.º 062-MML y el Decreto de Alcaldía N.º 060-2003.

2. Declarar **FUNDADA** la demanda, y, en consecuencia, ordena a la emplazada y a las autoridades administrativas que resulten competentes, abstenerse de aplicar el inciso f) del artículo 132° de la Ordenanza Municipal N.º 062-MML y el Decreto de Alcaldía N.º 060-2003, pudiendo restringir o prohibir el ejercicio del derecho de reunión, sólo si, de conformidad con los fundamentos de esta sentencia, en atención a las circunstancias concretas de cada caso, existen razones objetivas, suficientes y fundadas para ello.

3. Declarar que, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPCConst., constituye precedente vinculante el criterio conforme al cual, en ningún caso el ejercicio del derecho de reunión, previsto en el artículo 2° 12 de la Constitución, puede ser sometido al requisito de autorización previa por parte de la autoridad administrativa (Fundamentos 15 e. y 18), la cual sólo podrá restringirlo o prohibirlo atendiendo a las concretas circunstancias de cada caso y sólo por razones objetivas, suficientes y fundadas, según ha quedado expuesto en los fundamentos de esta sentencia.

4. De conformidad con el Fundamento 35, *supra*, se ordena al Ministerio del Interior la inmediata reforma del inciso 4) del artículo 17° del Decreto Supremo N.º 004-91-IN, el cual, entretanto, deberá ser interpretado de conformidad con la Constitución; esto es, en el sentido de que es competencia de la Prefectura restringir o prohibir el derecho de reunión, sólo cuando existan causas objetivas, suficientes y fundadas que lo justifiquen, en atención a los lineamientos de esta sentencia.

5. En observancia del artículo 107° de la Constitución, y tal como ha quedado dicho en el Fundamento 44, *supra*, este Tribunal propone al Congreso de República expedir una ley encargada de regular el ejercicio del derecho de reunión, la autoridad competente para conocer los avisos previos en los supuestos de reuniones celebradas en plazas y vías públicas, los plazos para notificar las causas fundadas para restringir o prohibir la celebración del evento, sus límites, etc., teniendo en cuenta los fundamentos de esta sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
GONZALES OJEDA
LANDA ARROYO**

¹⁴¹ Cfr. STC 0830-2000-AA, Fundamento 2; STC 1311-2000-AA, Fundamento 1; RTC 2308-2004-AA, Fundamentos 4 y 5; entre otras.

¹⁴² Además de las citadas precedentemente, Cfr. STC 0504-2000-AA, Fundamento 2; STC 0300-2002-AA y otros (acumulados), Fundamento 1; STC 2670-2002-AA, Fundamento 2; STC 0487-2003-AA, Fundamento 2; STC 2302-2003-AA, Fundamento 7; entre otras.

¹⁴³ Vid. STC 0001-2003-AI / 0003-2003-AI (acumulados), Fundamento 15.

¹⁴⁴ Decreto del Alcaldía N.º 060, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 23 de enero de 2003.

¹⁴⁵ La tolerancia ha sido reconocida por este Tribunal como "valor superior y principio rector de un sistema democrático" (STC 0042-2004-AI, Fundamento 3), en la medida que "el poder ejercido por la mayoría debe distinguirse de todo otro en que no sólo presupone lógicamente una oposición, sino que la reconoce como legítima desde el punto de vista político, e incluso la protege, creando instituciones que garantizan un mínimo de posibilidades de existencia y acción a distintos grupos religiosos, nacionales o económicos, aun cuando solo estén constituidos por una minoría de personas; o, en realidad, precisamente por constituir grupos minoritarios. La democracia necesita de esta continuada tensión entre mayoría y minoría, entre gobierno y oposición, de la que dimana el procedimiento dialéctico al que recurre esta forma estatal en la elaboración de la voluntad política. Se ha dicho, acertadamente, que la democracia es discusión. Por eso el resultado del proceso formativo de la voluntad política es siempre la transacción, el compromiso. La democracia prefiere este procedimiento a la imposición violenta de su voluntad al adversario, ya que de ese modo se garantiza la paz interna" (Kelsen, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona: Editorial Labor, 1977. p. 141).

¹⁴⁶ El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de expresión ha sido desarrollado por este Tribunal, fundamentalmente, en la STC 0905-2001-AA.

¹⁴⁷ Sentencia del TEDH, caso Rekvényi, del 20 de mayo de 1999, párrafo 58.

¹⁴⁸ Sentencia del TEDH, caso Stankov, del 13 de febrero de 2003, párrafo 85.

¹⁴⁹ Sobre el particular, debe recordarse cómo —tal como lo exhortara la Defensoría del Pueblo es su Resolución Defensorial N.º 039-DP-2000, que aprobó el informe defensorial sobre el derecho de reunión y manifestación en forma pacífica, con antelación a la realización de la denominada "Marcha de los cuatro suyos", realizada el 28 de julio de 2000—, mediante Resolución Ministerial

N.º 0180-2001-IN-0102, de fecha 10 de febrero de 2002, se modificó el ítem 5 del Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio del Interior en lo relativo a la Dirección General de Gobierno Interior (Sede Central, Prefecturas, Subprefecturas y Gobernaciones), aprobado por Decreto Supremo N.º 001-2000-IN, que, inconstitucionalmente, sometía a una previa autorización el ejercicio del derecho de reunión.

¹⁵⁰ Sin que por ello deban desatenderse los artículos de los otros tratados internacionales sobre derechos humanos que se ocupan del derecho *in comento*; a saber: el artículo 20º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 27º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 21º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español. N.º 195/2003, Fundamento 7.

¹⁵² Resolución Defensorial N.º 039-DP-2000, Considerando Primero.

¹⁵³ Artículo 21º de la Constitución.- "Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado.

La ley garantiza la propiedad de dicho patrimonio.

Fomenta conforme a ley, la participación privada en la conservación, restauración, exhibición y difusión del mismo, así como su restitución al país cuando hubiere sido ilegalmente trasladado fuera del territorio nacional."

¹⁵⁴ Cfr. STC 0042-2004-AI, Fundamentos 1 a 5; y STC 0020-2005-AI / 0021-2005-AI (acumulados), Fundamentos 81 a 111.

¹⁵⁵ Vid. STC 0042-2004-AI, Fundamento 1.

¹⁵⁶ Idem, Fundamento 2.

¹⁵⁷ Vid. STC 1797-2002-HD, Fundamento 11; STC 2209-2002-AA, Fundamento 25; STC 0001-2003-AI / 0003-2003-AI, Fundamento 10; STC 0008-2003-AI, Fundamento 5; STC 1013-2003-HC, Fundamento 6; 1076-2003-HC, Fundamento 7; STC 1219-2003-HD, Fundamento 6; STC 2579-2003-HD, Fundamento 6; STC 0029-2004-AI, Fundamento 15; STC 5854-2005-AA, Fundamento, 12.

¹⁵⁸ Artículo 38º de la Constitución.- "*Todos los peruanos tienen el deber de (...) respetar, cumplir y defender la Constitución (...).*"

¹⁵⁹ Artículo 45º de la Constitución.- "*El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. (...).*"

¹⁶⁰ Vid. STC 0016-2002-AI, Fundamentos 6 a 10; STC 0001-2003-AI / 0003-2003-AI (acumulados), Fundamento 4; STC 0008-2003-AA, Fundamentos 51 a 55; STC 0017-2004-AI, Fundamentos 6 a 8; STC 0019-2005-AI,

Fundamentos 43 a 50; STC 0708-2005-AI, Fundamentos 9 a 11; entre otras.

^[21] *Vid.* STC 0858-2003-AA, Fundamento 5 y ss.; STC 1219-2003-HD, Fundamento 11 y ss.; entre otros.

^[22] Sentencias del Tribunal Constitucional español Nros. 66/1995, Fundamento 3; 195/2003, Fundamento 9.

^[23] Para tales efectos debe tenerse en cuenta la Ley N.º 27686, en su artículo 4º, establece que “[l]os registros fotográficos y/o filmicos auténticos de manifestaciones públicas en las que puede individualizarse a los autores de actos de violencia, lesiones o daño a la propiedad privada y/o pública, constituyen elemento probatorio.”

^[24] *Vid.* el artículo 359º de la Ley N.º 26859: “Está prohibido realizar, simultáneamente, más de una manifestación en lugares públicos de una misma ciudad, salvo que se realicen en sectores separados por más de un kilómetro de distancia. La decisión corresponde a la autoridad política respectiva, la que establece la preferencia de acuerdo con el orden en que se hayan recibido los avisos.”

^[25] *Vid.*, entre otras normas, el Decreto Supremo N.º 085-2003-PCM, que aprueba el reglamento de estándares nacionales de calidad ambiental para ruido.

^[26] *Cfr.* Fundamento 20, *supra*.

Exp. N° 0168-2005-PC/TC [Proceso de Cumplimiento promovido por Maximiliano Villanueva Valverde. Se establecen criterios de procedibilidad para las demandas de cumplimiento].

Fecha de Resolución: 29 de setiembre de 2005

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 03 de octubre de 2005

Resumen: El Tribunal Constitucional mediante la sentencia recaída en el Expediente N° 0168-2005-AC/ TC estableció determinados criterios de procedibilidad en relación a las demandas de cumplimiento (fundamentos 14, 15 y 16), los cuales declara constituyen precedente vinculante inmediato de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del C.P.Const.

En esta sentencia, conforme a los artículos 3°, 43° y 45° de la Constitución, el Tribunal Constitucional reconoció la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere el artículo 65° del Código Procesal Constitucional (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento), surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento.

Para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes:

- a) Ser un mandato vigente.
- b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal o del acto administrativo.
- c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
- d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
- e) Ser incondicional.

Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.

Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos de deberá:

- f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
- g) Permitir individualizar al beneficiario.

Asimismo, el Tribunal estableció que estos requisitos mínimos se justifican porque el proceso de cumplimiento diseñado por nuestra Constitución y el Código Procesal Constitucional, dado su carácter sumario y breve, no es el adecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas a que hemos hecho referencia, o de normas legales superpuestas que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas.

Del mismo modo se precisó que en este tipo de procesos el funcionario o autoridad pública tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal o del acto administrativo, no siendo

posible ningún tipo de discrecionalidad de su parte. En ellos los derechos del demandante son prácticamente incuestionables, de modo que comprobada la renuencia y el incumplimiento de la norma legal o el acto administrativo conforme a las pautas descritas, de ineludible cumplimiento, corresponderá amparar la demanda (FF.JJ. 14, 15 y 16).

Temas Claves: Objeto del proceso de cumplimiento - procedencia del proceso de cumplimiento - requisitos mínimos de mandato normativo.

**EXP. N.º 0168-2005-PC/TC
DEL SANTA**

**MAXIMILIANO VILLANUEVA
VALVERDE**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 29 días del mes de setiembre de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Maximiliano Villanueva Valverde contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, de fojas 110, su fecha 4 de noviembre de 2004, que declaró improcedente la demanda de cumplimiento de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 1 de octubre de 2003, el recurrente interpone acción de cumplimiento contra la Oficina de Normalización (ONP) solicitando que se cumpla con determinar y ejecutar el pago de su pensión inicial de conformidad con lo dispuesto por la Ley N.º 23908, que establece una pensión mínima no menor de tres remuneraciones mínimas vitales, así como que se ordene el reintegro de las pensiones devengadas y sus respectivos intereses legales.

La ONP contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente. Alega que la Ley N.º 23908 estableció el monto mínimo de la pensión en tres sueldos mínimos vitales, pero no dispuso que fuera, como mínimo, tres veces más que el básico de un servidor en actividad, el cual nunca llegó a ser igual al Ingreso Mínimo Legal, que estaba compuesto por el Sueldo Mínimo Vital más las bonificaciones por costo de vida y suplementaria. Añade que dicha norma fue derogada.

El Primer Juzgado Civil de la Corte Superior del Santa, con fecha 5 de abril de 2004, declaró fundada la demanda estimando que el recurrente adquirió los derechos reconocidos por la Ley N.º 23908, puesto que se encontraba vigente cuando aquél obtuvo su pensión.

La recurrida, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda, argumentando que el recurrente no alcanzó

el punto de contingencia antes del 19 de diciembre de 1992, fecha en que se derogó la Ley N.º 23908.

FUNDAMENTOS

1. Considerando que, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, mediante el presente caso el Tribunal Constitucional establecerá precedentes de carácter obligatorio para la procedencia de los procesos de cumplimiento, con carácter previo a la resolución del caso concreto se fundamentarán las razones que sustentan la adopción de los nuevos criterios que se tomarán en cuenta a partir de la fecha.

Carácter normativo de la Constitución y procesos constitucionales

2. Desde el punto de vista doctrinario, es posible considerar que existen temas de naturaleza propiamente constitucionales y otros que, sin tener tal condición, son incorporados a la Constitución por el constituyente. Sin embargo, desde la perspectiva de la justicia constitucional, que es la que le compete al Tribunal Constitucional, y a fin de preservar la supremacía jurídica de la Constitución, con arreglo a los artículos 45.º y 51.º de la Carta Magna, es indispensable reiterar el carácter normativo de la Constitución en su conjunto que, obviamente, abarca todas las materias que ella regula.

3. La Constitución es un ordenamiento que posee fuerza normativa y vinculante; por ende, la materia constitucional será toda la contenida en ella, y "*lo constitucional*" derivará de su incorporación en la Constitución. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, a lo largo de su funcionamiento, en la resolución de los diferentes casos que ha tenido oportunidad de conocer (no sólo en los procesos de inconstitucionalidad y en los procesos competenciales, sino también en los procesos constitucionales de protección de los derechos fundamentales), donde ha evaluado vulneraciones a la Constitución de la más diversa índole y en las cuales el único requisito para tal examen consistía en que la controversia se fundara en una violación de algún principio, valor o disposición de la Constitución.

El Proceso de Cumplimiento en el modelo de jurisdicción constitucional de la Constitución de 1993

4. Atendiendo a las consideraciones expuestas es que debemos interpretar las normas contenidas en el Título V de la Constitución, relativas a las garantías

constitucionales o procesos constitucionales. En efecto, el planteamiento descrito líneas arriba se confirma con el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, relativo a los alcances de dicho cuerpo legal, que señala que tal Código "(...) regula los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia, previstos en los artículos 200 y 202 inciso 3) de la Constitución". Consiguientemente, el Código Procesal Constitucional acatando el mandato constitucional, reconoce al proceso de cumplimiento su carácter de proceso constitucional.

5. Ahora bien, conforme al artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales tienen, entre sus fines esenciales, los de garantizar la supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales que son posibles, o se concretizan, a través de las finalidades específicas de cada uno de los procesos constitucionales. Por tanto, para configurar el perfil exacto del proceso de cumplimiento, garantizando la autonomía de cada uno de los procesos constitucionales que protegen derechos constitucionales (amparo, hábeas corpus y hábeas data), debemos precisar, dentro del marco del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, como es que mediante el proceso de cumplimiento se alcanzan los fines comunes a los procesos constitucionales.

6. Para ello, es necesario tener presente que el artículo 3.º, concordante con el artículo 43.º de la Constitución, dispone que la enumeración de los derechos establecidos en su capítulo I del Título I no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. (Véase Exp. N.º 2488-HC, fundamento 12).

7. En efecto, conforme a los principios de soberanía del pueblo (artículo 45.º de la Constitución) y de forma republicana de gobierno, al carácter social y democrático de nuestro Estado (artículo 43.º de la Constitución), y al principio de jerarquía normativa (artículo 51.º de la Constitución), el respeto al sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, donde se incluyen las decisiones de este Tribunal Constitucional, constituye uno de los valores preeminentes de todo sistema democrático por donde los poderes públicos y los ciudadanos deben guiar su conducta por el derecho.

8. Por tanto, el control de la regularidad del sistema jurídico en su integridad constituye un principio constitucional básico en nuestro ordenamiento jurídico nacional que fundamenta la constitucionalidad de los actos legislativos y de los actos administrativos (ambos en su dimensión objetiva), procurándose que su vigencia sea conforme a dicho principio. Sin embargo, no sólo basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la ley, según sea el caso, y que tengan vigencia; es

indispensable, también, que aquellas sean eficaces.

9. Es sobre la base de esta última dimensión que, conforme a los artículos 3.º, 43.º y 45.º de la Constitución, el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere el artículo 65.º del Código Procesal Constitucional (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento), surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento.

10. En efecto, el inciso 6.º del artículo 200.º de la Constitución establece que el proceso de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario *renuente a acatar* una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. Como hemos expuesto precedentemente, el acatamiento de una norma legal o un acto administrativo tiene su más importante manifestación en el nivel de su eficacia. Por tanto, así como el proceso de hábeas data tiene por objeto esencial la protección de los derechos a la intimidad, acceso a la información pública y autodeterminación informativa, el proceso de cumplimiento tiene como finalidad proteger el derecho constitucional de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos.

11. Con este proceso constitucional el Estado social y democrático de derecho que reconoce la Constitución (artículos 3.º y 43.º), el deber de los peruanos de respetar y cumplir la Constitución y el ordenamiento jurídico (artículo 38.º) y la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 51.º) serán reales, porque, en caso de la renuencia de las autoridades o funcionarios a acatar una norma legal o un acto administrativo, los ciudadanos tendrán un mecanismo de protección destinado a lograr su acatamiento y, por ende, su eficacia.

Requisitos comunes de la norma legal y del acto administrativo para que sean exigibles a través del proceso de cumplimiento

12. Es así que desde la línea argumental descrita en el artículo 66.º del Código Procesal Constitucional, el objeto de este tipo de procesos será ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente: 1) dé cumplimiento, en cada caso concreto, a una norma legal, o ejecute un acto administrativo firme; o 2) se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución o dictar un reglamento. En ambos casos, el Tribunal Constitucional considera que para la procedencia del proceso de cumplimiento, además de acreditar la renuencia del funcionario o autoridad pública, deberán tenerse en cuenta las características mínimas comunes del mandato de la norma legal, del acto administrativo y de la orden de emisión de una resolución o de un reglamento, a fin de que el proceso de cumplimiento prospere, puesto que de no reunir tales características,

además de los supuestos contemplados en el artículo 70.º del Código Procesal Constitucional, la vía del referido proceso no será la idónea.

13. Sobre las características mínimas comunes de la norma legal o del acto administrativo cuyo cumplimiento se exige, este Colegiado ha afirmado que "(...) debe tratarse de un mandato que sea de obligatorio cumplimiento, que sea incondicional y, tratándose de los condicionales, que se haya acreditado haber satisfecho las condiciones; asimismo, que se trate de un mandato cierto o líquido, es decir, susceptible de inferirse indubitadamente de la ley o del acto administrativo que lo contiene y, (...) que se encuentre vigente". (Exp. N.º 0191-2003-AC, fundamento 6).

14. Para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes:

- a) Ser un mandato vigente.
- b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal o del acto administrativo.
- c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
- d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
- e) Ser incondicional.

Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.

Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá:

- f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
- g) Permitir individualizar al beneficiario.

15. Estos requisitos mínimos se justifican porque el proceso de cumplimiento, diseñado por nuestra Constitución y el Código Procesal Constitucional, dado su carácter sumario y breve, no es el adecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas a que hemos hecho referencia, o de normas legales superpuestas que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas.

16. Del mismo modo, en este tipo de procesos el funcionario o autoridad pública tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal o del acto administrativo, no siendo posible ningún tipo de discrecionalidad de su parte. Asimismo, en ellos los derechos del demandante son prácticamente incuestionables, de modo que, comprobada la renuencia y el incumplimiento de la norma legal o el acto administrativo conforme a las pautas descritas, de ineludible cumplimiento, corresponderá amparar la demanda.

17. De no ser así, el proceso de cumplimiento terminaría convirtiéndose en un proceso declarativo, o de conocimiento, con abundancia de medios probatorios y en cuyo seno se discutan controversias propias de este tipo de procesos. Por el contrario, si tal proceso conserva su carácter especial (ser un proceso de condena, de ejecución, breve, sumario, donde la actividad probatoria es mínima), bastará que se acredite el incumplimiento de la norma legal, la inejecución del acto administrativo, el incumplimiento de la orden de emisión de una resolución o de un reglamento y la renuencia, consiguiéndose un proceso rápido y, sobre todo, eficaz.

18. Por tanto, para el Tribunal Constitucional las características básicas del proceso de cumplimiento diseñado por la Constitución y el Código Procesal Constitucional, son las reseñadas precedentemente.

Análisis del presente caso

19. En el caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N.º 1417-2005-AA/TC), este Colegiado estableció que "(...) los criterios uniformes y reiterados contenidos en las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional en materia pensionaria, mantienen sus efectos vinculantes. En consecuencia, a pesar de que determinadas pretensiones sobre la materia no puedan en el futuro ser ventiladas en sede constitucional, la judicatura ordinaria se encuentra vinculada por las sentencias en materia pensionaria expedidas por este Colegiado". (Fundamento 60).

20. En tal sentido, es claro que los criterios interpretativos que bajo el marco de la Constitución establecimos para la aplicación de la Ley N.º 23908, deben servir para resolver los casos originados por dicha ley en la vía jurisdiccional ordinaria y en la vía administrativa. Del mismo modo debe procederse respecto a los criterios relativos a otras normas legales sobre pensiones. Por ejemplo, los criterios interpretativos desarrollados en el caso Briones Vigo (Exp. N.º 0198-2003-AC/TC), fundamentos 2 a 15, relacionados con la aplicación de la Ley N.º 23908, constituirán precedentes de observancia obligatoria para las controversias derivadas de tal ley.

21. En dicha sentencia se precisó que "El Decreto Ley N.º 25967, vigente desde el 19 de diciembre de 1992, modificó los requisitos del Decreto Ley N.º 19990 para el goce de las pensiones, entendiéndose que, desde la fecha de su vigencia, se sustituía el beneficio de la pensión mínima por el nuevo sistema de cálculo, resultando, a partir de su vigencia -19 de diciembre de 1992-, inaplicable la Ley N.º 23908 (...). Por tanto, la pensión mínima regulada por la Ley N.º 23908 debe aplicarse a aquellos asegurados que hubiesen alcanzado el punto de contingencia hasta el 18 de diciembre de 1992 (día anterior a la entrada en vigencia del Decreto Ley N.º 25967), con las limitaciones que estableció su artículo 3º, y solo hasta la fecha de su derogación tácita por el Decreto Ley N.º 25967". (Caso Briones Vigo, Exp. N.º 0198-2003-AC/TC, fundamento 10).

22. En el presente caso, de la Resolución N.º 0000050737-2002-ONP/DC/DL 19990, de fecha 20 de setiembre de 2002, que obra a fojas 2 de autos, se advierte que al

demandante se le reconoció su pensión de jubilación a partir del 1 de diciembre de 1994. En consecuencia, habiéndose verificado la contingencia con posterioridad al 18 de diciembre de 1992 (fecha en que entró en vigencia el Decreto Ley N.º 25967), no le corresponde el beneficio de la pensión mínima establecido por la Ley N.º 23908, conforme a los criterios reseñados en el fundamento anterior. Razón por la cual la demanda debe ser desestimada. Del mismo modo, habiéndose desestimado la pretensión principal, la subordinada corre la misma suerte, por lo que el pedido de pago de devengados e intereses debe también desestimarse.

Precedente vinculante

23. La resolución del presente caso en la vía de cumplimiento, teniendo como base los precedentes del Caso Briones Vigo (Exp. N.º 0198-2003-AC/TC, fundamento 10), demuestra cómo hasta ahora los criterios de la jurisdicción constitucional han sido bastante flexibles y amplios para evaluar normas legales y actos administrativos cuyo cumplimiento se exige en la presente vía constitucional. Sin embargo, y dentro del marco de la función de ordenación del Tribunal Constitucional, se hace indispensable, para los casos futuros que se tramiten en la vía del proceso de cumplimiento, la aplicación estricta de los requisitos mínimos comunes a los mandatos contenidos en las normas legales y actos administrativos cuyo cumplimiento se exige, que han sido desarrollados a través de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional y que se resumen en la presente sentencia, a fin de no desnaturalizar el carácter breve y expeditivo del proceso de cumplimiento.

24. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios contenidos en los fundamentos 14, 15 y 16, *supra*, constituyen precedente vinculante para todos los procesos de cumplimiento, puesto que son indispensables para determinar la procedencia de la vía del proceso constitucional de cumplimiento.

25. Con ello el Tribunal Constitucional busca perfeccionar el proceso de cumplimiento a fin de que sea realmente eficaz y expeditivo. Por tanto, el precedente establecido en el párrafo anterior será de vinculación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, de modo que toda demanda que sea presentada y que no reúna las condiciones del precedente, o las que se encuentren en trámite y adolezcan de ellos, deberán ser declaradas improcedentes.

Vía procedimental específica y reglas procesales aplicables a los procesos de cumplimiento en trámite que no cumplan con los requisitos

26. A partir de la expedición de la sentencia del caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N.º 1417-2005-AA/TC), el Tribunal Constitucional estableció que los derechos pensionarios de orden legal, entre otros, por ejemplo los derivados de la Ley N.º 23908, deberán ser conocidos en la vía del contencioso administrativo y no mediante el proceso de amparo, salvo las excepciones que se establecieron en la misma sentencia, encauzándose las

demandas que se declarasen improcedentes, conforme a los nuevos criterios, a la vía contenciosa administrativa.

27. Consecuentemente, y aplicando similares criterios, las demandas de cumplimiento que no cumplan con los requisitos de procedibilidad descritos en la presente sentencia, deberán tramitarse por la vía específica para las controversias derivadas de las omisiones de la administración pública sobre materia pensionaria que, conforme a los artículos 4º (inciso 2) y 24º (inciso 2) de la Ley N.º 27584, será el proceso contencioso administrativo a través de la vía sumarísima.

28. Por lo tanto, a la luz de las funciones de ordenación y pacificación inherentes a este Tribunal Constitucional las demandas de cumplimiento sobre materia pensionaria que, en aplicación de los criterios de procedibilidad previstos en los fundamentos 14, 15, 16 *supra* de la presente sentencia sean declaradas improcedentes, deberán seguir las reglas procesales establecidas en los fundamentos 53 a 58 y 60 del caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N.º 1417-2005-AA/TC), con las adaptaciones necesarias relativas al proceso sumarísimo a que se refiere el artículo 24º, inciso 2 de la Ley N.º 27584.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la acción de cumplimiento.
2. Declarar que los criterios de procedibilidad de las demandas de cumplimiento, previstos en los fundamentos 14, 15 y 16, *supra*, constituyen precedente vinculante inmediato, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPConst.; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, toda demanda de cumplimiento que sea presentada o que se encuentre en trámite y que no cumpla con tales condiciones, debe ser declarada improcedente.

Declarar que las reglas procesales de aplicación a las demandas de cumplimiento que a la fecha de publicación de esta sentencia se encuentren en trámite, serán las previstas en los fundamentos 53 a 58 y 60 del caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N.º 1417-2005-AA/TC), de modo que serán vinculantes tanto para los jueces que conocen los procesos de cumplimiento, como para los jueces que resulten competentes para conocer las demandas contencioso administrativas, en la vía del proceso sumarísimo a que se refiere el artículo 24º, inciso 2 de la Ley N.º 27584.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

Exp. N° 0206-2005-PA/TC [Proceso de Amparo promovido por César Antonio Baylón Flores. Se establecen criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral].

Fecha de Resolución: 28 de noviembre de 2005

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 14 de diciembre de 2005

Resumen: El Tribunal Constitucional precisó que si bien el contenido del derecho constitucional a la protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda a elección del trabajador; en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada. Así, declaró que los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral, contenidos en los fundamentos que a continuación se detallan, constituyen precedente vinculante inmediato de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

i) Se establecen los casos de procedencia del amparo en controversias relacionadas con trabajadores del régimen laboral privado (FF.JJ. 7-16).

El Tribunal consideró que si bien el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador; en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados.

Respecto al despido sin imputación de causa, la jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado. En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, sólo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitadamente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos.

Con relación al despido nulo, si bien la legislación laboral privada regula la reposición y la indemnización para los casos de despido nulo conforme a los artículos 29° y 34° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el Tribunal Constitucional ratifica los criterios vertidos en el caso Eusebio Llanos Huasco en el punto referido a su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados.

Por otro lado, expresó que mediante Sentencia recaída en el Exp. N° 0008-2005-PI/TC se dejó establecido que la libertad sindical no sólo tiene una dimensión individual, sino también una dimensión plural o colectiva que se manifiesta en la autonomía sindical y en su personería jurídica (F.J. 26). Así, a criterio del Tribunal Constitucional la dimensión plural o colectiva de la libertad sindical garantiza no sólo la protección colectiva de los trabajadores sindicalizados (como fue reconocido por el Colegiado en el Exp. N° 1124-2001-AA/TC, F.J. 11), sino que también reconoce una protección especial para los dirigentes sindicales, toda vez que estos últimos, libremente elegidos, detentan la representación de los trabajadores sindicalizados a

fin de defender sus intereses. Consecuentemente, todo acto lesivo no justificado e irrazonable que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato deberá ser reparado.

El Colegiado en opinión coincidente con el Tribunal Constitucional Español estimó que las garantías descritas se justifican por cuanto los sindicatos son formaciones con relevancia social que integran la sociedad democrática (STC 292/1993, fundamento 5, del 9 de noviembre de 1993). Consiguientemente, los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos.

Del mismo modo, los despidos originados en la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23° de la Constitución el Estado protege especialmente a la madre.

Igualmente, el proceso de amparo será el idóneo frente al despido que se origina en la condición de impedido físico mental, a tenor de los artículos 7° y 23° de la Constitución que les garantiza una protección especial de parte del Estado.

Por tanto, a juicio del Colegiado cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo el amparo será procedente por las razones expuestas considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral si así lo estima conveniente.

ii) Se establecen los casos de improcedencia del amparo en controversias relacionadas con trabajadores del régimen laboral privado (FFJJ. 17-20).

Así, los amparos que se refieran a las materias que por mandato de la ley son de competencia de los jueces de trabajo; así como a aquellos casos que constituyen actos de hostilidad, según el artículo 30° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, serán declarados improcedentes en la vía del amparo.

De otro lado, conforme a la línea jurisprudencial en materia de derechos laborales de carácter individual (STC N° 2526-2003-AA), se ha establecido que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo.

Por tanto, aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo.

iii) Se establece la improcedencia del amparo en controversias relacionadas con trabajadores del régimen laboral público (FFJJ. 21-25).

Con relación a los trabajadores sujetos al régimen laboral público (Decreto Legislativo N° 276, Ley N° 24041 y regímenes especiales de servidores públicos sujetos a la carrera administrativa), es el Estado el único empleador en las diversas entidades de la Administración Pública. Por ello, el artículo 4° literal 6) de la Ley N° 27584 que regula el proceso contencioso administrativo, dispone que las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública son impugnables a través del proceso contencioso administrativo.

El Tribunal Constitucional estimó que la vía normal para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública

es el proceso contencioso administrativo, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares.

Igual tratamiento consideró para las pretensiones por conflictos jurídicos individuales respecto a las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública y que se derivan de derechos reconocidos por la ley, tales como nombramientos, impugnación de adjudicación de plazas, desplazamientos, reasignaciones o rotaciones, cuestionamientos relativos a remuneraciones, bonificaciones, subsidios y gratificaciones, permisos, licencias, ascensos, promociones, impugnación de procesos administrativos disciplinarios, sanciones administrativas, ceses por límite de edad, excedencia, reincorporaciones, rehabilitaciones, compensación por tiempo de servicios y cuestionamiento de la actuación de la administración con motivo de la Ley N° 27803, entre otros.

iv) Se establece la procedencia del amparo en controversias relacionadas con trabajadores del régimen laboral público (F.J. 24).

No obstante, haberse señalado que en los casos en que se soliciten la reposición de los despidos producidos bajo el régimen de la legislación laboral pública y de las materias mencionadas se declarará improcedente el amparo, puesto que la vía igualmente satisfactoria para ventilar este tipo de pretensiones es la del proceso contencioso administrativa; el Tribunal consideró que sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental conforme a los fundamentos 10 a 15 de esta sentencia. El Tribunal Constitucional estimó que de no hacerse así el proceso de amparo terminará sustituyendo a los procesos judiciales ordinarios como el laboral y el contencioso administrativo con su consiguiente ineficacia desnaturalizando así su esencia caracterizada por su carácter urgente, extraordinario, residual y sumario.

Temas Claves: Despido arbitrario - derecho al trabajo - despido fraudulento - despido incausado - despido nulo - libertad a la sindicalización - procedencia del amparo laboral - vía igualmente satisfactoria.

**EXP. N.º 0206-2005-PA/TC
HUAURA**

**CÉSAR ANTONIO
BAYLÓN FLORES**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes de noviembre de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don César Antonio Baylón Flores contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, de fojas 461, su fecha 9 de diciembre de 2005, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de abril de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. y don Víctor Manuel Hacen Bernaola, en su calidad de Gerente General de la citada empresa, solicitando que se declaren inaplicables la carta notarial de imputación de cargos de fecha 3 de marzo de 2004 y la carta notarial de despido de fecha 17 de marzo de 2004; y que, por consiguiente, se lo reponga en el puesto de asistente de control patrimonial, con el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir. Asimismo, solicita que los demandados le paguen una indemnización de daños y perjuicios equivalente a 10,000.00 nuevos soles y que se disponga la apertura de instrucción al Gerente General por ser responsable de la agresión sufrida.

Manifiesta haber sido despedido debido a que, con posterioridad a la época en que ocupó el cargo de Jefe del Equipo de Facturación, se detectaron una serie de irregularidades con motivo del "Examen especial sobre presuntas irregularidades efectuadas en la manipulación

del sistema SICI" llevado a cabo por el órgano de control de la empresa. Al respecto, refiere que no se hizo una adecuada calificación de la causa justa de despido y que no se observó el principio de inmediatez, contemplado en el artículo 31.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, toda vez que el despido se produjo mucho tiempo después de la fecha en que ocurrieron los hechos por los cuales fue despedido. Agrega que tales actos vulneran sus derechos constitucionales su derecho constitucional al trabajo, a la adecuada protección contra el despido arbitrario y al debido proceso.

E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. propone la excepción de incompetencia por razón de la materia, aduciendo que la vía del amparo no resulta idónea para este tipo de casos, pues existe una vía laboral donde se puede dilucidar mejor la controversia con el despliegue de una amplia actuación de material probatorio. Sostiene que en el caso del actor se procedió a su despido por la gravedad de las faltas cometidas, respetándose, en todo momento, el debido proceso y sus derechos constitucionales, por lo que solicita que la demanda sea declarada infundada.

El codemandado Víctor Manuel Hacen Bernaola solicita que la demanda sea declarada infundada, alegando que no le une vínculo alguno con el actor y que la sanción impuesta se debió única y exclusivamente a la configuración de una falta grave cometida por el recurrente. Manifiesta que el proceso de despido del demandante se realizó sin mala fe, dolo y arbitrariedades.

El Tercer Juzgado Civil de Huaura, con fecha 5 de julio de 2004, declara infundada la excepción propuesta considerando que el proceso de amparo tiene carácter alternativo, es decir, que ante la violación de un derecho constitucional, el demandante puede escoger dicha vía para defender sus derechos constitucionales; e, infundada la demanda argumentando que el actor cometió las faltas graves que se le imputan, observándose para su despido el debido proceso que establece la ley.

La recurrida confirma la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. En el caso sobre la Ley Marco del Empleo Público, Exp. N.º 0008-2005-PI/TC, (Fundamentos 17 a 42), este Tribunal precisó una serie de criterios jurisprudenciales relativos a los principios laborales constitucionales, tales como *indubio pro operario*, la igualdad de oportunidades, la no discriminación en materia laboral y la irrenunciabilidad de derechos. Igualmente, en el citado caso, se hizo referencia a los derechos colectivos de los trabajadores que reconoce la Constitución, entre los que destacan de libertad sindical, de sindicación, de negociación colectiva y de huelga. Al respecto, se sostuvo que tales disposiciones, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, se aplican tanto al régimen laboral privado como al público. El Tribunal Constitucional se ratifica en tales criterios y reitera su carácter vinculante para la resolución de los casos en

materia laboral que se resuelvan en sede constitucional u ordinaria.

2. En esta oportunidad y complementando la jurisprudencia constitucional en materia laboral individual, emitida en los casos derivados del régimen laboral privado (en particular los casos Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel, Exp. N.º 1124-2001-AA/TC, y Eusebio Llanos Huasco, Exp. N.º 976-2001-AA/TC), así como en los casos vinculados al régimen laboral público, se formularán determinados criterios jurisprudenciales para la aplicación del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, referidos a las vías igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional al trabajo y derechos conexos, que, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, constituirán precedentes vinculantes.

Vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo y derechos conexos en el régimen laboral privado

3. La vigencia del Código Procesal Constitucional supone un cambio en el régimen legal del proceso de amparo ya que establece, entre otras cosas, la subsidiariedad para la procedencia de las demandas de amparo. Con ello se cambia el anterior régimen procesal del amparo que establecía un sistema alternativo. En efecto, conforme al artículo 5.º, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, **no proceden las demandas constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.**

4. Al respecto, este Colegiado precisó que "(...) tanto lo que estableció en su momento la Ley N.º 23506 y lo que prescribe hoy el Código Procesal Constitucional, respecto al Amparo Alternativo y al Amparo Residual, ha sido concebido para atender requerimientos de urgencia que tienen que ver con la afectación de derechos directamente comprendidos dentro de la calificación de fundamentales por la Constitución Política del Estado. Por ello, si hay una vía efectiva para el tratamiento de la temática propuesta por el demandante, esta no es la excepcional del Amparo que, como se dijo, constituye un mecanismo extraordinario". (Exp. N.º 4196-2004-AA/TC, Fundamento 6).

5. En efecto, en la jurisdicción constitucional comparada es pacífico asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios. Conforme al artículo 138.º de la Constitución, los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, puesto que ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Sostener lo contrario significaría firmar que solo el amparo es el único medio para salvaguardar los derechos constitucionales, a pesar de que a través de otros procesos judiciales también es posible obtener el mismo resultado. De igual modo, debe tenerse presente

que todos los jueces se encuentran vinculados por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos; más aún, la Constitución los habilita a efectuar el control difuso conforme a su artículo 138°.

6. Consecuentemente, solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate.

7. El Tribunal Constitucional estima que esta nueva situación modifica sustancialmente su competencia para conocer de controversias derivadas de materia laboral individual, sean privadas o públicas. Sin embargo, los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. N.º 976-2004-AA/TC, para los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos, se mantendrán en esencia. En efecto, si tal como hemos señalado, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados.

8. Respecto al despido sin imputación de causa, la jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado. En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, sólo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitadamente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos.

9. Con relación al despido nulo, si bien la legislación laboral privada regula la reposición y la indemnización para los casos de despido nulo conforme a los artículos 29.º y 34.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el Tribunal Constitucional ratifica los criterios vertidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, en el punto referido a su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados.

10. En efecto, la libertad sindical y el derecho de sindicación reconocidos por el artículo 28.º, inciso 1 de la Constitución (Exp. N.º 0008-2005-PI/TC, fundamentos 26, 27 y 28), e interpretados conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, imponen la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación e impedir todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical, tales como condicionar el empleo de un trabajador a que no se afilie o a que deje de ser miembro de un sindicato; o despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier forma a causa de su afiliación sindical o a su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo (artículo 11.º del Convenio N.º 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, artículo 1.º del Convenio N.º 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva).

11. En la misma línea argumentativa, en el citado Exp. N.º 0008-2005-PI/TC, se dejó establecido que la libertad sindical no sólo tiene una dimensión individual, relativa a la constitución de un sindicato y a su afiliación, sino también una dimensión plural o colectiva que se manifiesta en la autonomía sindical y en su personería jurídica (Fundamento 26). Esta dimensión de la libertad sindical se justifica por cuanto el artículo 3.1. del Convenio N.º 87 de la OIT, anteriormente citado, precisa que las organizaciones de trabajadores tienen el derecho de elegir libremente a sus representantes, de organizar su administración y sus actividades y formular su programa de acción, en tanto que el artículo 1.2. del Convenio N.º 98 de la OIT, como ya se dijo, establece la protección a los trabajadores sindicalizados contra todo acto que tenga por objeto despedirlo o perjudicarlo de cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o por su participación en actividades sindicales.

12. Por tanto, debemos considerar que la libertad sindical, en su dimensión plural o colectiva, también protege la autonomía sindical, esto es, que los sindicatos funcionen libremente sin injerencias o actos externos que los afecten. Protege, asimismo, las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados, así como a los dirigentes sindicales, para garantizar el desempeño de sus funciones y que cumplan con el mandato para el que fueron elegidos. Sin esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades, tales como el derecho de reunión sindical, el derecho a la protección de los representantes sindicales para su actuación sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores sindicalizados y la representación de sus afiliados en procedimientos administrativos y judiciales. Del mismo modo, no sería posible un adecuado ejercicio de la negociación colectiva y del derecho de huelga.

13. Es por ello que, a criterio del Tribunal Constitucional, la dimensión plural o colectiva de la libertad sindical

garantiza no sólo la protección colectiva de los trabajadores sindicalizados (como fue reconocido por este Colegiado en el Exp. N.º 1124-2001-AA/TC, Fundamento 11), sino que también reconoce una protección especial para los dirigentes sindicales, toda vez que estos últimos, libremente elegidos, detentan la representación de los trabajadores sindicalizados a fin de defender sus intereses. Consecuentemente, todo acto lesivo, no justificado e irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado.

14. Este Tribunal Constitucional, en opinión coincidente con el Tribunal Constitucional Español, estima que las garantías descritas se justifican por cuanto los sindicatos son formaciones con relevancia social que integran la sociedad democrática (STC 292/1993, fundamento 5, del 9 de noviembre de 1993), añádase, para la protección y promoción de sus intereses (artículo 8.1.a. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales o Culturales o "Protocolo de San Salvador"). Consiguientemente, los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos.

15. Del mismo modo, los despidos originados en la discriminación por razón de sexo raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23º de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre. Deber que se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo (artículo 11 numerales 1 y 2 literales a y d de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas).

Igualmente, el proceso de amparo será el idóneo frente al despido que se origina en la condición de impedido físico mental, a tenor de los artículos 7º y 23º de la Constitución que les garantiza una protección especial de parte del Estado. En efecto, conforme al artículo 18º del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o "Protocolo de San Salvador", sobre protección de los minusválidos, toda persona afectada por una disminución en sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad.

16. Por tanto, cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando

la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente.

17. Por otro lado, la Ley Procesal del Trabajo, N.º 26636, prevé en su artículo 4.º la competencia por razón de la materia de las Salas Laborales y Juzgados de Trabajo. Al respecto, el artículo 4.2 de la misma ley establece que los Juzgados de Trabajo conocen, entre las materias más relevantes de las pretensiones individuales por conflictos jurídicos, las siguientes:

- a) Impugnación de despido (sin reposición).
- b) Cese de actos de hostilidad del empleador, incluidos los actos de hostigamiento sexual, conforme a la ley sobre la materia.
- c) Incumplimiento de disposiciones y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza.
- d) Pago de remuneraciones y beneficios económicos.

18. A su turno, el artículo 30.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, considera que constituyen actos de hostilidad:

- a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador.
- b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría.
- c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio.
- d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador.
- e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia.
- f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.
- g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.

Consecuentemente, los amparos que se refieran a la materias descritas (fundamentos 17 y 18), que por mandato de la ley son competencia de los jueces de trabajo, serán declaradas improcedentes en la vía del amparo.

19. De otro lado, conforme a la línea jurisprudencial en materia de derechos laborales de carácter individual (por todas Exp. N.º 2526-2003-AA), se ha establecido que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad,

falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo. En efecto, es claro que, en este supuesto, para que se produzca certeza en el juzgador, respecto de los puntos controvertidos, y pueda así sustentar su fallo en determinado sentido, necesariamente tendrá que desarrollar la actividad probatoria a través de sus diversas etapas, en particular respecto de la actuación y valoración de la prueba que, entre otras muchas, se relacionarán con declaraciones de parte, testigos, documentos (libros de planillas, informes), peritajes y, especialmente, las pruebas de oficio.

20. Por tanto, aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria, a cuyos jueces corresponde, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales y de orden legal que se vulneren con ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito laboral privado. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo.

Vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo y derechos conexos en el régimen laboral público

21. Con relación a los trabajadores sujetos al régimen laboral público, se debe considerar que el Estado es el único empleador en las diversas entidades de la Administración Pública. Por ello, el artículo 4.º literal 6) de la Ley N.º 27584, que regula el proceso contencioso administrativo, dispone que las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública son impugnables a través del proceso contencioso administrativo. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que la vía normal para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública es el proceso contencioso administrativo, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares.

22. En efecto, si en virtud de la legislación laboral pública (Decreto Legislativo N.º 276, Ley N.º 24041 y regímenes especiales de servidores públicos sujetos a la carrera administrativa) y del proceso contencioso administrativo es posible la reposición, entonces las consecuencias que se deriven de los despidos de los servidores públicos o del personal que sin tener tal condición labora para el sector público (Ley N.º 24041), deberán dilucidarse en la vía contenciosa administrativa por ser la idónea, adecuada e igualmente satisfactoria, en relación al proceso de amparo, para resolver las controversias laborales públicas.

23. Lo mismo sucederá con las pretensiones por conflictos jurídicos individuales respecto a las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública y que se derivan de derechos reconocidos por la ley, tales como nombramientos, impugnación de adjudicación de plazas, desplazamientos, reasignaciones o rotaciones, cuestionamientos relativos a remuneraciones, bonificaciones, subsidios y gratificaciones, permisos, licencias, ascensos, promociones, impugnación de procesos administrativos disciplinarios, sanciones administrativas, ceses por límite de edad, excedencia, reincorporaciones, rehabilitaciones, compensación por tiempo de servicios y cuestionamiento de la actuación de la administración con motivo de la Ley N.º 27803, entre otros.

24. Por tanto, conforme al artículo 5.º, inciso 2.º del Código Procesal Constitucional, las demandas de amparo que soliciten la reposición de los despidos producidos bajo el régimen de la legislación laboral pública y de las materias mencionadas en el párrafo precedente deberán ser declaradas improcedentes, puesto que la vía igualmente satisfactoria para ventilar este tipo de pretensiones es la contenciosa administrativa. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental conforme a los fundamentos 10 a 15 *supra*.

25. El Tribunal Constitucional estima que, de no hacerse así, el proceso de amparo terminará sustituyendo a los procesos judiciales ordinarios como el laboral y el contencioso administrativo, con su consiguiente ineficacia, desnaturalizando así su esencia, caracterizada por su carácter urgente, extraordinario, residual y sumario.

Análisis del presente caso

26. El recurrente fue despedido el 17 de marzo de 2004, previo procedimiento de despido, imputándosele las faltas graves previstas en los incisos a) y c) del artículo 25.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, concordadas con los incisos a), d) y f) del artículo 74.º del Reglamento Interno de Trabajo de la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. A tal efecto, en autos se advierte que se le cursó la carta de pre aviso y que pudo efectuar sus descargos; de manera que la empleadora cumplió con la ley laboral atinente a este tipo de procesos. Consecuentemente, no se advierte vulneración del debido proceso.

27. De otro lado, el demandante sostiene que se habría vulnerado el principio de inmediatez. Sobre este punto debe precisarse que la causa de despido se origina en el Informe N.º 009-2003 EPS EMAPA-HUACHO-OCI "Examen especial: sobre presuntas irregularidades efectuadas en la manipulación del SICI", sistema

informático comercial integrado, llevado a cabo por el órgano de control interno de la empresa demandada, en el que se concluyó que se favoreció a terceras personas en la facturación del servicio de agua en perjuicio de la empresa. Dicho informe determinó la responsabilidad administrativa del recurrente, así como la de otros empleados.

28. Si bien es cierto que los hechos se produjeron durante el periodo 2002-2003, en que el demandante ocupó el cargo de Jefe del Equipo de Facturación, no lo es menos que las responsabilidades por las irregularidades sólo se pudieron conocer una vez que culminó el informe llevado a cabo por el órgano de control de la empresa, y que fue comunicado a la alta dirección en enero de 2004, previa investigación en la que el recurrente también ejerció su derecho de defensa. Consiguientemente, el Tribunal Constitucional estima que el procedimiento de despido, recomendado por el asesor legal externo, no vulneró el principio de inmediatez, toda vez que se inició dentro de un plazo razonable (Exp. N.º 0585-2003-AA). Por tal razón, este extremo de la demanda también debe desestimarse.

29. Asimismo, el recurrente cuestiona los hechos que se invocan como causas justas de despido. Entre otros, que la demandada, apoyándose en el informe del órgano de control interno de la empresa, concluye que el demandante concedió, de manera irregular, rebajas al usuario Línea Interprovincial de Transportistas S.A.-LITSA; que se emitieron facturas a la empresa EMSAL cuando tales servicios ya habían sido cancelados, con su consiguiente ingreso en el registro de ventas de la empresa; que se hizo una rebaja en el cobro del servicio al señor Estanislao Loyola Hurtado; y que se cometieron irregularidades en la facturación del cliente Molitalia S.A. por la instalación de un medidor y la conexión de agua.

30. El recurrente niega tales imputaciones y afirma que se deben a los defectos del sistema informático; asimismo, refiere que a nivel de la Fiscalía se decidió archivar la denuncia penal por los mismos hechos, puesto que no se comprobó responsabilidad penal alguna. Independientemente de las responsabilidades civiles o penales, el Tribunal Constitucional estima que, en el presente caso, de los actuados se advierte la existencia de hechos controvertidos, relativos a la declaración de responsabilidad del demandante en la causa justa de despido, cuya dilucidación no es posible en el proceso de amparo por su anotado carácter sumario. Por tanto, este extremo de la demanda debe declararse improcedente.

31. Con relación a los pedidos de pago de remuneraciones dejadas de percibir y de indemnización por daños y perjuicios, deben ser declarados improcedentes, pues el amparo no es la vía idónea para resolver tales reclamos. Lo mismo debe declararse sobre la solicitud de que se denuncie penalmente al gerente general de la demandada.

Precedente vinculante

32. Hasta la fecha de dilucidación del presente caso los criterios de la jurisdicción constitucional habían

sido sumamente flexibles y amplios en la evaluación de una gran variedad de controversias laborales de carácter individual, sea en el ámbito laboral privado o en el público, sobre la base del carácter alternativo del proceso constitucional del amparo. Sin embargo, y dentro del marco de la función de ordenación del Tribunal Constitucional, se hace indispensable, para los casos de materia laboral individual, privada o pública, tramitados en la vía del proceso de amparo, la aplicación de los criterios establecidos en el presente caso, con relación al carácter residual del proceso de amparo y de los criterios jurisprudenciales sustantivos relativos a los derechos laborales desarrollados a través de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, a fin de no desnaturalizar el carácter extraordinario, breve y expeditivo del proceso de amparo.

33. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios contenidos en los fundamentos 7 a 25 *supra*, constituyen precedente vinculante, puesto que son indispensables para determinar la procedencia de la vía del proceso constitucional de amparo.

34. Con ello el Tribunal Constitucional busca perfeccionar el proceso de amparo a fin de que sea realmente eficaz y expeditivo. Por tanto, el precedente establecido será de vinculación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, de modo que toda demanda que sea presentada y que no reúna las condiciones del precedente, o las que se encuentren en trámite e igualmente no reúnan tales condiciones, deberán ser declaradas improcedentes.

Vía procedimental específica y reglas procesales aplicables a los procesos de amparo en materia laboral en trámite

35. A partir de la expedición de la sentencia del caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N.º 1417-2005-AA/TC), el Tribunal Constitucional estableció los casos de materia pensionaria que conocería, encausándose a la vía contenciosa administrativa las demandas que, por tal razón, se declarasen improcedentes.

36. Consecuentemente, y por la aplicación de similares criterios respecto a la reconducción de procesos, las demandas de amparo que sobre las materias laborales de carácter individual, sean del régimen laboral público o privado descritos en la presente sentencia, deberán ser encausadas a través de las vías igualmente satisfactorias para resolver las controversias individuales de carácter laboral, privadas o públicas, y que son:

a) El proceso laboral ordinario, para las controversias de carácter laboral individual privado.

b) El procedimiento especial contencioso administrativo (artículos 4.º inciso 6 y 25 de la Ley N.º 27584), para las materias de carácter laboral individual de carácter público).

37. Por lo tanto, haciendo uso de las funciones de ordenación y pacificación inherentes a este Tribunal

Constitucional, se dispone que las demandas de amparo sobre materia laboral, que en aplicación de los criterios previstos en los fundamentos 21 a 25 *supra*, de la presente sentencia, sean declaradas improcedentes, deberán seguir las reglas procesales establecidas en los fundamentos 53 a 58 y 60 a 61 del caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N.º 1417-2005-AA/TC), con las adaptaciones necesarias a la materia laboral pública.

38. Para los casos de procesos de amparo en materia laboral individual privada, fundamentos 7 a 20 *supra*, los jueces laborales deberán adaptar tales demandas conforme al proceso laboral que corresponda según la Ley N.º 26636, observando los principios laborales que se hubiesen establecido en su jurisprudencia laboral y los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que este Colegiado ha consagrado en su jurisprudencia para casos laborales.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo que denuncia la vulneración del principio de inmediatez.
2. Declararla **IMPROCEDENTE** en los demás extremos, por cuanto el amparo no es la vía idónea para esclarecer hechos controvertidos sometidos a probanza no para determinar montos por daños y perjuicios.
3. Declarar que los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral, previstos en los fundamentos 7 a 25, *supra*, constituyen **precedente vinculante inmediato** de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPCConst.; motivo por el cual, a

partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite y que no cumpla con tales condiciones, debe ser declarada improcedente.

4. Declarar que las reglas procesales de aplicación a las demandas de amparo en materia laboral pública que a la fecha de publicación de esta sentencia se encuentren en trámite, serán las previstas en los fundamentos 53 a 58 y 60 a 61 del caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N.º 1417-2005-AA/TC), de modo que serán vinculantes tanto para los jueces que conocen los procesos de amparo, como para los jueces que resulten competentes para conocer las demandas contencioso administrativas a que se refiere la Ley N.º 27584.

5. Declarar que las demandas de amparo de materia laboral individual privada, precisadas en los fundamentos 7 a 20 *supra*, deberán ser adaptadas al proceso laboral que corresponda según la Ley N.º 26636 por los jueces laborales conforme a los principios laborales que han establecido en su jurisprudencia laboral y a los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que este Colegiado ha establecido en su jurisprudencia para casos laborales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

Exp. N° 1417-2005-PA/TC [Proceso de Amparo promovido por Manuel Anicama Hernández. Se establecen criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia pensionaria].

Fecha de Resolución: 08 de julio de 2005

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 12 de julio de 2005

Resumen: Se establecen lineamientos jurídicos que permitirán efectivizar la protección del derecho fundamental a la pensión en sede constitucional a través del proceso de amparo. Así, se establece el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión.

En tal sentido, el amparo en materia pensionaria procederá cuando:

i) Se afecte el contenido esencial del derecho a la pensión conformado en primer lugar por el libre acceso al sistema de seguridad social (F.J. 37a). Forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones.

ii) Se afecta el derecho a no ser privado de una pensión arbitrariamente como parte del contenido esencial (F.J. 37b). Forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. Así, será objeto de protección en la vía de amparo los supuestos en los que presentada la contingencia se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia.

iii) Se afecte el derecho a una pensión mínima vital también como parte del contenido esencial del derecho a la pensión (F.J. 37c). En tal sentido, en los supuestos en los que se pretenda ventilar en sede constitucional pretensiones relacionadas no con el reconocimiento de la pensión que debe conceder el sistema previsional público o privado sino con su específico monto, ello sólo será procedente cuando se encuentre comprometido el derecho al mínimo vital.

iv) Se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia pese a cumplir con requisitos (F.J. 37d). Asimismo, se estableció que aun cuando las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes, no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida de que el acceso a las prestaciones pensionarias sí lo es son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla.

v) Se afecte el derecho a la igualdad directamente relacionado al derecho a la pensión (F.J. 37e). En tanto el valor de igualdad material informa directamente el derecho fundamental a la pensión las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, serán susceptibles de ser protegidos mediante el proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido.

En efecto, en tanto derecho fundamental relacional el derecho a la igualdad se encontrará afectado ante la ausencia de bases razonables, proporcionales y objetivas que justifiquen el referido tratamiento disímil en el libre acceso a prestaciones pensionarias.

El amparo en materia pensionaria es improcedente, cuando:

vi) Las prestaciones pensionarias sean iguales o superiores al mínimo vital (F.J. 37c).

El Tribunal Constitucional consideró que, *prima facie*, cualquier persona que sea titular de una prestación que sea igual o superior al mínimo vital deberá acudir a la vía judicial ordinaria a efectos de dilucidar en dicha sede los cuestionamientos existentes en relación a la suma específica de la prestación que le corresponde, a menos que a pesar de percibir una pensión o renta superior por las objetivas circunstancias del caso resulte urgente su verificación a efectos de evitar consecuencias irreparables (vg. los supuestos acreditados de graves estados de salud).

vii) La titularidad del derecho no se encuentra suficientemente acreditada (F.J. 37.f).

Pues, para que proceda un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe encontrarse suficientemente acreditada. Así lo ha precisado el Colegiado en la STC N° 0976-2001-AA, Fundamento 3): "no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto [u omisión] cuestionado".

viii) Las pretensiones vinculadas a la nivelación y reajuste de las pensiones, o con la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos (F.J. 37g). Las pretensiones vinculadas a la nivelación como sistema de reajuste de las pensiones o a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, no son susceptibles de protección a través del amparo constitucional, no sólo porque no forman parte del contenido protegido del derecho fundamental a la pensión, sino también, y fundamentalmente, porque han sido proscritas constitucionalmente mediante la Primera Disposición Final y el artículo 103° de la Constitución, respectivamente. Consecuentemente deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria.

Temas Claves: Autonomía procesal constitucional - contenido constitucionalmente protegido - contenido esencial del derecho a la pensión - derecho a la pensión - derecho a la seguridad social - procedencia del amparo previsional - seguridad social como garantía institucional.

EXP. N.º 1417-2005-AA/TC

LIMA

MANUEL ANICAMA HERNÁNDEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 8 días del mes julio de 2005, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Manuel Anicama Hernández, contra la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 148, su fecha 6 de octubre de 2004, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 6 de mayo de 2003, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), con el objeto que se declare la nulidad de la Resolución N.º 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990, de fecha 2 de agosto de 2002, por considerar que vulnera su derecho fundamental a la pensión, toda vez que resolvió denegar su solicitud de pensión de jubilación adelantada.

Manifiesta que cesó en sus actividades laborales el 25 de mayo de 1992 contando con más de 20 años de aportaciones, luego de que la Autoridad Administrativa de Trabajo autorizó a su empresa empleadora a reducir personal; sin embargo, al calificar su solicitud de pensión de jubilación, la entidad demandada consideró que las aportaciones efectuadas durante los años 1964 y 1965 habían perdido validez conforme al Reglamento de la Ley N.º 13640, por lo que, incluso si realizara la verificación de las aportaciones efectuadas desde 1973 a 1992 no

reuniría los 20 años de aportación al Sistema Nacional de Pensiones que se requieren como mínimo para obtener el derecho a la pensión de jubilación por reducción de personal. Agrega que el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que los períodos de aportación no pierden validez, y que sumados sus períodos de aportaciones, acredita los exigidos por la legislación vigente, razón por la que solicita el reconocimiento de su derecho a la pensión, así como los devengados e intereses generados desde la vulneración de su derecho fundamental.

La demandada deduce las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y de caducidad, y solicita que se declare improcedente la demanda, por considerar que la vía del amparo no es la adecuada para dilucidar la pretensión del recurrente, siendo necesario acudir a la vía judicial ordinaria donde existe una estación probatoria.

El Décimo Cuarto Juzgado Civil de Lima, con fecha 8 de enero de 2003, declaró fundada la demanda en el extremo en que se solicita la validez de las aportaciones efectuadas en los años 1964 y 1965, ordenando su reconocimiento y la verificación del periodo de aportaciones de 1973 a 1992, respecto del cual no se ha emitido pronunciamiento administrativo.

La recurrida reformó la apelada declarándola improcedente, por estimar que es necesario que la pretensión se ventile en la vía judicial ordinaria, toda vez que el proceso de amparo carece de estación probatoria.

FUNDAMENTOS

1. El inciso 2) del artículo 200º de la Constitución, establece que el proceso de amparo procede contra el acto u omisión, por parte de cualquier persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución, distintos de aquellos protegidos por el hábeas corpus (libertad individual y derechos conexos) y el hábeas data (acceso a la información y autodeterminación informativa). En tal sentido, es presupuesto para la procedencia del proceso de amparo (y en general, de cualquier proceso constitucional) que el derecho que se alegue afectado sea uno reconocido directamente por la Constitución.

§1. Los derechos fundamentales de la persona humana

2. El concepto de derechos fundamentales comprende

“tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.” (Peces-Barba, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad

Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, pág. 37).

Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución).

3. Es por ello que el Capítulo I del Título I de la Constitución, denominado “Derechos Fundamentales de la Persona”, además de reconocer al principio-derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1º) y de enumerar a buena parte de ellos en su artículo 2º, prevé en su artículo 3º que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (vg. los derechos fundamentales de carácter social y económico reconocidos en el Capítulo II y los políticos contenidos en el Capítulo III),

“ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

4. De esta manera, la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales.

5. Así, por ejemplo, con relación al derecho a la verdad el Tribunal Constitucional ha sostenido que

“[n]uestra Constitución Política reconoce, en su artículo 3º, una `enumeración abierta` de derechos fundamentales que, sin estar en el texto de la Constitución, surgen de la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho o de la forma republicana de gobierno.

Así, el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado (...) de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. (...) [E]l Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente.

El Tribunal Constitucional considera que si bien detrás del derecho a la verdad se encuentran comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad o la seguridad personal, entre otros, éste tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al *telos* que con su reconocimiento se persigue alcanzar" (STC 2488-2002-HC/TC, Fundamentos 13 a 15).

Consecuentemente, expresos o implícitos, los derechos fundamentales pertenecen al ordenamiento constitucional vigente.

6. Por su parte, los derechos fundamentales, como objetivo de autonomía moral, sirven para

"designar los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales" (Pérez Luño, Antonio. *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*. 4ta. ed. Madrid: Tecnos, 1991, p 31)

7. A lo cual cabe agregar que, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, deben ser interpretados de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

§2. Proceso de amparo y derechos fundamentales

8. Reconocer que el proceso de amparo sólo procede en caso de afectación directa de los derechos fundamentales (expresos o implícitos), implica, ante todo, determinar si la supuesta afectación en la que incurre el acto u omisión reputada de inconstitucional, en efecto, incide sobre el ámbito que resulta directamente protegido por dicho derecho.

Este presupuesto procesal, consustancial a la naturaleza de todo proceso constitucional, ha sido advertido por el legislador del Código Procesal Constitucional (CPCConst.), al precisar en el inciso 1) de su artículo 5° que los procesos constitucionales no proceden cuando

"[l]os hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado".

Asimismo, y con relación al proceso de amparo en particular, el artículo 38° del CPCConst., establece que éste no procede

"en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo".

En estricto, pues, con los dispositivos citados, el legislador del CPCConst. no ha incorporado al ordenamiento jurídico una nueva regla de procedencia para los procesos constitucionales *de la libertad*. Tan sólo ha precisado legislativamente determinados presupuestos procesales que son inherentes a su naturaleza. En efecto, en tanto procesos constitucionales, el hábeas corpus, el amparo y

el hábeas data, sólo pueden encontrarse habilitados para proteger derechos de origen constitucional y no así para defender derechos de origen legal.

Sin embargo, es preciso que este Tribunal analice, de un lado, el sustento constitucional directo del derecho invocado, y de otro, el contenido constitucionalmente protegido del derecho, como presupuestos procesales del proceso de amparo.

§2.1 Los derechos de sustento constitucional directo

9. Existen determinados derechos de origen internacional, legal, consuetudinario, administrativo, contractual, etc., que carecen de fundamento constitucional directo, y que, consecuentemente, no son susceptibles de ser protegidos a través del proceso de amparo.

La noción de "sustento constitucional directo" a que hace referencia el artículo 38° del CPCConst., no se reduce a una tutela normativa del texto constitucional formal. Alude, antes bien, a una protección de la Constitución en sentido material (*pro homine*), en el que se integra la Norma Fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo (artículo 55° de la Constitución), como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado cánón de control constitucional o "bloqueo de constitucionalidad".

De ahí que el artículo 79° del CPCConst., establezca que

"[p]ara apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar (...) el ejercicio de los derechos fundamentales".

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

Correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente.

§2.2 Los derechos fundamentales de configuración legal

11. Las distinta eficacia de las disposiciones constitucionales, da lugar a que éstas puedan ser divididas entre "normas regla" y "normas principio". Mientras que las primeras se identifican con mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente, judicializables, las segundas constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización.

En tal perspectiva, existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser delimitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Carta Fundamental (vg. el artículo 27° de la Constitución en relación con el derecho a la estabilidad laboral. *Cfr.* STC 0976-2001-AA, Fundamento 11 y ss.) o en razón de su propia naturaleza (vg. los derechos sociales, económicos y culturales). En estos casos, nos encontramos ante las denominadas leyes de configuración de derechos fundamentales.

12. Los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido *per se* inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito *sine qua non* para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental.

Y es que si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se traten de derechos "en blanco", es decir, expuestos a la discrecional regulación del legislador, pues el constituyente ha planteado un grado de certeza interpretativa en su reconocimiento constitucional directo.

Aquí se encuentra de por medio el principio de "libre configuración de la ley por el legislador", conforme al cual debe entenderse que es el legislador el llamado a definir la política social del Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, éste goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social. Sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales.

§2.3 La distinta eficacia de los derechos fundamentales

13. De esta manera, la distinta eficacia que presentan los derechos fundamentales entre sí, no sólo reposa en cuestiones teóricas de carácter histórico, sino que estas diferencias revisten significativas repercusiones prácticas. En tal sentido, cabe distinguir los derechos de preceptividad inmediata o autoaplicativos, de aquellos otros denominados prestacionales, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos (STC 0011-2002-AI, Fundamento 9).

A esta última categoría pertenecen los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales (DESC) que, en tanto derechos subjetivos de los particulares y obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena. Tal es el sentido de la Undécima Disposición Final y Transitoria (UDFT) de la Constitución, al establecer que

"[l]as disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente".

14. Si bien los DESC son derechos fundamentales, tienen la naturaleza propia de un derecho público subjetivo, antes que la de un derecho de aplicación directa. Lo cual no significa que sean "creación" del legislador. En tanto derechos fundamentales, son derechos de la persona reconocidos por el Estado y no otorgados por éste.

Sin embargo, su reconocimiento constitucional no es suficiente para dotarlos de eficacia plena, pues su vinculación jurídica sólo queda configurada a partir de su regulación legal, la que los convierte en judicialmente exigibles. Por ello, en la Constitución mantienen la condición de una declaración jurídica formal, mientras que la ley los convierte en un mandato jurídico aprobatorio de un derecho social.

15. Lo expuesto significa que en determinadas circunstancias los DESC no pueden ser objeto de una pretensión susceptible de estimación al interior del proceso de amparo (vg. la exigencia judicial al Estado de un puesto de trabajo o una prestación de vivienda). Ello, sin embargo, no puede ser considerado como una regla absoluta.

En efecto, tal como se ha precisado en otro momento, el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la UDFT de la Constitución,

"no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas". (STC 2945-2003-AA, Fundamento 36).

En esa perspectiva, entre los deberes del Estado previstos en el artículo 44° de la Constitución, no sólo se encuentra el garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales, sino también

"promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación".

16. Por ello, si bien es cierto que la efectividad de los DESC requiere la actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población.

17. Los DESC cumplen efectos positivos, vinculando al Estado y a los particulares en la promoción de las condiciones para su cabal eficacia. Asimismo, generan efectos negativos, al proscibir toda conducta gubernamental o particular que niegue u obstaculice su goce y ejercicio.

18. Debe recordarse que

"toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, esta no debe considerarse como un gasto sino como una inversión social.

Por esta razón, sostener que los derechos sociales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, no solo es una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución (*Morón Díaz, Fabio. La dignidad y la solidaridad como principios rectores del diseño y aplicación de la legislación en materia de seguridad social. Anuario de Derecho Constitucional. CIEDLA. Buenos Aires 2000. Pág. 668*). (...).

En consecuencia, la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales". (STC 2945-2003-AA, Fundamentos 18 y 33).

19. Así las cosas, en el Estado social y democrático de derecho, la *ratio fundamentalis* no puede ser privativa de los denominados derechos de defensa, es decir, de aquellos derechos cuya plena vigencia se encuentra, en principio, garantizada con una conducta estatal abstencionista, sino que es compartida también por los derechos de prestación que reclaman del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio-derecho de dignidad humana.

§2.4 El contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales

20. Tal como refiere Manuel Medina Guerrero,

"en cuanto integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cabría distinguir, de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados, y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales" (*La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996, p. 41)

21. Así las cosas, todo ámbito contitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga

incólume.

Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse *a priori*, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona.

En tal sentido, el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad (Häberle, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1997, p. 117); por lo que, en la ponderación que resulte necesaria a efectos de determinar la validez de tales límites, cumplen una función vital los principios de interpretación constitucional de "unidad de la Constitución" y de "concordancia práctica", cuyo principal cometido es optimizar la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto.

22. Si bien es cierto que la exactitud de aquello que constituye o no el contenido protegido por parte de un derecho fundamental, y, más específicamente, el contenido esencial de dicho derecho, sólo puede ser determinado a la luz de cada caso concreto, no menos cierto es que existen determinadas premisas generales que pueden coadyuvar en su ubicación. Para ello, es preciso tener presente la estructura de todo derecho fundamental.

§2.5 La estructura de los derechos fundamentales: las disposiciones, las normas y las posiciones de derecho fundamental

23. Tal como expresa Bernal Pulido, siguiendo la doctrina que Robert Alexy expone en su *Teoría de los derechos fundamentales*. (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997),

"todo derecho fundamental se estructura como un haz de posiciones y normas, vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental" (Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pág. 76).

De esta forma cabe distinguir entre las disposiciones de derecho fundamental, las normas de derecho fundamental y las posiciones de derecho fundamental.

24. Las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona. Las normas de derecho fundamental son los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones. Mientras que las posiciones de derecho fundamental, son las exigencias

concretas que al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, se buscan hacer valer frente a una determinada persona o entidad.

25. Tal como refiere el mismo Bernal Pulido,

"Las posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas que (...) presentan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. El objeto de las posiciones de derecho fundamental es siempre una conducta de acción o de omisión, prescrita por una norma que el sujeto pasivo debe desarrollar en favor del sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho, susceptible de ser ejercido sobre el sujeto pasivo". (Op. cit. pág. 80. Un criterio similar, Cfr. Alexy, Robert. *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático*, D&L, Nro. 8, 2000, pág. 12 y ss.).

Por ello, cabe afirmar que las posiciones de derecho fundamental, son los derechos fundamentales *en sentido estricto*, pues son los concretos atributos que la persona humana ostenta al amparo de las normas (sentidos interpretativos) válidas derivadas directamente de las disposiciones contenidas en la Constitución que reconocen derechos.

26. Estas atributos que, como se ha dicho, vinculan a todas las personas y que, por tanto, pueden ser exigidas al sujeto pasivo, se presentan en una relación jurídica sustancial, susceptibles de ser proyectadas en una relación jurídica procesal en forma de pretensiones al interior de los procesos constitucionales *de la libertad* (sea el amparo, el hábeas corpus o el hábeas data).

27. Así las cosas, la estimación en un proceso constitucional de las pretensiones que pretendan hacerse valer en reclamo de la aplicación de una determinada disposición que reconozca un derecho fundamental, se encuentran condicionadas, cuando menos, a las siguientes exigencias:

a) A que dicha pretensión sea válida, o, dicho de otro modo, a que sea consecuencia de un sentido interpretativo (norma) que sea válidamente atribuible a la disposición constitucional que reconoce un derecho.

Por ejemplo, no sería válida la pretensión que amparándose en el derecho constitucional a la libertad de expresión, reconocido en el inciso 4) del artículo 2º de la Constitución, pretenda que se reconozca como legítimo el insulto proferido contra una persona, pues se estaría vulnerando el contenido protegido por el derecho constitucional a la buena reputación, reconocido en el inciso 7º del mismo artículo de la Constitución.

En consecuencia, la demanda de amparo que so pretexto de ejercer el derecho a la libertad de expresión pretenda el reconocimiento de la validez de dicha pretensión, será declarada infundada, pues ella no forma parte del contenido constitucionalmente protegido por tal derecho; o, dicho de otro modo, se fundamenta en una norma inválida atribuida a la disposición contenida en el inciso

4) del artículo 2º constitucional.

b) A que en los casos de pretensiones válidas, éstas deriven directamente del contenido esencial de un derecho protegido por una disposición constitucional. En otras palabras, una demanda planteada en un proceso constitucional *de la libertad*, resultará procedente toda vez que la protección de la esfera subjetiva que se aduzca violada pertenezca al contenido esencial del derecho fundamental o tenga una relación directa con él. Y, *contrario sensu*, resultará improcedente cuando la titularidad subjetiva afectada tenga su origen en la ley o, en general, en disposiciones infraconstitucionales.

En efecto, dado que los procesos constitucionales *de la libertad* son la garantía jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales, no pueden encontrarse orientados a la defensa de los derechos creados por el legislador, sino sólo aquellos reconocidos por el Poder Constituyente en su creación; a saber, la Constitución.

En consecuencia, si bien el legislador es competente para crear derechos subjetivos a través de la ley, empero, la protección jurisdiccional de éstos debe verificarse en los procesos ordinarios. Mientras que, por imperio del artículo 200º de la Constitución y del artículo 38º del CPCConst., a los procesos constitucionales *de la libertad* es privativa la protección de los derechos de sustento constitucional directo.

Lo expuesto no podría ser interpretado en el sentido de que los derechos fundamentales de configuración legal, carezcan de protección a través del amparo constitucional, pues resulta claro, en virtud de lo expuesto en el Fundamento 11 y ss. *supra*, que las posiciones subjetivas previstas en la ley que concretizan el contenido esencial de los derechos fundamentales, o los ámbitos a él directamente vinculados, no tienen sustento directo en la fuente legal, sino, justamente, en la disposición constitucional que reconoce el respectivo derecho fundamental.

Sin embargo, es preciso tener presente que *prima facie* las posiciones jurídicas que se deriven válidamente de la ley y no directamente del contenido esencial de un derecho fundamental, no son susceptibles de ser estimadas en el proceso de amparo constitucional, pues ello implicaría pretender otorgar protección mediante los procesos constitucionales a derechos que carecen de un sustento constitucional directo, lo que conllevaría su desnaturalización.

Y si bien la distinción concreta entre aquello regulado por la ley que forma parte de la delimitación del contenido directamente protegido por un derecho fundamental y aquello que carece de relevancia constitucional directa no es una tarea sencilla, los criterios de interpretación que sirvan a tal cometido deberán encontrarse inspirados, en última instancia, en el principio-derecho de dignidad humana, pues, como ha señalado Ingo Von Münch, si bien resulta sumamente difícil determinar de modo satisfactorio qué es la dignidad humana,

"manifiestamente sí es posible fijar cuándo se la está vulnerando" (Von Münch, Ingo. *La dignidad del hombre en el derecho constitucional*. En:

Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Año 2, Nro. 5, mayo - agosto, 1982, pág. 21).

§3. La garantía institucional de la seguridad social

28. El artículo 10º de la Constitución 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".

Por su parte, el artículo 11º constitucional, estipula la obligación del Estado de garantizar y supervisar eficazmente el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas.

29. Tal como ha establecido el Tribunal Constitucional en el Fundamento 54 de la STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI (acumulados)

"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'".

La seguridad social

"es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad. Es de reconocerse el fuerte contenido axiológico de la seguridad social, cuyo principio de solidaridad genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de las pensiones" (STC 0011-2002-AI, Fundamento 14).

30. Su condición de sistema institucionalizado imprescindible para la defensa y desarrollo de diversos principios y derechos fundamentales, permite reconocer a la seguridad social como una garantía institucional.

El Tribunal Constitucional español, en criterio *mutatis mutandis* aplicable al contexto constitucional peruano, ha señalado que la seguridad social es una garantía institucional

"cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador (...), de tal suerte que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar" (STC 37/1994, Fundamento 3).

§4. El derecho fundamental a la pensión

31. Tal como se ha precisado, los derechos fundamentales reconocidos por la Norma Fundamental, no se agotan en aquellos enumerados en su artículo 2º, pues además de los derechos implícitos, dicha condición es atribuible a otros derechos reconocidos en la propia Constitución. Tal es el caso de los derechos a prestaciones de salud y a la pensión, contemplados en el artículo 11º, y que deben ser otorgados en el marco del sistema de seguridad social, reconocido en el artículo 10º.

32. El Tribunal Constitucional ha referido que el derecho fundamental a la pensión

"tiene la naturaleza de derecho social -de contenido económico-. Surgido históricamente en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la 'procura existencial'. De esta forma se supera la visión tradicional que suponía distintos niveles de protección entre los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, atendiendo al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y a que cada uno formaba un complejo de obligaciones de respeto y protección -negativas- y de garantía y promoción -positivas- por parte del Estado." (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI, acumulados, Fundamento 74)

"Este derecho es una concreción del derecho a la vida, en su sentido material, en atención al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y al *telos* constitucional orientado a la protección de la dignidad de la persona humana, consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

'(...) la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado'.

De esta forma, nuestro texto constitucional consagra la promoción de una digna calidad de vida entre sus ciudadanos como un auténtico deber jurídico, lo que comporta al mismo tiempo una definida opción en favor de un modelo cualitativo de Estado que encuentre en la persona humana su presupuesto ontológico, de expreso rechazo a una forma de mero desarrollo social y económico cuantitativo.

Es de esta forma como el derecho fundamental a la pensión permite alcanzar el desarrollo de la dignidad de los pensionistas. De ello se deriva su carácter de derecho fundamental específico, que supera las posiciones

liberales que no aceptan un concepto de igualdad como diferenciación, pero que tampoco supone privilegios medievales que tengan por objeto un trato diferenciado estático a determinado colectivo para conseguir y mantener la desigualdad.

En la definición del contenido de este derecho fundamental es factor gravitante el esfuerzo económico que el proceso pensionario exige de los poderes públicos y de la capacidad presupuestaria." (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI, acumulados, Fundamento 76).

§4.1 El derecho fundamental a la pensión como derecho fundamental de configuración legal

33. Tal como ha referido este Colegiado

"[e]l artículo 11 de la Constitución no tiene la naturaleza de una norma jurídica tradicional, pues se trata de una disposición de textura abierta que consagra un derecho fundamental; en esa medida hace referencia a un contenido esencial constitucionalmente protegido, el cual tiene como substrato el resto de bienes y valores constitucionales; pero, a su vez, alude a una serie de garantías que no conforman su contenido irreductible, pero que son constitucionalmente protegidas y sujetas a desarrollo legislativo -en función a determinados criterios y límites-, dada su naturaleza de derecho de configuración legal." (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI, acumulados, Fundamento 73).

34. Referir que el derecho fundamental a la pensión es uno de configuración legal, alude a que la ley constituye fuente normativa vital para delimitar el contenido directamente protegido por dicho derecho fundamental y dotarle de plena eficacia.

En efecto, tal como ha establecido el Tribunal Constitucional,

"Si bien la expresión normativo-constitucional de un derecho le confiere el sentido de jurídicamente exigible y vinculante al poder político y a los particulares, no se puede soslayar que parte de la plena eficacia de determinados derechos constitucionales se encuentra sujeta al desarrollo que de estos pueda hacer el legislador, cuyo ámbito de determinación es amplio, sin que ello suponga la potestad de ejercer arbitrariamente sus competencias.

En tanto que la plena exigibilidad de los contenidos del derecho fundamental a la pensión resulta de su desarrollo legislativo, éste es un derecho fundamental de configuración legal, y por ello, dentro de los límites del conjunto de valores que la Constitución recoge, queda librada al legislador ordinario la regulación de los requisitos de acceso y goce de las prestaciones pensionarias.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que no todas las disposiciones de la legislación ordinaria que tienen por objeto precisar los beneficios o prestaciones relacionadas con materia previsional, dotan de contenido esencial

al derecho fundamental a la pensión. Sólo cumplen dicha condición aquellas disposiciones legales que lo desarrollan de manera directa (tal como ocurre, por ejemplo, con las condiciones para obtener una pensión dentro de un determinado régimen). Por el contrario, las condiciones indirectas relativas al goce efectivo de determinadas prestaciones, como por ejemplo, asuntos relacionados al monto de la pensión (en la medida que no se comprometa el mínimo vital), topes, mecanismos de reajuste, entre otros, no podrían considerarse como componentes esenciales del derecho fundamental referido, sino como contenidos no esenciales y, en su caso, adicionales, y, en tal medida, tampoco como disposiciones legales que lo configuran." (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI, acumulados, Fundamento 120).

35. Así las cosas, cuando el inciso 20) del artículo 37º del CPConst. establece que el amparo procede en defensa del derecho a la pensión, ello no supone que todos los derechos subjetivos que se deduzcan de las disposiciones contenidas en el régimen legal relacionado al sistema previsional público o privado, habilitan un pronunciamiento sobre el fondo en un proceso de amparo, pues un razonamiento en ese sentido apuntaría a una virtual identidad entre derecho legal y derecho constitucional de configuración legal, lo que a todas luces resulta inaceptable.

§4.2 Determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión

36. El análisis sistemático de la disposición constitucional que reconoce el derecho fundamental a la pensión (artículo 11º) con los principios y valores que lo informan, es el que permite determinar los componentes de su contenido esencial. Dichos principios y valores son el principio-derecho de dignidad y los valores de igualdad material y solidaridad.

37. En base a dicha premisa, sobre la base de los alcances del derecho fundamental a la pensión como derecho de configuración legal y de lo expuesto a propósito del contenido esencial y la estructura de los derechos fundamentales, este Colegiado procede a delimitar los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial dicho derecho fundamental o estar directamente relacionadas a él, merecen protección a través del proceso de amparo:

a) En primer término, forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al periodo de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. Por tal motivo, serán objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social.

b) En segundo lugar, forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. Así, será objeto de protección en la vía de amparo los supuestos en los que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia.

Tal como ha tenido oportunidad de precisar la Corte Constitucional colombiana, en criterio que este Colegido comparte, el derecho a la pensión

"adquiere el carácter de fundamental cuando a su desconocimiento sigue la vulneración o la amenaza de derechos o principios de esa categoría y su protección resulta indispensable tratándose de la solicitud de pago oportuno de las pensiones reconocidas, ya que la pensión guarda una estrecha relación con el trabajo, principio fundante del Estado Social de Derecho, por derivar de una relación laboral y constituir una especie de salario diferido al que se accede previo el cumplimiento de las exigencias legales." (Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-608 del 13 de noviembre de 1996. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

c) Por otra parte, dado que, como quedó dicho, el derecho fundamental a la pensión tiene una estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un 'mínimo vital', es decir,

"aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales (...) en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana." (Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1001 del 9 de diciembre de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

En tal sentido, en los supuestos en los que se pretenda ventilar en sede constitucional pretensiones relacionadas no con el reconocimiento de la pensión que debe conceder el sistema previsional público o privado, sino con su específico monto, ello sólo será procedente cuando se encuentre comprometido el derecho al mínimo vital.

Por ello, tomando como referente objetivo que el monto más alto de lo que en nuestro ordenamiento previsional es denominado "pensión mínima", asciende a S/. 415,00 (Disposición Transitoria de la Ley N.º 27617 e inciso 1 de la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N.º 28449), el Tribunal Constitucional considera que, *prima facie*,

cualquier persona que sea titular de una prestación que sea igual o superior a dicho monto, deberá acudir a la vía judicial ordinaria a efectos de dilucidar en dicha sede los cuestionamientos existentes en relación a la suma específica de la prestación que le corresponde, a menos que, a pesar de percibir una pensión o renta superior, por las objetivas circunstancias del caso, resulte urgente su verificación a efectos de evitar consecuencias irreparables (vg. los supuestos acreditados de graves estados de salud).

d) Asimismo, aún cuando, *prima facie*, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes, no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida de que el acceso a las prestaciones pensionarias sí lo es, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla.

e) En tanto el valor de igualdad material informa directamente el derecho fundamental a la pensión, las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, serán susceptibles de ser protegidos mediante el proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido.

En efecto, en tanto derecho fundamental *relacional*, el derecho a la igualdad se encontrará afectado ante la ausencia de bases razonables, proporcionales y objetivas que justifiquen el referido tratamiento disímil en el libre acceso a prestaciones pensionarias.

f) Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe encontrarse suficientemente acreditada. Y es que como se ha precisado, en el proceso de amparo

"no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto [u omisión] cuestionado". (STC 0976-2001-AA, Fundamento 3).

g) Debido a que las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, *prima facie*, las pretensiones relacionadas a dichos asuntos deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria.

Las pretensiones vinculadas a la nivelación como sistema de reajuste de las pensiones o a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, no son susceptibles de protección a través del amparo

constitucional, no sólo porque no forman parte del contenido protegido del derecho fundamental a la pensión, sino también, y fundamentalmente, porque han sido proscritas constitucionalmente, mediante la Primera Disposición Final y el artículo 103º de la Constitución, respectivamente.

§5. Determinación de la procedencia de la pretensión en la presente causa

38. Analizados los componentes que por derivar directamente del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, merecen protección a través del proceso de amparo, corresponde analizar si la pretensión en el presente caso se encuentra referida a alguno de dichos ámbitos y si, en consecuencia, corresponde expedir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

39. En el presente caso el demandante pretende el reconocimiento de la pensión de jubilación adelantada por reducción de personal, que le fue denegada porque a juicio de la ONP no reunía el mínimo de aportaciones necesarias para obtener el derecho. En consecuencia, al recurrente le ha sido denegada la pensión, a pesar de que, según alega, cumple con los requisitos legales para obtenerla. Consecuentemente, la pretensión del recurrente ingresa dentro del supuesto previsto en el Fundamento 37.b, motivo por el cual este Colegiado procede a analizar el fondo de la cuestión controvertida.

§6. Análisis del agravio constitucional alegado

40. El segundo párrafo del artículo 44º del Decreto Ley N.º 19990, el artículo 1º Decreto Ley N.º 25967 y el artículo 17º de la Ley N.º 24514, constituyen las disposiciones legales que configuran el derecho constitucionalmente protegido para acceder a la pensión reclamada. En ellos se establece que en los casos de reducción o despido total del personal, tienen derecho a pensión de jubilación los trabajadores afectados que: i) tengan cuando menos 55 o 50 años de edad, según sean hombres o mujeres; ii) acrediten por lo menos 20 años de aportaciones; y, iii) el empleador haya sido autorizado por el Ministerio de Trabajo para despedir a su personal luego de seguir el procedimiento previsto en la Ley N.º 24514, sustitutoria del Decreto Ley N.º 18471.

41. Este Tribunal ha precisado en reiteradas ejecutorias, que constituyen precedentes de observancia obligatoria, que para la calificación de las pensiones se debe tener en cuenta que:

a) A tenor del artículo 57º del Decreto Supremo N.º 011-74-TR, Reglamento del Decreto Ley N.º 19990, los períodos de aportación no pierden su validez, excepto en los casos de caducidad de las aportaciones declaradas por resoluciones consentidas o ejecutoriadas con fecha anterior al 1 de mayo de 1973. En ese sentido, la Ley N.º 28407, vigente desde el 3 de diciembre de 2004, recogió este criterio y declaró expedito el derecho de cualquier aportante para solicitar la revisión de cualquier resolución que se hubiera expedido contraviniendo lo dispuesto

en los artículos 56º y 57º del decreto supremo referido, Reglamento del Decreto Ley N.º 19990.

b) En cuanto a las aportaciones de los asegurados obligatorios, los artículos 11º y 70º del Decreto Ley N.º 19990 establecen, respectivamente, que "Los empleadores (...) están obligados a retener las aportaciones de los trabajadores asegurados obligatorios (...)", y que "Para los asegurados obligatorios son períodos de aportación los meses, semanas o días en que presten, o hayan prestado servicios que generen la obligación de abonar las aportaciones a que se refieren los artículos 7º al 13º, aún cuando el empleador (...) no hubiese efectuado el pago de las aportaciones". Más aún, el artículo 13º de esta norma dispone que la emplazada se encuentra obligada a iniciar el procedimiento coactivo si el empleador no cumple con efectuar el abono de las aportaciones indicadas. A mayor abundamiento, el inciso d), artículo 7.º de la Resolución Suprema N.º 306-2001-EF, Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Normalización Previsional (ONP), dispone que la emplazada debe "Efectuar la verificación, liquidación y fiscalización de derechos pensionarios que sean necesarias para garantizar su otorgamiento con arreglo a Ley".

42. En ese sentido, para acreditar la titularidad de derecho a la pensión y el cumplimiento de los requisitos legales que configuran el derecho, el demandante ha acompañado una serie de documentos, respecto de los cuales este Tribunal determina lo siguiente:

42.1. Edad

1) Copia de su Documento Nacional de Identidad, con el cual se constata que nació el 16 de junio de 1945, y que, por tanto, cumplió la edad requerida para la pensión reclamada el 16 de junio de 2000.

42.2 Años de aportaciones

1) Copia de la Resolución N.º 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990 (Expediente N.º 01300311802) y del Cuadro de Resumen de Aportaciones, de donde se evidencia que en aplicación del artículo 95º del Decreto Supremo N.º 013-61-TR, Reglamento de la Ley N.º 13640, la ONP desconoció la validez de las aportaciones realizadas durante 1 año y 1 mes en los años 1964 y 1965, y decidió no continuar su labor inspectiva porque presumió que el demandante no acreditaría el mínimo de años de aportaciones requeridos.

2) Copia de dos Certificados de Trabajo expedidos por Motor Perú S.A. en el año 1992, en papel membretado y en formato del IPSS, y adicionalmente, otro Certificado de Trabajo otorgado en el año 1994 por Motor Perú S.A. en liquidación, en todos los cuales se certifica que el demandante trabajó en la empresa desde el 5 de marzo de 1973 hasta el 25 de mayo de 1992, es decir, por un periodo de 19 años, 2 meses y 20 días.

42.3 Autorización de la Autoridad de Trabajo y afectación por reducción de personal

1) Copia de la Resolución Sub-Directoral N.º 018-92-1SD-NEC y la Resolución Directoral N.º 046-92-DR-LIM, del

21 de febrero y 24 de marzo de 1992, respectivamente, en las que consta la autorización de la Autoridad de Trabajo para que Motor Perú S.A. reduzca personal al haber acreditado causal económica conforme a lo señalado en la Ley N.º 24514.

2) Copia del Acta de Extraproceso de fecha 3 de julio de 1992, suscrita ante el Director Regional de Trabajo de Lima, por los representantes de Motor Perú S.A. y el Sindicato de Trabajadores de la empresa, en la cual se transcribe la relación del personal afectado por la reducción de personal, entre los que se encuentra el demandante. Asimismo, el cronograma de pago de los beneficios sociales que se entregará conjuntamente con el certificado de trabajo, previa presentación de las cartas de renuncia de los trabajadores con fecha 25 de mayo de 1992.

43. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que aun cuando en el proceso de amparo no se encuentra prevista una etapa probatoria, el demandante ha presentado suficiente medios probatorios que no requieren actuación (artículo 9º del CPCConst.), que demuestran: i) que cumple con el requisito de edad exigido para obtener la pensión solicitada; ii) que fue cesado en el empleo por causal de reducción de personal; y, iii) que teniendo en cuenta su tiempo de servicios en Motor Perú S.A. – corroborados previamente por la Autoridad de Trabajo– y las aportaciones realizadas durante el período cuya validez indebidamente no se reconoció, acredita por lo menos 20 años de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones.

En tal sentido, ha acreditado que reúne todos los requisitos legales exigidos para la percepción de la pensión de jubilación adelantada por reducción de personal reclamada, y consiguientemente, que se ha desconocido arbitrariamente el derecho constitucional a la pensión que le asiste, por lo que la demandada debe reconocer su derecho a la pensión de jubilación y disponer su percepción desde la fecha en que se verifica el agravio constitucional, es decir, en la fecha de la apertura del expediente N.º 01300311802 en el que consta la solicitud de la pensión denegada.

Adicionalmente, se debe ordenar a la ONP que efectúe el cálculo de los devengados correspondientes desde la fecha del agravio constitucional, así como el de los intereses legales generados de acuerdo a la tasa señalada en el artículo 1246.º del Código Civil, y proceda a su pago, en la forma y modo establecido por el artículo 2.º de la Ley N.º 28266.

§7. Precedente vinculante

44. Es evidente que con relación al derecho fundamental a la pensión reconocido en el artículo 11º de la Constitución, en la jurisprudencia de este Tribunal ha existido un criterio de procedibilidad más flexible que aquel desarrollado en el Fundamento 37 *supra*. Ello, en su momento, se encontraba plenamente justificado en aras de proyectar desde la jurisprudencia de este Colegiado las pautas de interpretación que permitan convertir

al sistema de seguridad social, y, concretamente, al derecho fundamental a la pensión, en uno plenamente identificado con los principios constitucionales que lo informan (dignidad, igualdad y solidaridad).

45. Las materias que son competencia de la jurisdicción constitucional no se desarrollan sobre un espectro rígido e inmutable. Por el contrario, la incuestionable ligazón existente entre realidad social y Constitución en los Estados sociales y democráticos de derecho, imponen un margen de razonable flexibilidad al momento de decidir las causas que merecen un pronunciamiento por parte de la jurisdicción constitucional, sobre todo en aquellas latitudes en las que ésta tiene reciente data. Sólo así es posible sentar por vía de la jurisprudencia las bases mínimas para una verdadera identidad constitucional en cada uno de los ámbitos del derecho, y sólo así es posible que este Tribunal mantenga incólumes sus funciones de valoración, ordenación y pacificación.

46. El Tribunal Constitucional considera que dicho cometido ha sido cubierto con la abundante jurisprudencia emitida en materia pensionaria, motivo por el cual considera pertinente, a partir de la presente sentencia, restringir los criterios de procedibilidad en dicha materia sobre la base de pautas bastante más identificadas con la naturaleza de urgencia del proceso de amparo.

47. En tal sentido, este Tribunal advierte que los criterios jurídicos contenidos en el Fundamento 37 *supra* para determinar la procedencia de demandas de amparo en materia pensionaria, a partir de la determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, reconocido en el artículo 11º de la Constitución, constituyen precedente vinculante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del CPCConst.

48. Por lo demás, dicho cambio de precedente se encuentra amparado por el principio de autonomía procesal que informa a las funciones de valoración, ordenación y pacificación de este Tribunal, conforme al cual, dentro del marco normativo de las reglas procesales que le resultan aplicables, éste goza de un margen razonable de flexibilidad en su aplicación, de manera que toda formalidad resulta finalmente supeditada a la finalidad de los procesos constitucionales: la efectividad del principio de supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del CPCConst.).

El artículo III del Título preliminar del CPCConst. establece la obligación del juez constitucional de

“adecuar la exigencia de las formalidades previstas en éste Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”,

por lo que goza de cierto grado de autonomía para establecer determinadas reglas procesales o interpretar las ya estipuladas, cuando se trate de efectivizar los fines de los procesos constitucionales.

En efecto, mediante su autonomía procesal el Tribunal Constitucional puede establecer reglas que tengan una pretensión de generalidad y que puedan aplicarse posteriormente a casos similares, siempre que estas reglas tengan como finalidad perfeccionar el proceso constitucional, y se encuentren limitadas por el principio de separación de poderes, la ya mencionada vigencia efectiva de los derechos fundamentales y los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

49. El precedente sentado es de vinculación inmediata, motivo por el cual a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite y cuya pretensión no verse sobre el contenido constitucional directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión (Fundamento 37 *supra*), debe ser declarada improcedente.

§8. Vía jurisdiccional ordinaria para la dilucidación de asuntos previsionales que no versen sobre el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión

50. No obstante, en atención a su función de ordenación, el Tribunal Constitucional no puede limitarse a precisar los criterios que procedibilidad del amparo constitucional en materia pensionaria, sino que, a su vez, debe determinar la vía judicial en las que deban ventilarse las pretensiones sobre dicha materia que por no gozar de protección constitucional directa, no son susceptibles de revisarse en sede constitucional. Asimismo, debe determinar las reglas necesarias para encausar las demandas de amparo en trámite cuya improcedencia debe ser declarada tras la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*.

51. La vía idónea para dilucidar los asuntos pensionarios que no versen sobre el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, es el proceso contencioso administrativo. En efecto, en tanto que es la Administración Pública la encargada de efectuar el otorgamiento de las pensiones específicas una vez cumplidos los requisitos previstos en la ley, es el proceso contencioso administrativo la vía orientada a solicitar la nulidad de los actos administrativos que se consideren contrarios a los derechos subjetivos que a pesar de encontrarse relacionados con materia previsional, sin embargo, no derivan directamente del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión. Así lo estipula el artículo 1º de la Ley N.º 27584.

"La acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. (...)"

52. Por ende, en los supuestos en los que se pretenda la estimación en juicio de pretensiones que no se encuentren relacionadas con el contenido directamente protegido

por el derecho fundamental a la pensión, los justiciables deberán acudir el proceso contencioso administrativo a efectos de dilucidar el asunto controvertido.

En tal perspectiva, el artículo 3º de la Ley N.º 27584 establece, de conformidad con el principio de exclusividad, lo siguiente:

"las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo en los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales",

es decir, salvo en los casos en los que la actuación (u omisión) de la Administración Pública genere la afectación del contenido directamente protegido por un derecho constitucional.

53. De conformidad con los artículos 8º y 9º de la Ley N.º 27584 es competente para conocer la demanda el Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo (o el Juez Civil o Mixto en los lugares en que no exista Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo), del lugar del domicilio del demandado o del lugar donde se produjo la actuación impugnada, a elección del demandante.

§9. Reglas procesales aplicables a las demandas de amparo en trámite que sean declaradas improcedentes como consecuencia del precedente vinculante contenido en esta sentencia

54. Las demandas de amparo en trámite que, en aplicación de los criterios de procedibilidad previstos en el Fundamento 37 *supra*, sean declaradas improcedentes, deberán ser remitidas al juzgado de origen (Juez Civil encargado de merituar el proceso de amparo en primera instancia), quien deberá remitir el expediente judicial al Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo (en los lugares en los que éstos existan) o deberá avocarse al conocimiento del proceso (en los lugares en los que no existan Jueces Especializados en lo Contencioso Administrativo).

Una vez que el Juez competente del proceso contencioso administrativo se avoque al conocimiento de la causa, deberá entenderse presentada y admitida la demanda contencioso administrativa, y, en aplicación del principio de suplencia previsto en el inciso 4) del artículo 2º de la Ley N.º 27584, se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecúe su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso contencioso administrativo. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso.

Estas reglas son dictadas en virtud del principio de autonomía procesal del Tribunal Constitucional al que se ha hecho alusión en el Fundamento 48 *supra*.

55. Por otra parte, en aplicación del principio *pro actione* que impone al Juez interpretar los requisitos de admisibilidad de las demandas en el sentido que más favorezca el derecho de acceso a la jurisdicción, en

los supuestos en los que en el expediente de amparo obre escrito en el que la Administración contradiga la pretensión del recurrente, el Juez del contencioso administrativo, no podrá exigir el agotamiento de la vía administrativa.

En efecto, dado que la finalidad de la interposición de los recursos administrativos de impugnación consiste en darle la oportunidad a la propia Administración de revisar su actuación o reevaluarla y, en su caso, disponer el cese de la vulneración del derecho, sería manifiestamente contrario al principio de razonabilidad y al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, exigir el agotamiento de la vía administrativa en los casos en los que resulta evidente que la propia Administración se ha ratificado en la supuesta validez del acto considerado ilegal.

56. Por el contrario, los expedientes de amparo en los que no sea posible verificar si la Administración se ha o no ratificado en torno a la supuesta validez del acto considerado atentatorio de los derechos previsionales que no configuran el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, no serán remitidos al Juez del contencioso administrativo, pues dado que en estos supuestos es plenamente exigible el agotamiento de la vía administrativa prevista en el artículo 18º de la Ley N.º 27584, los recurrentes deberán agotarla para encontrarse habilitados a presentar la demanda contencioso administrativa.

57. En todo caso, es deber del Juez del contencioso administrativo, aplicar el principio de favorecimiento del proceso, previsto en el inciso 3) del artículo 2º de la Ley N.º 27584, conforme al cual:

“Principio de favorecimiento del proceso.- El Juez no podrá rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa.

Asimismo, en caso de que el Juez tenga cualquier otra duda razonable sobre la procedencia o no de la demanda, deberá preferir darle trámite a la misma.”

58. Por otra parte, dado que en los asuntos previsionales, es la Administración o, en su caso, la entidad en la que prestó servicios el ex trabajador, las que se encuentran en mayor capacidad de proveer al Juez de los medios probatorios que coadyuven a formar convicción en relación con el asunto controvertido, el hecho de que el recurrente no haya presentado los medios probatorios suficientes que permitan acreditar su pretensión, en principio, no puede considerarse como motivo suficiente para desestimar la demanda. En tales circunstancias, es obligación del Juez recabar de oficio los medios probatorios que juzque pertinentes; máxime si el artículo 22º de la Ley N.º 27584, establece que:

“Al admitir a trámite la demanda el Juez ordenará a la entidad administrativa que remita el expediente relacionado con la actuación impugnada.

Si la entidad no cumple con remitir el expediente administrativo el órgano jurisdiccional podrá prescindir del mismo o en su caso reiterar el pedido bajo apercibimiento de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público para el inicio del proceso penal correspondiente (...).

El incumplimiento de lo ordenado a la entidad administrativa no suspende la tramitación del proceso, debiendo el juez en este caso aplicar al momento de resolver lo dispuesto en el Artículo 282 del Código Procesal Civil.”

Dicho artículo del Código Procesal Civil, establece:

“El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.”

Por su parte, el artículo 29º de la Ley N.º 27584, dispone:

“Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.”

§10. Vulneración continuada y ausencia de plazos de prescripción en asuntos que versen sobre materia pensionaria

59. Todos los poderes públicos, incluida la Administración Pública, deberán tener presente, tal como lo ha precisado este Colegiado de manera uniforme y constante —en criterio que *mutatis mutandis* es aplicable a cualquier proceso judicial o procedimiento administrativo que prevea plazos de prescripción o caducidad— que las afectaciones en materia pensionaria tienen la calidad de una vulneración continuada, pues tienen lugar mes a mes, motivo por el cual no existe posibilidad de rechazar reclamos, recursos o demandas que versen sobre materia previsional, argumentando el vencimiento de plazos prescriptorios o de caducidad.

En tal sentido, en los casos de demandas contencioso administrativas que versen sobre materia pensionaria, el Juez se encuentra en la obligación de considerar el inicio del cómputo de los plazos de caducidad previstos en el artículo 17º de la Ley N.º 27584, a partir del mes inmediatamente anterior a aquel en que es presentada la demanda, lo que equivale a decir, que, en ningún caso, podrá declararse la improcedencia de tales demandas por el supuesto cumplimiento del plazo de caducidad.

§11. Jurisprudencia vinculante y exhortación

60. Es preciso enfatizar que los criterios uniformes y reiterados contenidos en las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional en materia pensionaria, mantienen sus efectos vinculantes. En consecuencia,

a pesar de que determinadas pretensiones sobre la materia no puedan en el futuro ser ventiladas en sede constitucional, la judicatura ordinaria se encuentra vinculada por las sentencias en materia pensionaria expedidas por este Colegiado.

61. Finalmente, el Tribunal Constitucional exhorta al Poder Judicial a aumentar el número de Juzgados Especializados en lo Contencioso Administrativo en el Distrito Judicial de Lima y a crearlos en el resto de Distritos Judiciales de la República, a efectos de atender con diligencia y celeridad las pretensiones que correspondan ser dilucidadas por la jurisdicción ordinaria, como consecuencia de la expedición de la presente sentencia.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución y su Ley Orgánica,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda.
2. Declarar la **NULIDAD** de la Resolución N.º 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990.
3. Ordena que la entidad demandada cumpla con reconocer la pensión de jubilación adelantada por reducción de personal que corresponde al demandante, y abone las pensiones devengadas, reintegros e intereses legales correspondientes, conforme a los Fundamentos 40 a 43 *supra*.
4. Declarar que los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo que versen sobre materia pensionaria, previstos en el Fundamento 37 *supra*,

constituyen precedente vinculante inmediato, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPConst.; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite y cuya pretensión no verse sobre el contenido constitucional directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, debe ser declarada improcedente.

5. Declarar que las reglas procesales de aplicación a las demandas de amparo que a la fecha de publicación de esta sentencia se encuentren en trámite, previstas en los Fundamentos 54 a 58 *supra*, resultan vinculantes tanto para los Jueces que conocen los procesos de amparo, como para los Jueces que resulten competentes para conocer las demandas contencioso administrativas.

6. Se **EXHORTA** al Poder Judicial, para que, de conformidad con el Fundamento 61 *supra*, aumente el número de Juzgados Especializados en lo Contencioso Administrativo en el Distrito Judicial de Lima y los cree en el resto de Distritos Judiciales de la República.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

Exp. N° 1966-2005-HC/TC [Proceso de Hábeas Corpus promovido por César Augusto Lozano Ormeño. Se establece la responsabilidad de la RENIEC en la consignación de datos personales en el Registro de Inscripción así como su responsabilidad en la custodia de los documentos que lo sustentan].

Fecha de Resolución: 26 de mayo de 2005

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 02 de setiembre de 2005

Resumen: Se advierte del presente proceso que el demandante inició un procedimiento administrativo de canje de libreta electoral por el DNI ante el RENIEC, el cual fue observado debido a que se constató que el apellido materno se encontraba enmendado en la boleta y en el libro Registro de Inscripción; por lo que, se le requirió la presentación de la partida de nacimiento respectiva y la realización de una prueba decadactilar a fin de que se procesen los datos actualizados.

Al respecto, el Colegiado estimó que la decisión de la entidad emplazada no vulneraba el derecho constitucional a no ser privado de DNI por cuanto la expedición del referido documento no es un trámite automático y es facultad del RENIEC el formular observaciones como en el presente caso, acorde con su obligación de verificar la identidad personal de los ciudadanos para garantizar que se encuentren debidamente identificados e inscritos en el Registro Único de Identificación de Personas Naturales.

Sin embargo, consideró que sí se había vulnerado el derecho fundamental al debido proceso en sede administrativa, respecto del cual pese a no haber sido invocado en la demanda estimó pronunciarse.

Es en este sentido que el Tribunal fundamentó su fallo estableciendo como precedente vinculante que la demora innecesaria e injustificada en la expedición del DNI contraviene el derecho al debido procedimiento administrativo de los administrados; y que, es de exclusiva responsabilidad del RENIEC la consignación de datos personales en el Registro de Inscripción –y por tanto los errores en que se haya incurrido–; así como la custodia de los documentos que sustentan los hechos inscritos (títulos archivados).

Igualmente, se consideró que en caso no se cuente con el título archivado requerido –por haber desaparecido, haber sido mutilado o destruido a consecuencia de negligencia propia, hechos fortuitos o actos delictivos–, también es responsabilidad del RENIEC, a fin de verificar datos que pudieran estar observados, gestionar de oficio dichos documentos, solicitándolos a las entidades correspondientes, más aún si se trata de oficinas registrales que forman parte del sistema registral o de municipalidades con las cuales tiene estrecha y permanente vinculación por mandato de su propia ley orgánica.

Por lo expuesto, el Colegiado dispuso que el RENIEC gestione ante la oficina registral o entidad correspondiente la expedición de la partida de nacimiento del recurrente, quien, por su parte, deberá cumplir con registrar sus huellas decadactilares a fin de culminar el trámite de canje de libreta electoral por el DNI.

Temas Claves: Derecho al debido proceso en sede administrativa - principio *iura novit curia* - principios del procedimiento administrativo - responsabilidad del ente administrador

**EXP. N.º 1966-2005-PHC/TC
MADRE DE DIOS**

**CÉSAR AUGUSTO
LOZANO ORMEÑO**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de mayo 2005, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gonzales Ojeda, García Toma y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don César Augusto Lozano Ormeño contra la resolución de la Sala Mixta Descentralizada de Puerto Maldonado de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, de fojas 17, su fecha 16 de febrero de 2005, que declara improcedente la demanda de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente, con fecha 17 de enero de 2005, interpone demanda de hábeas corpus contra el Jefe del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (RENIEC) de Puerto Maldonado, solicitando que se ordene la expedición de su Documento Nacional de Identidad (DNI). Refiere que desde el 16 de mayo de 2004 en que acudió a las oficinas del RENIEC - Puerto Maldonado con la finalidad de tramitar el canje de su libreta electoral por el DNI, el funcionario encargado no cumple con hacerle entrega de dicho documento, argumentando que en la base de datos no aparece registrado su nombre. Sostiene que para obtener su libreta electoral satisfizo todos los requisitos exigidos por el ente estatal, por lo que portó dicho documento de identidad en los últimos años e hizo ejercicio de todos sus derechos civiles, y que por ello es inconcebible que ahora se le exija presentar nuevamente su partida de nacimiento como condición para la entrega de su DNI.

La Administradora de la Agencia de la RENIEC de la provincia de Tambopata rinde su declaración explicativa precisando que no se ha negado la entrega del nuevo DNI al demandante, sino que el trámite administrativo ha sido observado por el Área de Procesos en la ciudad de Lima, por figurar el apellido materno del demandante enmendado en la boleta y en el libro Registro de Inscripción, razón por la que se le solicitó que presente su partida de nacimiento y una prueba decadactilar para remitirlos a Lima y culminar el trámite correspondiente.

El Primer Juzgado Mixto de Tambopata, con fecha 17 de enero de 2005, declaró improcedente la demanda, por considerar que no se ha afectado derecho constitucional alguno del recurrente, pues éste debe cumplir con subsanar la observación realizada por la entidad emplazada, y que un eventual mandato al órgano jurisdiccional para que tramite el canje de la libreta electoral por el DNI omitiendo la presentación de los documentos solicitados significaría un peligro para el

Estado, pues no se cumpliría la identificación plena y legal de sus ciudadanos.

La recurrida confirmó la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. En concreto, el objeto del hábeas corpus es que se ordene al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) de Puerto Maldonado expedir el DNI del demandante.

§. *Materia sujeta a análisis constitucional*

2. Este Colegiado debe determinar si la decisión de la entidad emplazada de no expedir el DNI del demandante, hasta que cumpla con presentar los documentos solicitados y subsanar la observación realizada por el Área de Procesos, ha vulnerado su derecho constitucional a no ser privado de su DNI.

§. *Análisis del acto lesivo materia de controversia constitucional*

3. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 177.º y 183.º de la Constitución, el RENIEC es un organismo constitucionalmente autónomo, encargado de manera exclusiva y excluyente de organizar y actualizar el Registro Único de Identificación de las Personas Naturales y, entre otras funciones, de emitir los documentos que acrediten su identidad.

4. De otro lado, según lo establecido por los artículos 6.º y 7.º de su Ley Orgánica -N.º 26497-, RENIEC planea, organiza, dirige, controla, norma y racionaliza las inscripciones de su competencia; igualmente, mantiene el registro único de identificación de las personas naturales y emite el documento único que acredita su identidad personal. Asimismo, el artículo 26.º de la referida norma establece que el Documento Nacional de Identidad es público, personal e intransferible; constituye la única cédula de identidad personal para todos los actos civiles, comerciales, administrativos, judiciales y, en general, para todos aquellos casos en que, por mandato legal, deba ser presentado; y constituye también el único título de derecho al sufragio de la persona a cuyo favor ha sido otorgado.

5. En cuanto al fondo del asunto controvertido, este Colegiado considera que la decisión de la entidad emplazada no vulnera el derecho constitucional a no ser privado de DNI, pues de autos se tiene que el trámite administrativo de expedición de dicho documento de identidad fue observado debido a que se detectó que el apellido materno del solicitante, consignado en la boleta y en el libro Registro de Inscripción, se encontraba enmendado, motivo por el cual se le requirió para que presente su partida de nacimiento y efectúe una prueba decadactilar, a fin de procesar los datos actualizados. La expedición del DNI no es un trámite automático, y es facultad del RENIEC el formular observaciones como en el presente caso, acorde con su obligación de verificar la identidad personal de los ciudadanos para garantizar que

se encuentren debidamente identificados e inscritos en el Registro Único de Identificación de Personas Naturales.

6. Sin embargo, y sin perjuicio de lo señalado, el Tribunal Constitucional considera que la entidad emplazada sí ha vulnerado el derecho fundamental del recurrente al debido proceso en sede administrativa, si bien no invocado formalmente en la demanda, pero respecto del cual considera imprescindible pronunciarse.

§ El aforismo *iura novit curia* y su aplicación en los procesos constitucionales

7. El *iura novit curia* constitucional, contemplado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, establece que "(...) el órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente". Respecto a dicho principio y a sus relaciones con el principio de congruencia de las sentencias o, a su turno, con la necesidad de que se respete el contradictorio, este Colegiado, en el fundamento N.º 4 de la STC N.º 905-2001-AA/TC, aplicable *mutatis mutandis* al caso de autos, ha establecido que no considera que estos resulten "(...) afectados por el hecho de que el juez constitucional se pronuncie por un derecho subjetivo no alegado por la demandante, pues una de las particularidades de la aplicación del principio *iura novit curia* en el proceso constitucional es que la obligación del juzgador de aplicar correctamente el derecho objetivo involucra, simultáneamente, la correcta adecuación del derecho subjetivo reconocido en aquel. Y ello es así, pues sucede que el derecho subjetivo constitucional está, a su vez, reconocido en una norma constitucional, norma ésta, como la del inciso 7) del artículo 2.º de la Constitución, que es indisponible para el Juez Constitucional y que, en consecuencia, aunque no haya sido invocada, debe aplicarse. Además, no puede olvidarse que el contradictorio en el amparo, por lo general, no se expresa de manera similar a lo que sucede en cualquier otro ámbito del derecho procesal, en particular, si se tiene en cuenta la posición y el significado de la participación de las partes (sobre todo, la demandada) en el presente proceso; de manera que la comprensión y respeto del contradictorio en el amparo ha de entenderse, no conforme a lo que se entiende por él en cualquier otro proceso, sino en función de las características muy particulares del proceso constitucional".

§ El debido proceso en los procedimientos administrativos

8. El debido proceso, según lo ha establecido la doctrina, es "(...) un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales (como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros) que impiden que la libertad y los derechos individuales sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo al Estado) que pretenda hacer uso abusivo de estos". (Bustamante Alarcón, Reynaldo. " El derecho a probar

como elemento esencial de un proceso justo." Cit. por Javier Dolorier Torres en Diálogo con la Jurisprudencia. Año 9. N.º 54. Marzo 2003. Gaceta Jurídica. Lima. Pág. 153).

9. Al respecto, este Colegiado, en reiteradas ejecutorias ha establecido que el derecho reconocido en el artículo 139º, inciso 3) de la Constitución no sólo tiene una dimensión "judicial". En ese sentido, el debido proceso comporta el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. En el caso de los procesos administrativos, se debe cumplir con el procedimiento y formalidades establecidas por ley, respetando principios y requisitos mínimos que garanticen un proceso libre de arbitrariedades.

§ El debido proceso en los procedimientos ante el RENIEC

10. Según el Reglamento de Inscripciones del RENIEC, aprobado por el Decreto Supremo N.º 015-98-PCM, el Sistema Registral es el "(...) conjunto de órganos y personas del Registro que tienen a su cargo la ejecución de los procedimientos administrativos de inscripción a que hacen referencia la Ley y el presente Reglamento, así como los órganos de apoyo, asesoramiento y control del Registro"; el Archivo Único Centralizado es la oficina encargada de recopilar, centralizar, ordenar y custodiar los Títulos Archivados (documentos que posee el Registro, los cuales sustentan los hechos inscritos), así como de proporcionar la información necesaria a los diversos órganos del sistema registral; y el Archivo Personal es aquel que contiene la información sumaria de los hechos inscritos relativos a cada persona natural.

11. De igual manera, según lo dispuesto por el artículo 8.º de la Ley N.º 26497, para el ejercicio de sus funciones, el RENIEC mantiene estrecha y permanente coordinación, entre otras entidades, con las municipalidades provinciales, distritales y de centros poblados menores. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria de la referida norma dispone que el personal y acervo documentario de las oficinas del registro civil de los gobiernos locales se incorporan al RENIEC.

12. Por otro lado, en el orden administrativo, todo procedimiento administrativo debe regirse fundamentalmente por los principios contemplados en la Ley N.º 27444 del Procedimiento Administrativo General, entre los cuales es pertinente resaltar a los siguientes:

q Principio de impulso de oficio. Por el cual las autoridades administrativas deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento, así como ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias. Este principio también es recogido por el artículo 145.º del citado cuerpo legal, que dispone que la autoridad

administrativa, aun sin pedido de parte, debe promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación y superar cualquier obstáculo que se oponga a ello, así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias o meramente formales, adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida.

q Principio de celeridad. Que establece que quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

q Principio de simplicidad. Según el cual los trámites establecidos por la autoridad administrativa deben ser sencillos, lo que supone la eliminación de toda complejidad innecesaria; por tanto, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir.

13. Asimismo, la Ley N.º 27444, en su artículo 165.º señala que no deberá actuarse prueba respecto a hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad, sobre los que se haya comprobado con ocasión del ejercicio de sus funciones, o que estén sujetos a la presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior. De manera complementaria, su artículo 167º, inciso 1) dispone que "(...) la autoridad administrativa a la que corresponde la tramitación del asunto recabará de las autoridades directamente competentes los documentos preexistentes o antecedentes que estime conveniente para la resolución del asunto, sin suspender la tramitación del expediente".

14. En el caso de autos se advierte que el demandante inició un procedimiento administrativo ante RENIEC que fue observado debido a que se constató que en la boleta y en el libro Registro de Inscripción su apellido materno se encontraba enmendado, motivo por el cual se le requirió para que presentara su partida de nacimiento y se haga una prueba decadal. Dicha enmendadura se presenta en documentos en los cuales la consignación de datos –y por tanto los errores en que se haya incurrido– es de exclusiva responsabilidad del ente administrador; documentos que, por lo demás, obran actualmente en su poder. De otro lado, es responsabilidad y competencia del RENIEC la custodia de los documentos que sustentan los hechos inscritos (Títulos Archivados), los mismos que, en el caso de autos, deberán servir para verificar los datos del Registro.

15. En caso no se cuente con el título archivado requerido –por haber desaparecido, haber sido mutilado o destruido a consecuencia de negligencia propia, hechos fortuitos o actos delictivos–, también es responsabilidad del RENIEC, a fin de verificar datos que pudieran estar observados, gestionar de oficio dichos documentos, solicitándolos a las entidades correspondientes, más aún si se trata de oficinas registrales que forman parte del sistema registral o de municipalidades con las cuales tiene estrecha y permanente vinculación por mandato de su propia ley orgánica. En el presente caso es evidente que la actuación de RENIEC no se ha sujetado a tales prescripciones, de modo que ha inobservado los principios de impulso de oficio, celeridad y simplicidad, vulnerando el derecho constitucional del demandante al debido proceso en sede administrativa, al causar una demora innecesaria en la expedición de su Documento Nacional de Identidad.

16. Por lo expuesto, este Colegiado considera necesario disponer que el RENIEC, en un plazo máximo de cinco días útiles de notificada la presente demanda, gestione ante la oficina registral o entidad correspondiente la expedición de la partida de nacimiento del recurrente, quien, por su parte, deberá cumplir con registrar sus huellas decadales, a fin de culminar el trámite de canje de libreta electoral por el DNI.

17. Esta sentencia constituye precedente vinculante respecto de los fundamentos jurídicos N.ºs 14, 15, y 16, *supra*, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

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

HA RESUELTO

1. Declarar *INFUNDADA* la demanda.
2. Disponer que el Jefe del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil –RENIEC– de Puerto Maldonado gestione la expedición de la partida de nacimiento del demandante, conforme a lo señalado en el fundamento jurídico N.º 16, *supra*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI**

Exp. N° 2496-2005-HC/TC [Proceso de Hábeas Corpus promovido por Eva Rosario Valencia Gutierrez. Sobre la detención judicial preventiva y los límites a la libertad personal].

Fecha de Resolución: 17 de mayo de 2005

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 03 de junio de 2005

Resumen: El derecho fundamental de libertad personal se encuentra sujeto a límites, así como la detención preventiva que garantiza que el acusado comparezca a las diligencias judiciales. De ahí que en la presente sentencia el Tribunal estableciera criterios vinculantes en relación a la detención judicial preventiva y a los límites de la libertad personal.

i) Se indica la improcedencia de protección del debido proceso en abstracto en procesos de hábeas corpus (F.J. 3).

Así se ha establecido en reiterada jurisprudencia que el proceso de hábeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso.

ii) Se indica la procedencia del hábeas corpus contra resoluciones de detención judicial preventiva (F.J. 3).

En el presente caso, al haberse establecido judicialmente restricciones al pleno ejercicio de la libertad locomotora tras la imposición de la medida cautelar de detención preventiva, el Tribunal Constitucional determinó tener competencia, *ratione materiae*, para evaluar la legitimidad de los actos judiciales considerados lesivos.

iii) Se señalan los límites a la libertad individual (F.J. 5).

Considerándose que estos límites a los derechos pueden ser impuestos por la misma norma que reconoce el derecho, por el ejercicio de uno o más derechos constitucionales o por el ejercicio de uno o varios bienes jurídicos constitucionales.

iv) Se expresa el carácter excepcional de la detención judicial preventiva (FFJJ. 7 y 8).

El artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

El Colegiado infiere de dicho contenido que la detención preventiva constituye una de las formas constitucionales de garantizar que el procesado comparezca a las diligencias judiciales.

v) Se señala la aplicación en el tiempo de normas procesales penales de acuerdo al principio *tempus regit actum* (FFJJ. 12 y 13).

Al respecto, se ha manifestado en reiterada jurisprudencia que la aplicación de normas procesales penales se rige por el principio *tempus regit actum* que establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra *vigente* al momento de resolverse.

Por lo cual, consideró en el caso de autos que resulta de aplicación el artículo 1° de la Ley N° 27553, que desde el 13 de noviembre de 2001 modifica el artículo 137° del Código Procesal Penal, estableciendo que el plazo de detención en el proceso penal ordinario tiene una duración máxima de 18 meses, el cual se duplicará en los procesos sobre delitos de terrorismo, tráfico de drogas, espionaje u otro de naturaleza compleja seguido contra más de diez imputados.

Temas Claves: Detención preventiva - hábeas corpus contra resoluciones judiciales - libertad personal - principio de legalidad penal - principio *tempus regit actum*.

**EXP. N.º 2496-2005-PHC/TC
LIMA**

**EVA ROSARIO
VALENCIA GUTIERREZ**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En La Oroya, a los 17 días del mes de mayo de 2005, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini Presidente, Bardelli Lartirigoyen, y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Eva Rosario Valencia Gutierrez, contra la resolución de la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 203, su fecha 16 de febrero de 2005, que declara improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 30 de setiembre de 2004, la recurrente interpone acción de hábeas corpus contra la Sala Nacional de Terrorismo, solicitando su inmediata excarcelación. Manifiesta encontrarse reclusa desde el 14 de mayo de 1993, habiendo sido procesada por el supuesto delito de terrorismo en agravio del Estado; que fue condenada por jueces "sin rostro" a 30 años de pena privativa de libertad, proceso que fue anulado al declararse la inconstitucionalidad de los dispositivos legales aplicados, ordenándose la tramitación de un nuevo proceso. Agrega que se han vulnerado sus derechos constitucionales, dado que hasta la fecha no se ha resuelto su situación jurídica, pese a haber transcurrido más de 10 años de reclusión, periodo que excede el máximo del plazo establecido en el artículo 137.º del Código Procesal Penal, por lo que al no existir mandato judicial que ordene su detención esta ha devenido en arbitraria.

Realizada la investigación sumaria, la accionante se ratifica en los términos de su demanda. Por su parte el Presidente de la Sala Nacional de Terrorismo, señor Pablo Talavera Elguera, sostiene que no existe detención arbitraria, que en aplicación del Decreto Ley N.º 926, la Sala Penal que integra, declaró la nulidad de los actuados y la insubsistencia de la acusación fiscal por encontrarse tramitados por magistrados de identidad secreta. Asimismo, alega que por disposición del decreto citado, el término de detención se computa desde la fecha de expedición de la resolución que declara la anulación, y que, tratándose de procesos de terrorismo, como el seguido contra el demandante, el plazo máximo de detención es de 36 meses.

El Procurador Adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial, con fecha 10 de setiembre de 2004, se apersona al proceso, solicitando se declare improcedente la demanda por tratarse de un proceso regular, ante el cual el hábeas corpus no puede ser eficaz .

El Cuadragésimo Séptimo Juzgado Penal de Lima, con fecha 14 de setiembre de 2004, declara improcedente la demanda, por considerar que no se acredita el alegado exceso de detención, puesto que, encontrándose el actor sujeto a instrucción por el delito de terrorismo, el cómputo del plazo de detención establecido en el artículo 137.º del Código Procesal Penal se inicia a partir de la resolución que declara la anulación.

La recurrida, confirmo la apelada por fundamentos similares.

FUNDAMENTOS

1. La demanda tiene por objeto que se ordene la inmediata libertad del demandante. Se alega que no se dictó auto de apertura de instrucción y que el plazo límite de detención preventiva, establecido por el artículo 137.º del Código Procesal Penal, ha fenecido.

2. El accionante sostiene que en su caso se ha producido una doble afectación constitucional:

a) detención arbitraria al haberse ejecutado sin mandato judicial, y

b) vulneración de las garantías del debido proceso con transgresión del principio de legalidad procesal (duración ilimitada de su detención y aplicación de dispositivos procesales penales que no estuvieron vigentes al momento de su detención).

3. En reiterada jurisprudencia, este Colegiado ha sostenido que el proceso de hábeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso. En el presente caso, habida cuenta de que se han establecido judicialmente restricciones al pleno ejercicio de la libertad locomotora, tras la imposición de la medida cautelar de detención preventiva, el Tribunal Constitucional tiene competencia, *ratione materiae*, para evaluar la legitimidad de los actos judiciales considerados lesivos.

§. *Materia sujeta a análisis constitucional*

4. A lo largo de la presente sentencia, este Colegiado debe llegar a determinar:

(a) Si se ha lesionado el derecho que tiene el recurrente al ejercicio pleno de las facultades que sobre la impartición de justicia, consagra la Constitución Política del Perú

(b) Si por el tiempo transcurrido en detención preventiva se ha terminado afectando la libertad personal del demandante

§. *De los límites a la libertad personal*

5 Conforme a lo enunciado por éste Tribunal en reiterada jurisprudencia, la libertad personal es no es solo un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico, pero su ejercicio no es absoluto e ilimitado; pues se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley.¹⁴

Por ello, los límites a los derechos pueden ser impuestos por la misma norma que reconoce el derecho; por el

ejercicio de uno o más derechos constitucionales, o por el ejercicio de uno o varios bienes jurídicos constitucionales

6. El caso de autos se encuentra comprendido en el primer tipo de límites. En efecto, conforme al artículo 2, inciso 24, literal b), de la Constitución, no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Por tanto, para esclarecer la controversia, debe establecerse si el periodo de detención preventiva que cumple el demandante constituye una restricción del derecho a la libertad previsto en la ley y la Constitución.

§. De la detención preventiva

7. El artículo 9.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a *garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo*

8. De cuyo contenido se infiere que la detención preventiva constituye una de las formas constitucionales de garantizar que el procesado comparezca a las diligencias judiciales .

§. La legislación penal en materia antiterrorista

9. El Decreto Legislativo N.º 926, que norma la nulidad de los procesos por delito de terrorismo seguidos ante jueces y fiscales con identidad secreta, dispone, en su Primera Disposición Final y Complementaria, que el plazo límite de detención conforme al artículo 137º del Código Procesal Penal, en los procesos en que se aplique tal norma, se computará desde la fecha de expedición de la resolución que declare la anulación.

De otro lado, en su artículo 4.º precisa que la anulación no tendrá como efecto la libertad de los imputados ni la suspensión de las requisitorias existentes.

10. En tal sentido de autos se advierte que el recurrente fue procesado y condenado por el delito contra la tranquilidad pública en la modalidad de terrorismo, juzgamiento que estuvo a cargo de jueces "sin rostro"; que al expedir este Tribunal la STC N.º 10-2003-AI, dicho proceso se anuló; conforme se acredita con la resolución expedida por la Sala Nacional de Terrorismo, que dispone declarar **nula** la sentencia, **nula** la Ejecutoria Suprema e **insubsistente** el Dictamen Fiscal Superior.

De lo cual se colige que la nulidad declarada alcanza a los actos procesales mencionados, quedando subsistentes y surtiendo plenos efectos jurídicos los actos procesales precedentes; en consecuencia, el auto que dispone la apertura de instrucción contra el demandante sigue vigente.

11. Por consiguiente, el accionante se encuentra detenido por mandamiento escrito y motivado del juez, contenido

en el auto que apertura la instrucción que se tramita en su contra

12. Con relación a la aplicación de las normas penales, este Tribunal ha manifestado, en reiterada jurisprudencia, que en la aplicación de normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum*, que establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse^[2].

13. Siendo ello así, resulta de aplicación al caso de autos, el artículo 1º de la Ley N.º 27553, que desde el 13 de noviembre de 2001 modifica el artículo 137.º del Código Procesal Penal, estableciendo que el plazo de detención en el proceso penal ordinario tiene una duración máxima de 18 meses; que se **duplicará** en caso de que el proceso sea por los delitos de terrorismo, tráfico de drogas, espionaje u otro de naturaleza compleja seguido contra más de diez imputados.

14. En tal sentido de las copias certificadas que obran en autos, consta que la resolución que declara la anulación del proceso fue expedida el 16 de mayo de 2003, fecha en la cual se inicia el cómputo del plazo al que se refiere el artículo 137.º del Código Procesal Penal, el mismo que tratándose de un proceso por el delito de terrorismo, es de 36 meses, los que a la fecha no han transcurrido, por consiguiente, a la fecha aún no ha vencido tal plazo. En consecuencia, al no acreditarse la vulneración constitucional que sustenta la demanda resulta de aplicación el artículo 2.º del Código Procesal Constitucional, Ley N.º 28237 *contrario sensu* .

15. De conformidad con el artículo VII del Código Procesal Constitucional, "Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la calidad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo".

16. En aplicación de la citada norma, son vinculantes para todos los operadores jurídicos los criterios de interpretación contenidos en los fundamentos jurídicos Nos. 3, 5, 7, 8, 12, y 13.

FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda .

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
LANDA ARROYO

^[1] STC Nº Caso 1230-2002-HC Caso Tineo Cabrera

^[2] STC N.º 1593-2003-HC, Caso Dionicio Lllajaruna Sare.

Exp. N° 2802-2005-PA/TC [Proceso de Amparo promovido por Julia Mabel Benavides García. Se establecen criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia municipal].

Fecha de Resolución: 14 de noviembre de 2005

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 13 de diciembre de 2005

Resumen: De la mencionada sentencia se desprende que en el ámbito de otorgamiento de una autorización municipal para el funcionamiento de un establecimiento comercial, la libertad de trabajo debe ser considerada como un derecho accesorio de la libertad de empresa.

Se establecen las siguientes reglas jurídicas vinculantes:

i) Improcedencia de las demandas de amparo en caso de locales comerciales que no cuentan con autorización municipal (FFJJ. 4-9).

En la sentencia N° 3330-2004-AA/TC se estimó que en los casos vinculados al otorgamiento de licencias municipales de funcionamiento de establecimiento se vulnerará la libertad de trabajo en el caso que no se permita ejercer el derecho a la libertad de empresa. Para determinar si se afecta la libertad de trabajo tendrá que esclarecerse previamente la vulneración del derecho a la libertad de empresa. Asimismo, enfatizaba que para poder reconocer el derecho a la libertad de empresa debe acreditarse contar con la licencia de funcionamiento correspondiente de parte de la autoridad municipal; caso contrario, no puede asumirse la afectación de dicho derecho fundamental, debiendo ser declarada improcedente la demanda de amparo.

En ese sentido, se señaló que en el ámbito de competencia municipal para desarrollar alguna de las actividades o servicios regulados por la administración municipal, y a fin de ejercitar válidamente el derecho a la libertad de empresa –y consecuentemente de ser el caso, poder alegar la vulneración a la libertad de trabajo como derecho accesorio–, se debe contar previamente con la respectiva autorización municipal sea esta licencia, autorización, certificado o cualquier otro instrumento aparente que pruebe la autorización municipal para la prestación de un servicio o el desarrollo de una actividad empresarial.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional consideró que siempre que se alegue la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de empresa y/o a la libertad de trabajo, como derecho accesorio, y el demandante no cuente con la autorización municipal correspondiente –y de los actuados no se constate una manifiesta arbitrariedad en el accionar de la Administración, que vulnere algún derecho fundamental del administrado–, serán aplicables los criterios mencionados. Asimismo, dichos criterios serán también aplicables a las demandas en las que se solicite la inaplicación, suspensión o nulidad de cualquier sanción o procedimiento administrativo o coactivo, derivadas de la falta de la correspondiente autorización municipal.

ii) Improcedencia de las demandas de amparo contra la obtención y denegatoria de autorizaciones municipales para el funcionamiento de locales comerciales (FFJJ. 6 y 17).

iii) Procedencia de la demanda de amparo para proteger la libertad de empresa y del trabajo en casos relacionados con la autorización para el funcionamiento de establecimientos comerciales (F.J. 6).

El Colegiado consideró que si existen dudas acerca de la actuación de los gobiernos locales al momento del otorgamiento o denegatoria de las licencias de funcionamiento, la parte afectada debe recurrir a la vía contencioso-administrativa la cual cuenta con una adecuada estación probatoria. Es decir, sólo en los casos en que se sustente con claridad la afectación

de un derecho fundamental se podrá analizar el fondo de la controversia planteada en una demanda de amparo.

iv) Reglas procesales de la STC N° 1417-2005-PA (FFJJ. 53 a 58) aplicables por remisión a los procesos de amparo en trámite relacionados con licencias de funcionamiento (FFJJ. 16 y 17).

Finalmente, se consideró que en el presente caso siendo que la recurrente alegó haber cumplido con todos los requisitos para obtener la licencia de funcionamiento solicitada y que pese a ello la administración edil de manera arbitraria no expidió dicho documento la demanda debe ser encausada a la vía contencioso-administrativa, la cual para dirimir la controversia cuenta con una adecuada estación para actuar los elementos probatorios presentados por las partes.

Siendo ello así estimó que eran aplicables al presente caso, *mutatis mutandis*, las reglas procesales establecidas la STC N° 1417-2005-PA.

Temas Claves: Derecho al trabajo - libertad de empresa - procedencia del amparo municipal - revocación de licencias municipales.

**EXP. N.º 2802-2005-PA/TC
PIURA**

**JULIA MABEL
BENAVIDES GARCÍA**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de noviembre de 2005, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Julia Mabel Benavides García contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, de fojas 86, su fecha 10 de febrero de 2005, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de octubre de 2004, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Piura solicitando que se deje sin efecto el acta de clausura de establecimiento de fecha 16 de octubre de 2004, levantada por la entidad demandada de manera arbitraria, vulnerando sus derechos fundamentales a la libertad de trabajo, de petición, a la tutela jurisdiccional efectiva, de defensa y al debido proceso. Sostiene que en el mes de agosto de 2004 solicitó a la municipalidad emplazada el otorgamiento de una licencia provisional de funcionamiento para su establecimiento comercial "Así es mi tierra", ubicado en la Av. Las Gardenias N.º 300, así como el correspondiente certificado de zonificación, el cual tuvo un retardo indebido en su entrega, razón por la cual su local fue multado en dos ocasiones y, posteriormente, clausurado.

La Municipalidad Provincial de Piura contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, alegando que el local de la recurrente fue clausurado por carecer de la autorización municipal de funcionamiento, de acuerdo al Reglamento de Aplicación de Sanciones aprobado mediante Ordenanza N.º 026-2004-C/PPP.

El Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Piura, con fecha 24 de noviembre de 2004, declara infundada la demanda, por considerar que la recurrente no acredita contar con licencia municipal de funcionamiento, y que la vía del amparo no es la adecuada para otorgar derechos, pues solo protege los ya existentes, agregando que de lo actuado se advierte, que la municipalidad demandada ha actuado en ejercicio de sus funciones, desvirtuándose toda arbitrariedad.

La recurrida confirma la apelada, por considerar que la clausura cuestionada en el presente proceso constituye una sanción administrativa por el incumplimiento de disposiciones municipales, y que, en ese sentido, estas debieron previamente impugnarse.

FUNDAMENTOS

1. La parte demandante denuncia la vulneración de sus derechos fundamentales a la libertad de trabajo, de petición, a la tutela jurisdiccional efectiva, de defensa y al debido proceso, y, por ello, solicita que se deje sin efecto el acta de clausura de establecimiento de fecha 16 de octubre de 2004, ordenado por la municipalidad emplazada.

§ 1. La libertad de trabajo como derecho accesorio a la libertad de empresa

2. Respecto a la libertad de trabajo, este Colegiado ha precisado, en la STC N.º 3330-2004-AA/TC, que es una manifestación del derecho al trabajo, y que se define como el derecho a elegir libremente una profesión u oficio. Por ello, el Estado no sólo debe garantizar el derecho de las personas a acceder a un puesto de trabajo o proteger al trabajador frente al despido arbitrario (artículo 27.º

de la Constitución), sino que, además, debe garantizar la libertad de elegir la actividad mediante la cual se procuran los medios necesarios para la subsistencia; es decir, debe proteger tanto al trabajador dependiente como a la persona que realiza actividades económicas por cuenta propia, ejerciendo la libertad de empresa que la Constitución reconoce.

3. A su vez, la libertad de empresa, conforme lo ha considerado este Tribunal Constitucional en la referida sentencia, es el derecho que tiene toda persona a elegir libremente la actividad ocupacional o profesión que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; precisando que "(e)llo es así, por una parte, en la medida que la Constitución, en su artículo 59.º reconoce que «el Estado garantiza [...] la libertad de empresa, comercio e industria».

De la mencionada sentencia se desprende que el derecho a trabajar libremente, en el ámbito del otorgamiento de una autorización municipal para el funcionamiento de un establecimiento comercial, resulta siendo accesorio respecto al derecho a la libertad de empresa. Es en dicho ámbito que, a lo largo del desarrollo de la presente sentencia, la libertad de trabajar libremente será considerada como derecho accesorio de la libertad de empresa.

4. La libre voluntad de crear una empresa es un componente esencial del derecho a la libertad de empresa, así como el acceso al mercado empresarial. Este derecho se entiende, en buena cuenta, como la capacidad de toda persona de poder formar una empresa y que esta funcione sin ningún tipo de traba administrativa, sin que ello suponga que no se pueda exigir al titular requisitos razonablemente necesarios, según la naturaleza de su actividad. En ese aspecto, por ejemplo, las municipalidades son competentes, según lo señala la Constitución en su artículo 195.º, inciso 8), concordante con el inciso 4) del citado artículo, para "(d)esarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley"; es decir, en el ámbito municipal, la libertad de empresa deberá ejercerse sobre dicha base constitucional, de lo que se concluye que el desenvolvimiento del derecho a la libertad de empresa estará condicionado a que el establecimiento tenga una previa permisión municipal.

5. En ese sentido, teniendo en cuenta la naturaleza accesoria del derecho a la libertad de trabajo, este Supremo Tribunal en la citada sentencia N.º 3330-2004-AA/TC, estimó que, en los casos vinculados al otorgamiento de licencias municipales de funcionamiento de establecimiento, se vulnerará la libertad de trabajo "(...) si es que no se (...) permite ejercer [el] derecho a la libertad de empresa. Es decir, si al demandante no se le estaría permitiendo abrir su discoteca, tampoco se le estaría permitiendo trabajar (...)". La sentencia precisaba,

además, que para poder determinar si se afecta la libertad de trabajo, tendrá que esclarecerse previamente la vulneración del derecho a la libertad de empresa. Asimismo, enfatizaba que para poder reconocer el derecho a la libertad de empresa, debe acreditarse contar con la licencia de funcionamiento correspondiente de parte de la autoridad municipal; caso contrario, no puede asumirse la afectación de dicho derecho fundamental; concluyendo que si un derecho fundamental no asiste a la parte demandante, la demanda deberá ser declarada necesariamente improcedente, en virtud de que, según el artículo 38.º del Código Procesal Constitucional, "(...) no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo".

6. Asimismo, este Tribunal consideró, en concordancia con lo establecido por el artículo 9.º del Código Procesal Constitucional, que si existen dudas acerca de la actuación de los gobiernos locales al momento del otorgamiento o denegatoria de las licencias de funcionamiento, la parte afectada debe recurrir a la vía contencioso-administrativa, la cual cuenta con una adecuada estación probatoria. Es decir, sólo en los casos en que se sustente con claridad la afectación de un derecho fundamental, se podrá analizar el fondo de la controversia planteada en una demanda de amparo.

§ 2. La libertad de empresa y la regulación de actividades y servicios de competencia municipal

8. Como se ha señalado en el fundamento N.º 5, *supra*, las municipalidades, por mandato constitucional, son competentes para regular actividades y servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, cultura, recreación y deporte, dentro del marco legal correspondiente. En ese sentido, en el ámbito de competencia municipal, para desarrollar alguna de las actividades o servicios regulados por la administración municipal, y a fin de ejercitar válidamente el derecho a la libertad de empresa –y consecuentemente, de ser el caso, poder alegar la vulneración a la libertad de trabajo, como derecho accesorio–, se debe contar previamente con la respectiva autorización municipal, sea esta licencia, autorización, certificado o cualquier otro instrumento aparente que pruebe la autorización municipal para la prestación de un servicio o el desarrollo de una actividad empresarial, como pueden ser, a guisa de ejemplo: el otorgamiento de autorización de apertura de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales; licencia o concesión de ruta para el transporte de pasajeros; certificado de compatibilidad de uso; licencia de construcción, remodelación o demolición; declaratoria de fábrica; certificado de conformidad de obra; licencia de funcionamiento; certificado de habilitación técnica y/o licencia para la circulación de vehículos menores.

9. En consecuencia, este Tribunal Constitucional considera que siempre que en los casos reseñados en el fundamento N.º 8, *supra*, se alegue la vulneración

de los derechos fundamentales a la libertad de empresa y/o a la libertad de trabajo, y el demandante no cuente con la autorización municipal correspondiente –y de los actuados no se constate una manifiesta arbitrariedad en el accionar de la Administración, que vulnere algún derecho fundamental del administrado–, serán aplicables, *mutatis mutandis*, los criterios vertidos en los fundamentos N.ºs 4 a 8, *supra*. Dichos criterios serán también aplicables a las demandas en las que se solicite la inaplicación, suspensión o nulidad de cualquier sanción o procedimiento administrativo o coactivo, derivadas de la falta de la correspondiente autorización municipal.

§ 3. Análisis del acto lesivo materia de controversia constitucional

10. Con relación a la presunta afectación del derecho a la libertad de trabajo de la recurrente, según ella misma lo reconoce expresamente en su escrito de demanda, su local comercial no cuenta con licencia de funcionamiento expedida por la autoridad municipal; en consecuencia, en concordancia con lo expuesto en el fundamento N.º 6, *supra*, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38.º del Código Procesal Constitucional, la presente demanda deviene en improcedente en dicho extremo.

11. En cuanto a la alegada vulneración del derecho de petición, debe tenerse en cuenta que en la STC N.º 1042-2002-AA/TC, este Colegiado subrayó que su contenido esencial está conformado por dos aspectos que aparecen de su propia naturaleza y de la especial configuración que le ha dado la Constitución al reconocerlo: el primero es el relacionado estrictamente con la libertad reconocida a cualquier persona para formular pedidos escritos a la autoridad competente; y, el segundo, unido inevitablemente al anterior, está referido a la obligación de la referida autoridad de otorgar una respuesta al peticionante.

12. Al respecto, este Tribunal considera que de lo actuado no se acredita fehacientemente que la administración municipal se haya negado a otorgar una respuesta a la solicitud de la recurrente, debido a que no ha adjuntado el documento que acredite la petición realizada, pues la fotocopia de la solicitud para licencia municipal presentada como anexo del escrito de demanda, obrante a fojas 15 de autos, se encuentra sin llenar; no contiene, por tanto, dato alguno referente a la recurrente. Por tal motivo, en cuanto a la invocada vulneración del derecho de petición de la recurrente, la demanda también debe declararse improcedente.

13. Por otro lado, la demandante sostiene que la municipalidad emplazada ha vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela jurisdiccional efectiva, de defensa y al debido proceso, aduciendo que ha clausurado su establecimiento sin que exista una resolución expedida por el órgano correspondiente dentro de un proceso administrativo. Al respecto, previamente este Colegiado considera pertinente recordar que el inciso 3) del artículo 139.º de la Constitución establece, como principio de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, criterio que no sólo se limita a las

formalidades propias de un procedimiento judicial, sino que se extiende a los procedimientos administrativos. Este enunciado ha sido recogido por el artículo 4.º del Código Procesal Constitucional, que define la tutela procesal efectiva como aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio y a la igualdad sustancial en el proceso; a no ser desviada de la jurisdicción predeterminada ni sometida a procedimientos distintos de los previos por la ley; a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal. En consecuencia, el debido proceso forma parte de la concepción del derecho de toda persona a la tutela jurisdiccional efectiva, y se concreta en las denominadas garantías que, dentro de un *iter* procesal diseñado en la ley, están previstas en la Constitución.

14. Según se desprende del acta de clausura de establecimiento obrante a fojas 14 de autos, el 16 de octubre de 2004, fecha en que se produjo, el demandante no contaba con licencia de funcionamiento, razón por la cual le era perfectamente aplicable la Ordenanza N.º 026-2004-C/PPP de fecha 27 de agosto de 2004. La mencionada ordenanza, que aprueba el Reglamento de Aplicación de Sanciones, establece la sanción de clausura a aquellos locales que no cuenten con la autorización de funcionamiento correspondiente (artículo 36.º). Asimismo, el artículo 16.º de la referida ordenanza dispone que no ameritan notificación previa las infracciones cometidas por omisión de trámites que son de conocimiento general, como es el caso de la autorización municipal, la cual debe obtenerse antes de abrir un establecimiento comercial.

15. Por lo expuesto, este Colegiado concluye que la recurrente tampoco ha acreditado en autos que la actuación de la emplazada haya vulnerado sus derechos a la tutela jurisdiccional efectiva, de defensa y al debido proceso, definidos en el fundamento N.º 13, *supra*; razón por la cual la demanda también resulta improcedente en dichos extremos.

§ 4. Remisión de lo actuado a la vía contencioso-administrativa

16. Sin perjuicio de lo antes señalado, y teniendo en cuenta que la recurrente alega haber cumplido con todos los requisitos para obtener la licencia de funcionamiento solicitada, y que, pese a ello, la administración edil de manera arbitraria no expide dicho documento, este Colegiado considera, de conformidad con el criterio vertido en el fundamento N.º 7, *supra*, que la presente demanda debe ser encausada a la vía contencioso-administrativa, la cual, para dirimir la controversia, cuenta con una adecuada estación para actuar los elementos probatorios presentados por las partes.

17. Por lo tanto, tomando en consideración que la demanda debe derivarse a la vía contencioso-administrativa, son

aplicables al presente caso, *mutatis mutandis*, las reglas procesales establecidas en los fundamentos N.ºs 53 a 58 de la STC N.º 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de julio de 2005.

§ 5. Precedente vinculante

18. De conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios contenidos en los fundamentos N.ºs 4 a 17, *supra*, constituyen precedente vinculante, puesto que son indispensables para determinar la vía en la que corresponderá que se atiendan las acciones de amparo comprendidas en los suéstratos de improcedencia, siendo de aplicación inmediata a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, de modo que toda demanda que sea presentada y que no reúna las condiciones del precedente, o las que se encuentren en trámite y adolezcan de ellos, deberán ser declaradas improcedentes, debiendo ser encausadas, conforme a los criterios expuestos, en la vía contencioso-administrativa

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

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.
2. Ordenar la remisión del expediente al juzgado de origen, para que proceda conforme lo dispone el fundamento N.º 17, *supra*.
3. Declarar que la presente sentencia asume la eficacia de precedente vinculante respecto de los fundamentos N.ºs 4 a 17, conforme a lo señalado en el fundamento N.º 18, *supra*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

Exp. N° 3482-2005-HC/TC [Proceso de Hábeas Corpus promovido por Luis Augusto Brian Delgado. Sobre hábeas corpus restringido y los límites a la libertad de tránsito].

Fecha de Resolución: 27 de junio de 2005

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 26 de octubre de 2005

Resumen: Se precisa que la instalación de rejas como medida de seguridad vecinal debe garantizar que los enrejados no sean un obstáculo para el ejercicio del derecho al libre tránsito, sino sólo una limitación razonable y proporcional.

Se establecen como precedentes vinculantes los siguientes fundamentos:

i) Se señalan los alcances generales de la libertad de tránsito o derecho de locomoción (F.J. 5): Al respecto, se precisó que la libertad de tránsito o derecho de locomoción es, dentro del catálogo de atributos susceptibles de tutela por mediante el hábeas corpus, de los más tradicionales. Con el mismo se busca reconocer que todo nacional o extranjero con residencia establecida pueda circular libremente o sin restricciones por el ámbito de nuestro territorio patrio, habida cuenta de que, en tanto sujeto con capacidad de autodeterminación tiene la libre opción de disponer cómo o por dónde decide desplazarse, sea que dicho desplazamiento suponga facultad de ingreso hacia el territorio de nuestro Estado, circulación o tránsito dentro del mismo, o simplemente salida o egreso del país. Dicho atributo, por otra parte, se encuentra también reconocido en los artículos 12 ° y 13° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 22° de la Convención Americana de Derechos Humanos, constituyendo uno de los derechos de mayor implicancia en el ámbito de la libertad personal.

ii) Se señalan los límites de la libertad de tránsito (FF.JJ. 6-12): El Colegiado consideró que dichas restricciones pueden ser de dos clases: explícitas o implícitas. Las restricciones explícitas se encuentran reconocidas de modo expreso y pueden estar referidas tanto a supuestos de tipo ordinario, como los enunciados por el inciso 11) del artículo 2° de la Constitución (mandato judicial, aplicación de la ley de extranjería o razones de sanidad), como a supuestos de tipo extraordinario (los previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 137° de la Constitución, referidos a los estados de emergencia y de sitio, respectivamente).

Por otro lado, se mencionó que las restricciones implícitas, a diferencia de las explícitas, resultan mucho más complejas en cuanto a su delimitación, aunque no, por ello, inexistentes o carentes de base constitucional. Se trata, en tales supuestos, de vincular el derecho reconocido (en este caso, la libertad de tránsito) con otros derechos o bienes constitucionalmente relevantes, a fin de poder determinar dentro de una técnica de ponderación, cuál de todos ellos es el que en determinadas circunstancias debe prevalecer. Un caso específico de tales restricciones se da precisamente en los supuestos de preservación de la seguridad ciudadana, en los cuales se admite que, bajo determinados parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, es posible limitar el derecho aquí comentado.

iii) Se señalan los alcances del bien jurídico seguridad (FF.JJ. 13-15): Al respecto se expresó que aunque no existe una aproximación conceptual precisa en cuanto a lo que para la Constitución representa la seguridad ciudadana, sino, básicamente, un conjunto de características o elementos que permiten integrar lo que sería su contenido, ésta puede ser catalogada como un estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser preservados frente a situaciones de peligro o amenaza o reparados en caso de vulneración o desconocimiento. Derechos como la vida, la integridad, la tranquilidad, la propiedad o la

libertad personal suelen ser los principales referentes que integran el contenido de la seguridad ciudadana en atención a lo que del Estado y la colectividad se espera, siendo evidente que, por sus alcances, se trata fundamentalmente de un bien jurídico de relevancia antes que de un atributo o libertad a título subjetivo.

iv) Se establece que la instalación de rejas como medida de seguridad vecinal no es inconstitucional, siempre que no suponga un cierre absoluto de una vía pública (FEJJ. 16-20): El Tribunal precisó que siendo las vías de tránsito público libres en su alcance y utilidad pueden, sin embargo, y en determinadas circunstancias, ser objeto de regulaciones y aun de restricciones. Cuando estas provienen directamente del Estado, se presumen acordes con las facultades que el propio ordenamiento jurídico reconoce en determinados ámbitos (como ocurre, por ejemplo, con las funciones de control de tránsito efectuadas por los gobiernos municipales); cuando provienen de particulares, existe la necesidad de determinar si existe alguna justificación sustentada en la presencia, o no, de determinados bienes jurídicos.

Así, mencionó el hecho que con el objetivo de garantizar que la colectividad no se vea perjudicada en sus derechos más elementales frente al entorno de inseguridad recurrente en los últimos tiempos, se ha vuelto una práctica reiterada el que los vecinos o las organizaciones que los representan opten por colocar rejas o mecanismos de seguridad en las vías de tránsito público. Aunque, dejó claro que no se trata de todas las vías (no podría implementarse en avenidas de tránsito fluido, por ejemplo) y que sólo se limita a determinados perímetros (no puede tratarse de zonas en las que el comercio es frecuente), es un hecho incuestionable que la colocación de los citados mecanismos obliga a evaluar si el establecimiento de todos ellos responde a las mismas justificaciones y si puede asumir toda clase de características.

Se mencionó, que el Colegiado ha tenido la oportunidad de precisar, en ocasiones anteriores, que la instalación de rejas como medidas de seguridad vecinal no es, *per se*, inconstitucional, si se parte de la necesidad de compatibilizar o encontrar un marco de coexistencia entre la libertad de tránsito como derecho con la seguridad ciudadana como bien jurídico. Lo inconstitucional sería, en todo caso, que el mecanismo implementado o la forma de utilizarlo resulte irrazonable, desproporcionado, o simplemente lesivo de cualquiera de los derechos constitucionales que reconoce el ordenamiento.

Temas Claves: Establecimiento de rejas - hábeas corpus restringido - libertad de tránsito - seguridad ciudadana - libertad de tránsito.

EXP. N.º 3482-2005-PHC/TC
LIMA

LUIS AUGUSTO
BRAIN DELGADO
Y OTROS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 27 días del mes de junio del 2005, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Alva Orlandini, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Luis Augusto Brain Delgado contra la resolución emitida por la Tercera Sala Penal con Reos en Cárcel, de fojas 171, su fecha 11 de Febrero del 2005, que declara infundada, en todos sus extremos, la demanda de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 16 de noviembre de 2004, don Luis Augusto Brain Delgado interpone demanda de hábeas corpus a su favor, y en beneficio de su esposa, doña Julia Patricia Barrientos Alcántara, y de su menor hijo, Sebastián Brain Barrientos; y la dirige contra Ricardo Lublin Frydman y Mirtha Salazar Becerra, presidente y secretaria, respectivamente, de la Junta de Vecinos del Parque Malpica, sito en la calle N.º 1 de la urbanización Monterrico Chico, en el distrito de Santiago de Surco; así como contra los vigilantes particulares René Gonzales Romero y Aníbal Suárez Gómez, solicitando que se disponga el retiro de las rejas que se han instalado en el referido parque y sus alrededores, donde se encuentra su domicilio, impidiendo el libre ingreso y tránsito vehicular y peatonal.

Manifiesta que si bien la citada Junta de Vecinos cuenta con autorización municipal para efectuar el enrejado de la calle N.º 1, de conformidad con la Resolución de Alcaldía N.º 4821, del 20 de agosto de 1992, de acuerdo

con la misma norma, las citadas rejas, cuyo propósito es el control vehicular y proteger la seguridad ciudadana, deben permanecer abiertas entre las 7:00 horas. y las 20:00 horas, lo que, en el presente caso, no se viene cumpliendo. Refiere que desde el año 2000 reside en la calle 1, N.º 191, de la urbanización Monterrico Chico, fecha desde la cual empezó a aportar un monto de S/. 30.00 a la Junta de Vecinos, que el sistema de seguridad administra; pero que, a raíz de haber sido víctima de un robo en su vehículo y ante la indiferencia de la citada junta frente a sus reclamos, decidió dejar de aportar la cuota mensual, habiéndose producido desde entonces una actitud hostil hacia su persona por parte de los miembros de la junta y de los vigilantes, la misma que se ha manifestado en la retención indebida de su correspondencia o en no entregarla en su domicilio; en la obstaculización del paso de su vehículo y el de su familia y de vehículos de terceros que se dirigen hacia su domicilio (incluyendo una ambulancia que en determinado momento debió atender a su hijo); y, finalmente, en agresiones verbales hacia él y su esposa por parte de los vigilantes, quienes le han manifestado que, por no aportar sus cuotas, no tiene derecho alguno de reclamar. Reitera que las rejas permanecen cerradas todo el día y que cuando ingresan los que aportan a la Junta de Vecinos, el tránsito fluye sin ningún inconveniente, añadiendo que, al no permitirle ingresar diariamente, se ve obligado a bajar de su vehículo y abrir personalmente la reja, ya que los vigilantes aducen seguir órdenes expresas de la junta de impedirle el ingreso.

Practicadas las diligencias de ley se reciben las declaraciones de los demandantes (el recurrente y su esposa), quienes se ratifican en su dicho. Asimismo, se reciben las declaraciones de los demandados Daniel Lublin Frydman y Mirtha Margarita Salazar Becerra de Roca, en su condición de directivos de la Junta de Vecinos, quienes coinciden en señalar que la reja en cuestión permanece semiabierta, no existiendo restricciones o impedimentos contra el demandante para desplazarse con su vehículo. En todo caso, señalan, no se le brinda a este el servicio de seguridad y vigilancia porque no paga sus cuotas de mantenimiento; y ha presentado ante la Municipalidad una queja contra la Junta de Vecinos a fin de que retiren el enrejado. Finalmente, también se reciben las declaraciones de René Gonzales Romero y Aníbal Suárez Gómez, en su calidad de vigilantes, quienes señalan que, a raíz de que el demandante dejó de pagar sus cuotas, se procedió a recortarle los servicios de vigilancia, mas que en ningún momento se le ha restringido, ni a él, ni a sus familiares o sus trabajadores, el libre tránsito; tampoco se ha impedido que su correspondencia llegue a su domicilio. Agrega que anteriormente se recepcionaba dicha correspondencia por indicación del propio recurrente, pero, posteriormente, y a su solicitud, esta ya no se recepciona, permitiéndose el ingreso del mensajero en su domicilio.

El Cuadragésimo Tercer Juzgado Penal de Lima, con fecha 17 de diciembre de 2004, declara infundada la demanda en el extremo referido al retiro de rejas

y fundada en el extremo referido al libre tránsito sin ningún tipo de restricciones. Tales consideraciones se sustentan en que no ha quedado acreditado que las rejas instaladas impidan el tránsito peatonal, ya que estas se encuentran abiertas y, por otra parte, están debidamente autorizadas; y que, sin embargo, sí se ha demostrado que el demandante tiene que bajar de su vehículo para abrir por completo la reja debido a que el personal de vigilancia no le brinda ni a él ni a su familia dicho servicio.

La recurrida confirma la apelada en el extremo que declara infundada la demanda, y la revoca en el extremo que la declara fundada, entendiéndola como infundada, por considerar que las rejas no están cerradas ni el demandante impedido de abrirlas, sino que este tiene que tomarse la molestia de abrirlas, lo cual es consecuencia de la restricción del derecho de libertad permitido por la ley.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. La demanda tiene por objeto solicitar el retiro de las rejas ubicadas en la Calle N° 1 S/N de la urbanización Monterrico Chico, en el distrito de Santiago de Surco, y que se disponga el libre ingreso del vehículo del recurrente y su familia, sin ningún tipo de restricciones. Se alega que el sistema de control implementado por la Junta de Vecinos de dicho lugar atenta contra el derecho constitucional al libre tránsito.

Cuestionamiento de sistemas de control de tránsito público y necesidad de establecer criterios generales

2. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia, y tomando en consideración que son diversas las ocasiones en que se han venido cuestionando mediante procesos de tutela de derechos sistemas de control implementados en vías o zonas de tránsito público, este Colegiado estima pertinente, independientemente del resultado al que finalmente arribe, exponer una serie de criterios que en lo sucesivo habrán de adoptarse para resolver controversias similares a la presente. Esta sentencia será precedente vinculante para este mismo Colegiado y para los restantes órganos de la jurisdicción ordinaria, de conformidad con lo establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Hábeas Corpus de naturaleza restringida

3. En el caso de autos, se cuestionan directamente restricciones a la libertad de tránsito o de locomoción presuntamente producidas por haberse instalado en una vía de uso público un sistema de control mediante rejas y vigilancia particular. Se trata, por consiguiente, no de un supuesto de detención arbitraria frente al que normalmente procede un hábeas corpus de tipo reparador, sino de un caso en el que se denuncia una restricción a la libertad individual distinta a los supuestos de detenciones arbitrarias o indebidas; por lo tanto, estamos frente al denominado hábeas corpus de tipo restringido.

4. Conviene precisar que en los hábeas corpus del tipo señalado, aun cuando no esté de por medio una medida

de detención, no quiere ello decir que la discusión o controversia a dilucidar resulte un asunto de mera constatación empírica. En estos casos, como en otros similares, es tan importante verificar la restricción a la libertad que se alega como lo señalado por las partes que participan en el proceso, además de merituar las diversas instrumentales que puedan haber sido aportadas. Al margen de la sumariadad del proceso, es necesario evaluar con algún detalle lo que se reclama y el elemento probatorio con el que se cuenta.

Los alcances genéricos de la libertad de tránsito o derecho de locomoción y la existencia de límites a su ejercicio

5. La libertad de tránsito o derecho de locomoción es, dentro del catálogo de atributos susceptibles de tutela por mediante el hábeas corpus, de los más tradicionales. Con el mismo se busca reconocer que todo nacional o extranjero con residencia establecida pueda circular libremente o sin restricciones por el ámbito de nuestro territorio patrio, habida cuenta de que, en tanto sujeto con capacidad de autodeterminación, tiene la libre opción de disponer cómo o por dónde decide desplazarse, sea que dicho desplazamiento suponga facultad de ingreso hacia el territorio de nuestro Estado, circulación o tránsito dentro del mismo, o simplemente salida o egreso del país. Dicho atributo, por otra parte, se encuentra también reconocido en los artículos 12° y 13° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 22° de la Convención Americana de Derechos Humanos, constituyendo uno de los derechos de mayor implicancia en el ámbito de la libertad personal.

6. Siendo el derecho de tránsito o de locomoción un atributo con alcances bastante amplios, se encuentra, sin embargo, por mandato expreso de la propia Constitución y conforme a los criterios recogidos por los instrumentos internacionales antes referidos, sometido a una serie de límites o restricciones en su ejercicio. Dichas restricciones, por de pronto, pueden ser de dos clases: explícitas o implícitas.

7. Las restricciones calificadas como explícitas se encuentran reconocidas de modo expreso y pueden estar referidas tanto a supuestos de tipo ordinario, como los enunciados por el inciso 11) del artículo 2° de la Constitución (mandato judicial, aplicación de la ley de extranjería o razones de sanidad), como a supuestos de tipo extraordinario (los previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 137° de la Constitución, referidos a los estados de emergencia y de sitio, respectivamente).

8. El primer supuesto explícito implica que ninguna persona puede ser restringida en su libertad individual, salvo que exista un mandato formal emitido por autoridad judicial. En dicho contexto, y aunque toda persona tiene la opción de decidir el lugar al cual quiere desplazarse y el modo para llevarlo a efecto, queda claro que cuando ella es sometida a un proceso, sus derechos, en buena medida, pueden verse afectados a instancias de la autoridad judicial que lo dirige. Aunque tal restricción

suele rodearse de un cierto margen de discrecionalidad, tampoco puede o debe ser tomada como un exceso, ya que su procedencia, por lo general, se encuentra sustentada en la ponderación efectuada por el juzgador de que, con el libre tránsito de tal persona, no puede verse perjudicada o entorpecida la investigación o proceso de la que tal juzgador tiene conocimiento. En tales circunstancias no es, pues, que el derecho se torne restringido por un capricho del juzgador, sino por la necesidad de que el servicio de Justicia y los derechos que ella está obligada a garantizar, no sufran menoscabo alguno y, por consiguiente, puedan verse materializados sin desmedro de los diversos objetivos constitucionales.

9. El segundo supuesto, mucho más explicable, y en parte advertido desde la propia idea que el derecho de locomoción solo le corresponde a los nacionales o extranjeros con residencia establecida, supone que quien, sin pertenecer a nuestro Estado, pretende ingresar, transitar o salir libremente de su territorio, se expone a ser expulsado bajo las consideraciones jurídicas que impone la Ley de Extranjería. La justificación de dicho proceder se sustenta en que si bien los derechos fundamentales son reconocidos universalmente, cuando se trata de aquellos cuyo ámbito de ejecución trastoca principios esenciales, como la soberanía del Estado o la protección de sus nacionales, el ordenamiento jurídico, sobre la base de una equilibrada ponderación, puede hacer distinciones entre quienes forman parte del mismo (del Estado) y aquellos otros que carecen de tal vínculo. En tales circunstancias, no es que se niegue la posibilidad de poder gozar de un derecho a quienes no nacieron en nuestro territorio o no poseen nuestra nacionalidad, sino que resulta posible o plenamente legítimo imponer ciertas reglas de obligatorio cumplimiento a efectos de viabilizar el goce de dichos atributos. Supuesto similar ocurre, en el ámbito de los derechos políticos, donde el Estado se reserva el reconocimiento y la obligación de tutela de derechos fundamentalmente para el caso específico o preferente de los nacionales, sin que con ello se vea perturbada o desconocida la regla de igualdad.

10. El tercer supuesto explícito tiene que ver con otra situación perfectamente justificada. Como resulta evidente, por razones de sanidad también puede verse restringido el derecho de tránsito, esencialmente porque, en tal caso, de lo que se trata es de garantizar que el ejercicio de dicho atributo no ponga en peligro derechos de terceros o, incluso, derechos distintos de los derechos de la persona que intenta el desplazamiento. Tal contingencia, de suyo, podría ocurrir en el caso de una epidemia o grave enfermedad que pudiese detectarse en determinada zona o sector del territorio del país. En tales circunstancias, la restricción al derecho de tránsito se vuelve casi un imperativo que el ordenamiento, como es evidente, está obligado a reconocer y, por supuesto, a convalidar.

11. Un cuarto supuesto explícito, aunque este último de naturaleza extraordinaria, se relaciona con las situaciones excepcionales que la misma norma constitucional

contempla bajo la forma de estados de emergencia o de sitio y que suelen encontrarse asociados a causas de extrema necesidad o grave alteración en la vida del Estado, circunstancias en las que es posible limitar en cierta medida el ejercicio de determinados atributos personales, uno de los cuales es el derecho de tránsito o de locomoción. En dicho contexto, lo que resulta limitable o restringible no es el ejercicio de la totalidad del derecho o los derechos de todos los ciudadanos, sino de aquellos aspectos estrictamente indispensables para la consecución de los objetivos de restablecimiento a los que propende el régimen excepcional, para cuyo efecto ha de estarse a lo determinado por referentes tan importantes como la razonabilidad y la proporcionalidad.

12. Las restricciones implícitas, a diferencia de las explícitas, resultan mucho más complejas en cuanto a su delimitación, aunque no, por ello, inexistentes o carentes de base constitucional. Se trata, en tales supuestos, de vincular el derecho reconocido (en este caso, la libertad de tránsito) con otros derechos o bienes constitucionalmente relevantes, a fin de poder determinar, dentro de una técnica de ponderación, cuál de todos ellos es el que, en determinadas circunstancias, debe prevalecer. Un caso específico de tales restricciones se da precisamente en los supuestos de preservación de la seguridad ciudadana, en los cuales se admite que, bajo determinados parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, es posible limitar el derecho aquí comentado.

El bien jurídico seguridad ciudadana y sus alcances

13. Aunque no existe una aproximación conceptual precisa en cuanto a lo que para la Constitución representa la seguridad ciudadana, sino, básicamente, un conjunto de características o elementos que permiten integrar lo que sería su contenido, esta puede ser catalogada como un estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser preservados frente a situaciones de peligro o amenaza o reparados en caso de vulneración o desconocimiento. Derechos como la vida, la integridad, la tranquilidad, la propiedad o la libertad personal suelen ser los principales referentes que integran el contenido de la seguridad ciudadana en atención a lo que del Estado y la colectividad se espera, siendo evidente que, por sus alcances, se trata fundamentalmente de un bien jurídico de relevancia antes que de un atributo o libertad a título subjetivo.

14. De alguna forma la idea de los bienes jurídicos relevantes se encuentra, pues, asociada al interés general, mientras que el concepto de derechos se asocia al interés subjetivo particular de quien reclama por su defensa. Lo dicho cobra especial importancia si se parte del supuesto que la ciudadanía ve cotidianamente arriesgada su seguridad como resultado del entorno conflictivo y antisocial, cuando no de la criminalidad mayoritariamente presente en las ciudades con abundante población y tráfico económico y, frente a lo cual se hace necesaria una específica política de seguridad en favor de la colectividad. En el Estado social de derecho, por otra

parte, es incuestionable la existencia de roles vitales en relación con la consecución de grandes objetivos. Vista la seguridad ciudadana como uno de esos roles en los que todo Estado se compromete, no cabe discusión alguna respecto del papel relevante que le toca cumplir y la especial posición que el ordenamiento constitucional le suele otorgar.

15. Cabe precisar que cuando se trata de bienes jurídicos como los aquí descritos, no resulta extraño, sino perfectamente legítimo que, en determinadas circunstancias, y como se anticipó anteriormente, los derechos puedan verse restringidos en determinados ámbitos de su contenido, a fin de compatibilizar los objetivos sociales propios de todo bien constitucional con los intereses individuales correspondientes a todo atributo o libertad. Naturalmente, no es que los derechos se encuentren posicionados por debajo de los bienes jurídicos y ni siquiera a un mismo nivel o jerarquía, pero es evidente que ante la existencia de ambas categorías al interior del ordenamiento se hace imperioso integrar roles en función de los grandes valores y principios proclamados desde la Constitución. En ese gran reto ponderativo el juez constitucional ocupa un papel gravitante.

Las vías de tránsito público y el establecimiento de rejas como medida de seguridad vecinal

16. Exceptuados los ámbitos de lo que constituye el dominio privado, todo aquel espacio que desde el Estado haya sido estructurado como referente para el libre desplazamiento de personas puede ser considerado una vía de tránsito público. Dentro de tales espacios (avenidas, calles, veredas, puentes, plazas, etc.), no existe, en principio, restricción o limitación a la locomoción de los individuos, esto es, no existe la necesidad de pedir autorización alguna ni ante el Estado ni ante particular alguno, pues se presume que la vía pública pertenece a todos y no a determinada persona o grupo de personas en particular.

17. Las vías de tránsito público, por otra parte, sirven no solo para permitir el desplazamiento peatonal, sino para facilitar otros ámbitos de su autodeterminación o el ejercicio de una diversidad de derechos constitucionales (trabajo, salud, alimentación, descanso, etc.); y como tales, se constituyen en un elemento instrumental sumamente importante del cual depende la satisfacción plena o la realización de una multiplicidad de objetivos personales.

18. Siendo las vías de tránsito público libres en su alcance y utilidad, pueden sin embargo, y en determinadas circunstancias, ser objeto de regulaciones y aun de restricciones. Cuando estas provienen directamente del Estado, se presumen acordes con las facultades que el propio ordenamiento jurídico reconoce en determinados ámbitos (como ocurre, por ejemplo, con las funciones de control de tránsito efectuadas por los gobiernos municipales); cuando provienen de particulares, existe la necesidad de determinar si existe alguna justificación sustentada en la presencia, o no, de determinados bienes jurídicos.

19. Justamente en la existencia o reconocimiento del bien jurídico seguridad ciudadana, se encuentra lo que, tal vez, constituya la más frecuente de las formas a través de la cual se ven restringidas las vías de tránsito público. Tras la consabida necesidad de garantizar que la colectividad no se vea perjudicada en sus derechos más elementales frente al entorno de inseguridad recurrente en los últimos tiempos, se ha vuelto una práctica reiterada el que los vecinos o las organizaciones que los representan opten por colocar rejas o mecanismos de seguridad en las vías de tránsito público. Aunque queda claro que no se trata de todas las vías (no podría implementarse en avenidas de tránsito fluido, por ejemplo) y que sólo se limita a determinados perímetros (no puede tratarse de zonas en las que el comercio es frecuente), es un hecho incuestionable que la colocación de los citados mecanismos obliga a evaluar si el establecimiento de todos ellos responde a las mismas justificaciones y si puede asumir toda clase de características.

20. Este Colegiado ha tenido la oportunidad de precisar, en ocasiones anteriores, que la instalación de rejas como medidas de seguridad vecinal no es, *per se*, inconstitucional, si se parte de la necesidad de compatibilizar o encontrar un marco de coexistencia entre la libertad de tránsito como derecho con la seguridad ciudadana como bien jurídico. Lo inconstitucional sería, en todo caso, que el mecanismo implementado o la forma de utilizarlo resulte irrazonable, desproporcionado, o simplemente lesivo de cualquiera de los derechos constitucionales que reconoce el ordenamiento. Como lo ha sostenido la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N° 81 sobre "*Libertad De Tránsito y Seguridad Ciudadana. Los enrejados en las vías públicas de Lima Metropolitana*", emitido en el mes de enero del 2004, pp. 42, "No se puede admitir un cierre absoluto de una vía pública ya que ello afectaría el contenido esencial del derecho al libre tránsito. Consecuentemente, se debe garantizar que los enrejados no sean un obstáculo para el ejercicio del derecho al libre tránsito, sino sólo una limitación razonable y proporcional. Ello quiere decir que dicha medida tiene que estar justificada por los hechos que le han dado origen, el crecimiento de la delincuencia; por la necesidad de salvaguardar un interés público superior, la protección del bien jurídico seguridad ciudadana; y debe ser proporcionada a los fines que se procuran alcanzar con ella".

El caso planteado

21. Como ya se ha precisado, el demandante cuestiona la colocación de rejas en la vía de acceso al lugar donde reside, debido a que, según afirma él y su familia, vienen siendo objeto de restricciones en su derecho de tránsito, a lo que se han añadido otras restricciones, como el no facilitarles el ingreso o salida normal, viéndose obligado a bajar de su automóvil y abrir él mismo las rejas; no recibir su correspondencia en su domicilio; y tener que soportar que terceros que lo visitan no puedan ingresar.

22. Merituados los argumentos de las partes así como las instrumentales obrantes en el expediente, este Colegiado

considera que la demanda interpuesta resulta legítima sólo en parte, habida cuenta de que: **a)** la instalación de las rejas en la Calle N° 1 de la urbanización Monterrico Chico no vulnera los derechos invocados, pues ello obedece a razones de seguridad vecinal, de conformidad con la Resolución de Alcaldía N.º 4821, emitida con fecha 20 de agosto de 1992, obrante a fojas 16 de los autos. Dicha resolución, cabe precisar, es de fecha anterior al momento en que el demandante empezó a residir en la citada urbanización, conforme se reconoce en el mismo texto de su demanda; **b)** no ha quedado acreditado en el caso de autos, según se desprende del Acta de Inspección Judicial y Constatación de fojas 97, que las rejas cuestionadas se encuentren cerradas; es decir, que exista impedimento de tránsito absoluto por el hecho de que no haya puertas en las referidas rejas o que, existiendo estas, se encuentren totalmente cerradas impidiendo el ingreso o salida de personas o vehículos; **c)** tampoco ha quedado acreditado que el demandante tenga restricciones actuales en la recepción de su correspondencia, pues aun cuando de las instrumentales de fojas 84 a 86 aparece que la correspondencia del demandante, en algún momento, era recepcionada por la vigilancia ubicada junto a la reja cuestionada, dicha situación se produjo muchos meses antes de promoverse la presente demanda (entre febrero y abril del 2004), debiendo estarse a la versión proporcionada por los vigilantes emplazados en sus declaraciones de fojas 75 a 75 vuelta y 93 a 93 vuelta, en el sentido de que el demandante optó *a posteriori* por solicitar a la vigilancia del lugar que sus comunicaciones le fueran directamente cursadas a su domicilio, hecho que evidentemente puede presumirse por no haberse presentado instrumentales que acrediten afectaciones recientes; **d)** no ha quedado acreditado, por último, que la familia del recurrente o terceros relacionados a él se hayan visto afectados en el derecho de tránsito, pues no existen instrumentales o diligencias que respalden lo señalado en la demanda. Tampoco, se ha probado que la esposa del recurrente haya sido víctima de maltratos o comportamientos análogos por parte del personal de vigilancia; **e)** en todo caso, donde sí existe una evidente controversia es con relación a la situación descrita por el recurrente en el sentido de que, a diario, debe bajarse de su vehículo para terminar de abrir las puertas de la reja, sin que la vigilancia lo apoye o le facilite el libre tránsito. Respecto de este extremo, aceptado por lo demás por la propia parte emplazada, conforme aparece de las declaraciones obrantes de fojas 91 a 92 vuelta, cabe precisar que, aunque el hecho de que la vigilancia no quiera brindarle al recurrente ningún tipo de servicio responde a su condición de renuente en el pago de las cuotas destinadas al mantenimiento del sistema de seguridad y la vigilancia que lo acompaña, ello no quiere decir que sea legítimo que las dificultades o contratiempos que entraña el sistema implementado tengan que cargarse a quien, por determinadas razones, no opta por mantener dicho sistema; **f)** quíeráse o no, resulta evidente que, al implementar el sistema de enrejado, se incorporan determinadas limitaciones al derecho de tránsito o locomoción. Precisamente para

reducir al mínimo las molestias que se ocasionan con dicha limitación, el personal de seguridad, tomando en cuenta que las rejas se encuentran semiabiertas o juntas, participa abriéndolas en su totalidad, sobre todo en el supuesto de los que transitan con su vehículo. Sin embargo, si por el hecho de no estar al día en las cuotas como integrante de la Junta de Vecinos o no pertenecer a ella, todo conductor de un vehículo va a tener que bajarse a terminar de abrir las rejas sin que el personal de vigilancia se tome la elemental molestia de colaborar, el mencionado sistema termina convirtiéndose en un mecanismo de entorpecimiento antes que en un sistema mínimamente eficiente; **g)** este Colegiado considera que la versión proporcionada por los emplazados, según la cual no se restringe su libertad porque la reja se encuentra semiabierta, no es aceptable si existe, como en el presente caso, un elemento facilitador representado por el personal de seguridad. No es razonable ni equitativo que, si al resto de vecinos e incluso a quien llega desde afuera sin pertenecer a la vecindad, se le facilitan las condiciones de tránsito, al recurrente, por el contrario, se le entorpezcan las cosas y tenga que ser él mismo el que se baje de su vehículo para poder transitar. Los demandados confunden lo que es el servicio de vigilancia o seguridad, que ciertamente no se está pretendiendo imponer aquí con carácter gratuito, con lo que representa la obligación de facilitar el tránsito, dadas las características del sistema. Así como no podría pretenderse imponer a la Junta Vecinal que brinde gratuitamente los servicios de seguridad a quien no los sufraga, tampoco es razonable imponer molestias al vecino que debe transitar como lo hace cualquier ciudadano en una vía pública. Facilitar el tránsito, en otras palabras, no forma parte del sistema de vigilancia o seguridad, sino que es obligación correlativa

impuesta como carga sobre quienes apelan a tal sistema. No entenderlo de eso modo significaría privar al recurrente de determinadas garantías a las que sí tiene derecho como cualquier ciudadano que transita por la vía pública.

23. Por consiguiente, habiéndose acreditado, en el presente caso, que existe una parcial restricción a la libertad de tránsito, la presente demanda deberá declararse fundada en el extremo que invoca el libre ingreso del vehículo del recurrente y de los miembros de su familia, sin obstáculos, lo que se traduce en que el personal encargado de la seguridad frente a las rejas no obstaculice el libre tránsito, por las vías respectivas, del demandante, sus familiares y terceros que acudan a ellos, conforme a los términos precedentes.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA, EN PARTE**, la demanda en el extremo referido en el fundamento 23 *supra*.
2. Ordena que la Junta de Vecinos de la urbanización Monterrico Chico, del Distrito de Santiago de Surco, de la Provincia de Lima o quienes la representen, así como sus dependientes, cumplan con la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

Exp. N° 5854-2005-AA/TC [Proceso de Amparo promovido por Pedro Andrés Lizana Puelles. Sobre la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y la inconstitucional interpretación aislada del artículo 142° y 181° de la Constitución sobre las competencias del JNE].

Fecha de Resolución: 08 de noviembre de 2005

Fecha de Publicación en el Portal Oficial del TC: 08 de noviembre de 2005

Resumen: El Tribunal Constitucional afirmó en su condición de Supremo Intérprete de la Constitución que toda interpretación de los artículos 142° y 181° de la Constitución que realice un poder público en el sentido de considerar que una resolución del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) que afecta derechos fundamentales se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente estableció que cada vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo que contra ella se plantee resultará plenamente procedente. Estableciendo, además que este criterio normativo (F.J. 35) constituirá precedente vinculante para todos los poderes públicos.

Así lo señala el Tribunal Constitucional en la sentencia que declaró infundada la demanda planteada por el ex alcalde de la Municipalidad Distrital de Canchaque (Piura), en la que solicitaba la nulidad de la resolución del JNE que lo vacó en el cargo.

En el fundamento 18, el Tribunal puntualizó que son distintas las razones que le permiten sostener que tal interpretación resulta manifiestamente inconstitucional. En primer lugar, porque lejos de optimizar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, desconoce la limitación que dicho contenido representa para los actos llevados a cabo por todo poder público incluyendo desde luego los que efectúe el JNE.

Además, precisó que esta interpretación aislada resulta manifiestamente contraria con el principio de fuerza normativa de la Constitución ya que desconoce, por un lado, el carácter jurídico vinculante de la Norma Fundamental y, por otro lado, la función de contralor de la constitucionalidad conferida al Tribunal Constitucional. En efecto, dicha interpretación confunde la autonomía que ha sido reconocida constitucionalmente al JNE (artículo 177° de la Constitución), con autarquía, pues pretende que sus resoluciones no sean objeto de control constitucional en aquellos casos en los que resulten contrarias a los principios y derechos constitucionales. Lo que equivaldría a sostener que para el JNE tales principios y derechos no resultan vinculantes.

En cuanto a que las resoluciones del JNE en materia electoral se dictan en última instancia y no pueden ser objeto de control constitucional, el Tribunal recordó que los artículos 142° y 181° tienen como propósito garantizar que ningún otro órgano del Estado se arrogue la administración de justicia sobre los asuntos electorales, pues en esta materia técnico-jurídica el JNE es, en efecto, instancia definitiva, tal como lo ordena la Constitución.

Sin embargo, asunto distinto se presenta cuando el JNE ejerce funciones excediendo el marco normativo que la Constitución le impone. Ello tendría lugar si se expide una resolución contraria a los derechos fundamentales. En tales supuestos, el criterio del JNE escapa a los asuntos técnico-jurídicos de carácter estrictamente electoral, siendo de inmediata aplicación el inciso 2) del artículo 200° de la Constitución que dispone que el proceso de amparo "procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución".

El Tribunal Constitucional enfatizó que dicha aplicación se opone a una interpretación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución de conformidad con la declaración Universal de los Derechos Humanos, los Tratados sobre Derechos Humanos ratificados por el Estado peruano y las decisiones adoptadas por los Tribunales Internacionales sobre Derechos Humanos, constituidos según tratados en los que el Perú es parte.

Finalmente, el Tribunal propuso al Congreso de la República introducir en el Código Procesal Constitucional en el más breve plazo posible las modificaciones conducentes a: a) reducir sustancialmente el plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución en materia electoral, y b) que las demandas de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral se presenten ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; y que las resoluciones denegatorias emitidas en un proceso sumarísimo puedan ser conocidas por el TC mediante la interposición de un recurso de agravio constitucional a ser resuelto también en tiempo perentorio.

Temas Claves: Control constitucional de resoluciones de resoluciones del JNE - derecho a la tutela procesal efectiva - derecho al debido proceso - principios de interpretación constitucional - procedencia del amparo electoral.

EXP. N.º 5854-2005-PA/TC
PIURA

PEDRO ANDRÉS LIZANA PUELLES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 8 días del mes de noviembre de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Pedro Andrés Lizana Puelles contra la sentencia de la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, de fojas 182, su fecha 28 de junio de 2005, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de diciembre de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución N.º 315-2004-JNE, de fecha 17 de noviembre de 2004, por considerar que vulnera el derecho fundamental al debido proceso.

Manifiesta que mediante acuerdo adoptado el 20 de julio de 2004, el Concejo Municipal de la Municipalidad Distrital de Canchaque-Piura, declaró improcedente la solicitud de vacancia en el cargo de Alcalde municipal, por causal de nepotismo, formulada en su contra por un ciudadano. Refiere que en aplicación del artículo 51º de la Ley N.º 27972 —Ley Orgánica de Municipalidades (LOM)—, el 20% de los miembros hábiles del Concejo solicitaron la reconsideración del acuerdo, la cual

-aduce- fue declarada improcedente mediante una Resolución de Alcaldía (sic), con lo que quedó agotada la vía administrativa. Sostiene que, en consecuencia, esta última resolución sólo podía ser impugnada en un proceso contencioso administrativo, a pesar de lo cual el JNE ha declarado fundado un recurso de apelación interpuesto contra ella, ordenando su inmediata vacancia en el cargo de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Canchaque.

El Procurador adjunto a cargo de los asuntos judiciales del JNE contesta la demanda manifestando que el literal u) del artículo 5º de la Ley N.º 26486 —Ley Orgánica del JNE—, en desarrollo del inciso 6) del artículo 178º de la Constitución, dispone que es competencia del JNE declarar la vacancia de los cargos elegidos mediante sufragio directo; que, conforme al artículo 23º de la LOM, el JNE debe resolver el recurso de apelación interpuesto contra el acuerdo del Concejo Municipal que declara o rechaza la vacancia solicitada; y que los actos de nepotismo que determinaron declarar vacante el cargo de Alcalde que ejercía el recurrente quedaron plenamente acreditados en sede del JNE, motivo por el cual se resolvió declarar fundado el recurso de apelación interpuesto. En suma —agrega—, la resolución del JNE ha sido expedida con plena observancia del derecho fundamental al debido proceso. Finalmente, sostiene que, sin perjuicio de lo expuesto, al pretenderse vía amparo dejar sin efecto una resolución emitida por el JNE, se afectan los artículos 142º y 181º de la Constitución que establecen que contra las resoluciones dictadas por el JNE, no procede recurso alguno.

El Quinto Juzgado Civil de Piura, con fecha 14 de marzo de 2005, declaró infundada la demanda, por considerar que el JNE ha actuado de conformidad con el artículo 23º de la LOM y sin afectar el derecho al debido proceso. Añade que la decisión jurisdiccional del JNE ha respetado la tutela procesal efectiva a la que hace referencia el inciso 8) del artículo 5º del Código Procesal Constitucional.

La recurrida confirmó la apelada por sus mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. La demanda tiene por objeto que se declare la nulidad de la Resolución N.º 315-2004-JNE, expedida por el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), que, tras declarar fundada la apelación presentada contra el acuerdo formalizado mediante Resolución de Concejo N.º 039-2004-CDC/A, ordenó la vacancia del recurrente en el cargo de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Canchaque-Piura, por la causal de nepotismo, prevista en el inciso 8) del artículo 22º de la Ley N.º 27972 -Ley Orgánica de Municipalidades (LOM)-. A criterio del demandante, la referida resolución contraviene el derecho fundamental al debido proceso, previsto en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución.

2. El asunto controvertido, exige, ante todo, que el Tribunal Constitucional determine (no por primera vez -Cfr., por todas, la STC 2366-2003-AA/TC-), si los artículos 142º y 181º de la Constitución, instituyen a una resolución del JNE como una zona exenta de control constitucional y, consecuentemente, exceptuada de ser sometida a una evaluación de validez constitucional mediante el proceso de amparo previsto en el inciso 2) del artículo 200º de la Constitución.

El precitado artículo 142º, dispone:

"No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces."

Por su parte, el artículo 181º, establece que:

"El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno".

§2. La Constitución como norma jurídica

3. El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.

Es decir, significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso

-de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo.

4. A partir de entonces, el asunto se hizo bastante elemental y se tiene expuesto así desde hace más de 200 años:

"¿Qué sentido tiene que los poderes estén limitados y que los límites estén escritos, si aquellos a los que se pretende limitar pudiesen saltarse tales límites? La distinción entre un Gobierno con poderes limitados y otro con poderes ilimitados queda anulada si los límites no constriñesen a las personas a las que se dirigen, y si no existe diferencia entre los actos prohibidos y los actos permitidos. (...) Está claro que todos aquellos que han dado vida a la Constitución escrita la han concebido como el Derecho fundamental y supremo de la nación. (...) Quienes niegan el principio de que los Tribunales deben considerar la Constitución como derecho superior, deben entonces admitir que los jueces deben cerrar sus ojos a la Constitución y regirse sólo por las leyes."^[1]

5. La Constitución es, pues, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al "Derecho de la Constitución"^[2], esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos.

6. Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51º^[3]), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45º^[4]) o de la colectividad en general (artículo 38º^[5]) puede vulnerarla válidamente.

§3. El Tribunal Constitucional y la garantía jurisdiccional de la Constitución

7. Pero, ¿tiene algún sentido reconocer que la Constitución tiene carácter jurídico, para luego afirmar que existen actos de los poderes públicos que escapan al control constitucional ejercido por la jurisdicción constitucional?, ¿es posible afirmar que todo poder está sometido a la Constitución y a los derechos fundamentales que ella reconoce, y a la par sostener que los actos de estos poderes están relevados de control constitucional, pese a que contravienen la Constitución y los derechos fundamentales?

Es inherente a la condición jurídica de una norma la capacidad de exigir su cumplimiento jurisdiccionalmente. La ausencia de éste determina la negación de aquella. Es por ello que Werner Kaegi sostenía:

“dime lo que piensas de la justicia constitucional y te diré qué concepto de Constitución tienes.”¹¹⁰

En efecto, afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder.

Pretender que el Tribunal Constitucional se adhiera a esta tesis, equivale a pretender que abdique del rol de guardián de la Constitución que el Poder Constituyente le ha confiado (artículo 201º de la Constitución). Tentativa que, como será sencillo de entender, jamás será de recibo en sede de este Colegiado.

8. A todo derecho, valor o principio constitucional, corresponde un proceso constitucional que le protege (artículo 200º de la Constitución). La judicialización de la Constitución o, para ser más exactos, la de todo acto que a ella contravenga, es la máxima garantía de que su exigibilidad y la de los derechos fundamentales reconocidos, no está sujeta a los pareceres de intereses particulares; por el contrario, todo interés individual o colectivo, para ser constitucionalmente válido, debe manifestarse de conformidad con cada una de las reglas y principios, formales y sustantivos, previstos en la Carta Fundamental.

9. Es este marco, corresponde al Tribunal Constitucional dirimir en última o única instancia los procesos constitucionales (artículo 202º de la Constitución). A través de sus sentencias, en su condición de supremo intérprete de la Constitución (artículo 201º de la Constitución y 1º de la Ley N.º 28301 —Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT)—), no sólo cumple una función de valoración, sino también pacificación y ordenación.

10. Como se ha tenido oportunidad de referir:

“El Tribunal Constitucional con frecuencia debe hacer frente a conflictos de la más alta trascendencia social y política. Esto supone, muchas veces, que las decisiones jurisdiccionales que adopte, tengan un impacto en los medios académicos y de comunicación social.

No obstante, el reconocimiento del Estado Social y Democrático de Derecho como un espacio plural para la convivencia, hace posible que la labor del máximo intérprete de la Constitución sea la de un auténtico componedor de conflictos sociales, función que se canaliza, en forma institucional, a través de los procesos constitucionales.

La argumentación constitucional, es en este contexto, el mejor recurso de legitimación y persuasión con que cuenta este Tribunal para la búsqueda del consenso social y el retorno de la armonía. De este modo logra adhesiones, persuade y construye un espacio para su propia presencia en el Estado Social y Democrático de

Derecho, erigiéndose como una institución de diálogo social y de construcción pacífica de la sociedad plural.”¹¹¹

11. El Tribunal Constitucional aprecia que los problemas suscitados con relación a los artículos 142º y 181º de la Constitución, se encuentran en estrecha vinculación con su interpretación. Por ello, considera pertinente abordar algunos puntos relacionados con los métodos de interpretación constitucional y su objeto.

§4. Principios de interpretación constitucional

12. Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo – subsunción del hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. Tales principios son¹¹²:

a) *El principio de unidad de la Constitución*¹¹³: Conforme a 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.

b) *El principio de concordancia práctica*¹¹⁴: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución).

c) *El principio de corrección funcional*¹¹⁵: Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.

d) *El principio de función integradora*¹¹⁶: El “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.

e) *El principio de fuerza normativa de la Constitución*¹¹⁷: La interpretación constitucional debe encontrarse

orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.

Es en base a estos criterios que debe llevarse a cabo la interpretación de los referidos artículos 142º y 181º de la Constitución.

§5. La inconstitucionalidad de la interpretación aislada de los artículos 142º y 181º de la Constitución

13. Llegados a este punto, alguno puede haberse preguntado: ¿cómo puede el Tribunal Constitucional sostener que la Constitución es norma jurídica vinculante, y, no obstante, haber expedido la STC 2366-2003-AA, contraviniendo (sic) el "claro mandato" de los artículos 142º y 181º de la Constitución que establecen, respectivamente, que las resoluciones del JNE en materia electoral "no son revisables en sede judicial" y que "son dictadas en instancia final, definitiva, y (...) contra ellas no procede recurso alguno"?

14. Las sentencias 0010-2002-AI —expedida en el caso sobre la legislación antiterrorista—; 0023-2003-AI, —expedida en el caso sobre la Ley Orgánica de la Justicia Militar y el Código de Justicia Militar—; 0004-2004-CC —sobre el conflicto de competencias surgido entre el Poder Judicial y el Congreso de la República—; 0019-2005-HC — sobre la "ley de arresto domiciliario"—; 0020-2005-AI / 0021-2005-AI —sobre el conflicto de competencias suscitado entre el Poder Ejecutivo y los Gobiernos Regionales de Cusco y Huánuco—, son sólo algunas muestras, entre las muchas existentes, con las que este Colegiado ha demostrado que a los métodos jurídicos y de argumentación constitucional (función de valoración), acompaña una cabal conciencia de la realidad social, buscando aliviar los conflictos intersubjetivos e interinstitucionales (funciones de ordenación y pacificación).

Por ello no puede escapar a la consideración de este Tribunal que la pregunta planteada es el resumen fiel de la preocupación expuesta por algún sector. Y por ello, es consciente de que, si pretende desvirtuarla, debe hacerlo en términos que no sólo pueda comprender el técnico en Derecho, sino el propio ciudadano.

15. La Constitución del Estado está plagada de disposiciones entre las que existe una "aparente" contradicción. Así, por ejemplo, mientras en el inciso 1) del artículo 2º se reconoce que toda persona tiene derecho a la vida, en el artículo 140º se regula la pena de muerte; mientras en el inciso 2) del artículo 2º se reconoce el principio-derecho a la igualdad ante la ley, el artículo 103º establece que pueden expedirse leyes especiales cuando así lo exija la naturaleza de las cosas; mientras el inciso 24) del artículo 2º reconoce el derecho a la libertad personal, el literal f) del mismo inciso justifica que la autoridad policial prive a la persona de ésta en caso de flagrante delito; mientras el inciso 2) del artículo 139º, refiere que ninguna autoridad puede dejar sin efecto

resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada, empero, el inciso 2) del artículo 200º de la Constitución establece que el amparo contra esta resolución procede si emana de un proceso irregular, es decir, de un proceso en el que no se hayan respetado los derechos fundamentales de la persona.

16. Pues bien, resulta evidente que luego de la lectura aislada de alguna de estas disposiciones, se llegará a resultados inconsecuentes con el postulado unitario o sistemático de la Constitución. De ahí que nunca ha sido ni será válido interpretar las disposiciones constitucionales de manera aislada. Es indiscutible que esta es una lectura más sencilla; sí, tan sencilla como ilegítima.

17. Qué duda cabe de que una interpretación literal y aislada de los artículos 142º y 181º de la Constitución, concluirá en que, sin ingresar en consideración adicional alguna, una resolución en materia electoral expedida por el JNE, es inatacable jurisdiccionalmente; es decir, incluso en aquellos supuestos en los que afecten los derechos fundamentales de la persona. Empero, el resultado de esta interpretación ¿es sustentable constitucionalmente?

18. Son distintas las razones que permiten al Tribunal Constitucional sostener que tal interpretación resulta manifiestamente inconstitucional. En primer lugar porque, lejos de optimizar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, desconoce la limitación que dicho contenido representa para los actos llevados a cabo por todo poder público, incluyendo, desde luego, los que efectúe el JNE.

Si bien es cierto que esta entidad es el máximo órgano de administración de justicia electoral del país, no lo es menos que, como cualquier otro poder público, se encuentra obligado a respetar los derechos fundamentales, en el marco del respeto al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139º de la Constitución); por cuanto, si así no ocurriese, será nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 31º, *in fine*, de la Carta Fundamental.

En otras palabras, el "producto" resultante de realizar una interpretación aislada de los artículos 142º y 181º de la Constitución, viola los más elementales principios de interpretación constitucional (unidad de la Constitución y concordancia práctica), pues pretendiendo auspiciar la seguridad jurídica que debe informar a todo proceso electoral, "sacrifica" los derechos fundamentales, ya que los despoja de toda garantía jurisdiccional de protección.

19. La interpretación aislada de los artículos constitucionales bajo análisis resulta manifiestamente contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución y al de corrección funcional, ya que desconoce, por un lado, el carácter jurídico-vinculante de la Constitución y, por otro, la función de contralor de la constitucionalidad conferida al Tribunal Constitucional (artículo 201º de la Constitución). En efecto, dicha interpretación confunde la autonomía que ha sido reconocida constitucionalmente al JNE (artículo 177º

de la Constitución) con autarquía, pues pretende que sus resoluciones no sean objeto de control constitucional en aquellos casos en los que resulten contrarias a los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Carta Fundamental. Lo que equivaldría a sostener que para el JNE, tales principios y derechos no resultan vinculantes.

Es preciso tener presente que, de conformidad con el principio de corrección funcional, el JNE, bajo las responsabilidades de ley, se encuentra impedido constitucionalmente de desconocer las decisiones vinculantes que los otros órganos constitucionales expiden en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente previstas. Así, por ejemplo, el JNE se encuentra impedido de desconocer una resolución adoptada por el Congreso de la República que inhabilita a una persona para el ejercicio de la función pública, de conformidad con el artículo 100° de la Constitución; máxime si la validez constitucional de dicha resolución ha sido plenamente confirmada a través de una sentencia del Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución (artículo 201° de la Constitución y artículo 1° de la LOTC) ¹⁴¹.

20. Al referir que las resoluciones del JNE en materia electoral se dictan en última instancia y no pueden ser objeto de control constitucional en sede jurisdiccional, los artículos 142° y 181° de la Constitución, tienen por propósito garantizar que ningún otro órgano del Estado se arrogue la administración de justicia sobre los asuntos electorales, pues en esta materia técnico-jurídica, el JNE es, en efecto, instancia definitiva. Así lo ordena la Constitución y bajo el principio de corrección funcional ese fuero debe ser plenamente respetado por todo poder constituido, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.

Asunto distinto se presenta cuando el JNE ejerce funciones excediendo el marco normativo que la Constitución le impone. Ello tendría lugar, claro está, si se expide una resolución contraria a los derechos fundamentales. En tales supuestos, el criterio del JNE escapa a los asuntos técnico-jurídicos de carácter estrictamente electoral, siendo de inmediata aplicación el inciso 2) del artículo 200° de la Constitución que dispone que el proceso de amparo "procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los (...) derechos reconocidos por la Constitución". En otras palabras, en tales casos, la jurisdicción constitucional se torna inmediatamente en el fuero competente para dirimir la litis circunscrita a si existió o no violación de la Carta Fundamental. Sin que pueda caber aquí, desde luego, una subrogación en las funciones reservadas constitucionalmente al JNE.

Sería, por ejemplo, absurdo sostener que porque el Tribunal Constitucional tiene competencia para declarar la nulidad de una sentencia expedida por un juez penal o civil que contravenga los derechos fundamentales, tiene capacidad de administrar justicia penal o civil. Es evidente que en tales supuestos el Tribunal Constitucional se limita a administrar justicia constitucional, reponiendo

las cosas al estado anterior al momento en que tuvo lugar la afectación del derecho fundamental (primer párrafo del artículo 1° del Código Procesal Constitucional), para que luego el proceso continúe siendo resuelto por su respectivo juez competente. La secuencia es idéntica en los supuestos de resoluciones expedidas por jueces que administran justicia electoral.

Así pues, no se trata de una superposición de funciones, sino de delimitar clara y correctamente las competencias que la Constitución ha conferido a cada uno de los órganos constitucionales (principio de corrección funcional).

21. De conformidad con el artículo 93° de la Constitución, los Congresistas de la República no están sujetos a mandato imperativo. No obstante, las leyes expedidas por el Congreso, órgano independiente y autónomo, son susceptibles de control constitucional, mediante el proceso de inconstitucionalidad (artículo 200° 4).

De conformidad con el artículo 139° 2 de la Constitución, el Poder Judicial también goza de independencia y autonomía; sin embargo, como no podría ser de otro modo en un Estado que se precie de ser Constitucional, sus resoluciones (incluso las de la Corte Suprema de la República) son susceptibles de control constitucional mediante los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus.

Incluso, existe también una disposición constitucional que expresamente establece que "ninguna autoridad (...) puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada" (artículo 139° 2) y, sin embargo, hoy en día a nadie se le ocurre sostener que las resoluciones firmes emanadas de un proceso en el que han existido violaciones a los derechos fundamentales, están exceptuadas de control constitucional mediante los procesos de amparo o hábeas corpus. Son los principios de unidad de la Constitución, de concordancia práctica y de fuerza normativa de la Constitución, los que han permitido que esta última tesis se consolide sin reparo (artículo 4° del Código Procesal Constitucional).

Lo propio se podría señalar en torno a la justicia militar, cuya excepcionalidad y autonomía del Poder Judicial está reconocida en los artículos 139° 1 y 173°; sin embargo, no se encuentra exceptuada del control constitucional, a través de los procesos de amparo o hábeas corpus.

No existe, pues, justificación constitucional alguna para que el JNE se encuentre relevado de dicho control; es decir, cuando no respete los derechos fundamentales en el marco del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

§6. Los tratados sobre derechos humanos y las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos como Derecho Interno

22. Tal como lo dispone el artículo 55° de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. De esta manera, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico

interno, son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado.

23. Los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

En tal sentido, el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones.

24. De ahí que el derecho fundamental de acceso a la justicia frente a toda vulneración de los derechos humanos, como manifestación del derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, no sólo se reduce al acceso a los tribunales internos, sino también a los internacionales, tal como se tiene previsto en el artículo 205° de la Constitución:

"Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte."

Es también en base a estas consideraciones que debe ser analizada la aplicación aislada de los artículos 142° y 181° de la Constitución, según la cual las resoluciones del JNE en materia electoral no pueden ser objeto de control constitucional, incluso en los supuestos en los que resulten contrarias a los derechos fundamentales.

25. En criterio de este Tribunal, resulta manifiesto que dicha aplicación se opone a una interpretación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos según tratados de los que el Perú es parte, tal como lo exigen la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (CPConst.).

En efecto, el artículo 8° 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dispone:

"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial,

establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole."

Mientras que los incisos 1) y 2) de su artículo 25°, refieren:

"1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que haya estimado procedente el recurso."

26. Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido:

"(...) el artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales. Establece este artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley."^[15]

Para posteriormente afirmar que:

"los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (Art. 25°), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (Art. 8.1°), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción."^[16]

27. Asimismo, en el Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, la Corte ha referido:

"El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. (...).

De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un 'juez o tribunal competente' para la 'determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8º de la Convención Americana."¹²⁷

28. Es en base a tales premisas que el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de referir (entre otras, en la STC 2409-2002-AA) que detrás del establecimiento de los procesos constitucionales de la libertad, se encuentra implícito el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos o, lo que es lo mismo, el derecho a recurrir ante un tribunal competente frente a todo acto u omisión que lesione una facultad reconocida en la Constitución o en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. De conformidad con la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dicho derecho constituye parte del núcleo duro de la Convención Americana de Derechos Humanos y, en ese sentido, no puede obstaculizarse irrazonablemente su acceso o simplemente impedirse su cabal goce y ejercicio.

29. Debe recordarse, asimismo, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de condenar y sancionar a Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, justamente, por permitir que sus máximos órganos jurisdiccionales electorales se encuentren exentos de un control jurisdiccional frente a aquellas decisiones que contravengan los derechos fundamentales de las personas.

En efecto, en el Caso Yatama vs. Nicaragua (sentencia del 23 de junio de 2005) la Corte Interamericana expuso:

"Si bien la Constitución de Nicaragua ha establecido que las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en materia electoral no son susceptibles de recursos ordinarios o extraordinarios, esto no significa que dicho Consejo no deba estar sometido a controles judiciales, como lo están los otros poderes del Estado. Las exigencias derivadas del principio de independencia de los poderes del Estado no son incompatibles con la necesidad de consagrar recursos o mecanismos para proteger los derechos humanos.

Independientemente de la regulación que cada Estado haga respecto del órgano supremo electoral, éste debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo

de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación, lo cual no es incompatible con el respeto a las funciones que son propias de dicho órgano en materia electoral. Este control es indispensable cuando los órganos supremos electorales, como el Consejo Supremo Electoral en Nicaragua, tienen amplias atribuciones, que exceden las facultades administrativas, y que podrían ser utilizados, sin un adecuado control, para favorecer determinados fines partidistas. En este ámbito, dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral.

Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1 de la Convención Americana (...)."¹²⁸

30. Las similitudes con el caso peruano son manifiestas. El artículo 173º de la Constitución nicaragüense es sustancialmente análogo a los artículos 142º y 181º de la Constitución peruana. Y el Consejo Supremo Electoral de Nicaragua tiene en el JNE peruano a su homólogo.

Insistir en una interpretación aislada de los artículos 142º y 181º de la Constitución, pretendiendo que las resoluciones del JNE en materia electoral están exceptuadas de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, supondría incurrir en una manifiesta irresponsabilidad, ya que situaría al Estado peruano ante la cierta e inminente condena por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al violar el artículo 25.1 de la Convención. No sólo es facultad, sino deber de este Tribunal y del Poder Judicial impedir ello, mediante una adecuada interpretación de los referidos preceptos, de conformidad con la Constitución y los tratados y las decisiones de los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

31. Así las cosas, una interpretación aislada de los artículos constitucionales *sub examine*, resulta incompatible con el artículo 8º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y los artículos 1º y 25º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

32. Son, justamente, aplicaciones literales de los artículos 142º y 181º de la Constitución, las que han ocasionado que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostenga lo siguiente:

"En el presente caso, las disposiciones del ordenamiento jurídico peruano (artículos 181 constitucional y 13 de la Ley Orgánica Electoral) tal y como han sido interpretadas por el JNE en su decisión del 18 de enero de 1995 (Oficio N.º 188-95-SG/JNE), implican que cualquier decisión adoptada por el JNE y que pueda afectar los derechos políticos consagrados en la Convención, no son revisables y por tanto, no protegibles en el Derecho Interno."¹²⁹

Sobre tal premisa, recomendó al Estado peruano:

"Adoptar las medidas tendientes a modificar las disposiciones de los artículos 181 de la Constitución de 1993, y 13 de la Ley Orgánica Electoral, posibilitando un recurso efectivo y sencillo, en los términos del artículo 25° (1) de la Convención, contra las decisiones del JNE que vulneren la garantía a la participación política por parte de los ciudadanos."^[20]

Cabe señalar que en este Informe la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresa que en reiteradas comunicaciones el Estado peruano puso en su conocimiento la existencia de diversas iniciativas de modificación de la legislación electoral, allanándose a la denuncia planteada en su contra, a pesar de lo cual, hasta la fecha de la publicación del Informe, ninguna había sido adoptada.^[21]

33. El Tribunal Constitucional considera, sin embargo, que, tal como ocurriera en su oportunidad con el artículo 173° de la Constitución (relacionado a las competencias de la jurisdicción militar^[22]), la reforma de los artículos 142° y 181° resulta innecesaria, pues por vía de una interpretación constitucional adecuada, su contenido normativo es susceptible de compatibilizarse con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y las decisiones y recomendaciones de los organismos internacionales relacionados con la materia.

34. Por lo demás, debe enfatizarse que la imposibilidad de optar por una lectura aislada del artículo 142° de la Constitución no sólo ha sido establecida por este Tribunal en lo que al control de constitucionalidad de las resoluciones del JNE en materia electoral se refiere (STC 2366-2003-AA), sino también en lo que respecta a las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces, las cuales, al amparo de dicha aislada interpretación, tampoco serían susceptibles de ser objeto de control constitucional en sede jurisdiccional.

En efecto, desde la expedición de la STC 2409-2002-AA, en criterio que este Colegiado tiene reiterado en más de 200 sentencias, quedó establecido que:

"(...) cuando el artículo 142.° de la Constitución establece que no son revisables en sede judicial las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de Jueces, (...) el presupuesto de validez de dicha afirmación se sustenta en que las consabidas funciones que le han sido conferidas a dicho organismo sean ejercidas dentro de los límites y alcances que la Constitución le otorga, y no a otros distintos, que puedan convertirlo en un ente que opera fuera o al margen de la misma norma que le sirve de sustento. En el fondo, no se trata de otra cosa sino de la misma teoría de los llamados poderes constituidos, que son aquellos que operan con plena autonomía dentro de sus funciones, pero sin que tal característica los convierta en entes autárquicos que desconocen o hasta contravienen lo que la misma Carta les impone. El Consejo Nacional de la Magistratura, como cualquier órgano del Estado, tiene límites en sus funciones, pues resulta indiscutible que estas no dejan

en ningún momento de sujetarse a los lineamientos establecidos en la norma fundamental. Por consiguiente, sus resoluciones tienen validez constitucional en tanto las mismas no contravengan el conjunto de valores, principios y derechos fundamentales de la persona contenidos en la Constitución, lo que supone, *a contrario sensu*, que si ellas son ejercidas de una forma tal que desvirtúan el cuadro de principios y valores materiales o los derechos fundamentales que aquella reconoce, no existe ni puede existir ninguna razón que invalide o deslegitime el control constitucional señalado a favor de este Tribunal en los artículos 201.° y 202.° de nuestro texto fundamental."

35. En tal sentido, sin perjuicio de lo que luego se sostendrá, llegado a este punto, el Tribunal Constitucional se encuentra en condiciones de afirmar que toda interpretación de los artículos 142° y 181° de la Constitución que realice un poder público, en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, toda vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente.

En aplicación del artículo VII del Título Preliminar del CPConst., este criterio normativo constituye precedente vinculante para todos los poderes públicos.

Todo juez y tribunal de la República -sea que realice funciones estrictamente jurisdiccionales o materialmente jurisdiccionales-, se encuentra vinculado por este criterio, bajo responsabilidad (artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y Primera Disposición Final de la LOTC).

§7. Criterios para un oportuno control constitucional de las resoluciones jurisdiccionales del JNE

36. Como quedó dicho en el Fundamento 33, *supra*, en criterio del Tribunal Constitucional, el conflicto, *strictu sensu*, no reside en las disposiciones 142° y 181° de la Constitución, sino en la inconstitucional interpretación y consecuente aplicación literal y aislada que de ellas pretenda hacerse. Por ello, no corresponde concentrar el análisis en si pueden o no ser objeto de control constitucional las resoluciones del JNE en materia electoral que violen derechos fundamentales, pues no cabe duda de que lo son, sino en determinar cómo debe operar dicho control constitucional.

37. De conformidad con los tratados y la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, y con el criterio sostenido en la STC 2366-2003-AA, en el que este Colegiado se reafirma, el inciso 8) del artículo 5° del CPConst., establece que son objeto de control constitucional las resoluciones del JNE que violen la tutela procesal efectiva. El artículo 4° de la misma norma, refiere que:

"Se entiendo por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo

enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.”

Consecuentemente, la posibilidad de ejercer control constitucional a las resoluciones del JNE que resulten contrarias a los derechos fundamentales no sólo emerge de una adecuada interpretación de la Carta Fundamental, sino que se encuentra expresamente concretizada en una disposición del CPCConst.

38. Sin embargo, no es menos cierto que la seguridad jurídica —que ha sido reconocida por este Tribunal como un principio implícitamente contenido en la Constitución^[23]—, es pilar fundamental de todo proceso electoral. En efecto, siendo que los procesos electorales ostentan plazos perentorios y preclusivos, y que una de las garantías para la estabilidad democrática es el conocimiento exacto y oportuno del resultado de la voluntad popular manifestada en las urnas (artículo 176° de la Constitución), no es factible que, so pretexto del establecimiento de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales, se culmine por negar la seguridad jurídica del proceso electoral, y con ella, la estabilidad y el equilibrio del sistema constitucional en su conjunto (principio de interpretación constitucional de concordancia práctica).

39. En tal virtud, este Colegiado considera necesario precisar los siguientes aspectos:

a) El Tribunal Constitucional es un órgano constituido sometido a la Constitución y a su ley orgánica. En su función de máximo intérprete constitucional (artículo 201° de la Constitución y artículo 1° de la LOTC), tiene el deber de integrar todas las normas constitucionales, y otorgar así seguridad jurídica y unidad normativa al Derecho Electoral Constitucional, garantizando el respeto a los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución (artículo II del Título Preliminar del CPCConst.).

b) En atención a la seguridad jurídica que debe rodear todo proceso electoral y a las especiales funciones conferidas a los órganos del sistema electoral en su conjunto (JNE, ONPE, RENIEC —artículos 178°, 182° y 183° de la Constitución—), en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el JNE suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable. Toda afectación de los derechos fundamentales en la que incurra el JNE, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o que la voluntad popular, a la que hace alusión el artículo 176° de la Constitución, haya sido manifestada en las urnas. En dichos supuestos el proceso de amparo sólo

tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar, de conformidad con el artículo 1° del CPCConst.^[24].

c) Este Colegiado considera, sin embargo, que es preciso incrementar las garantías que aseguren la celeridad y seguridad jurídica que deben caracterizar a todo proceso electoral, sin que con ello se afecte el plausible control constitucional de una resolución del JNE en materia electoral que contravenga derechos fundamentales. Debe recordarse que con el mismo énfasis con el que la Corte Interamericana ha señalado que todo órgano supremo electoral,

“debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación”^[25],

ha establecido que

“dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral”^[26].

Resulta evidente que esta previsión de la Corte Interamericana, no sólo apunta a que no corra riesgo el cronograma electoral, sino también a evitar en lo posible que las eventuales afectaciones a los derechos fundamentales en las que incurran los órganos encargados de administrar justicia electoral no se tornen irreparables.

En tal sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo 107° de la Constitución, este Tribunal propone al Congreso de República introducir en el CPCConst, en el más breve plazo posible, las modificaciones conducentes a:

- Reducir sustancialmente el plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral.

- Que las demandas de amparo contra una decisión del JNE en materia electoral sean presentadas ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; y cuyas resoluciones denegatorias, emitidas en un plazo sumárisimo, puedan ser conocidas por el Tribunal Constitucional, mediante la interposición de un recurso de agravio constitucional a ser resuelto también en tiempo perentorio.

- Sancionar a aquellos jueces constitucionales que, contraviniendo el artículo 13° del CPCConst., no concedan trámite preferente a las demandas de amparo interpuestas contra las resoluciones del JNE en materia electoral.

- Los plazos deben ser perentorios a efectos de no crear incertidumbre en las decisiones electorales y asegurar la confianza en el sistema de control jurisdiccional constitucional.

Estas medidas no sólo garantizarán la seguridad jurídica del proceso electoral, sino que también permitirán la oportuna protección de los derechos fundamentales. Debe recordarse cómo, por ejemplo, a pesar de haberse

acreditado la manifiesta afectación por parte del JNE del derecho a la presunción de inocencia (artículo 2º 24 e. de la Constitución) de un ciudadano y, como consecuencia de ello, la afectación de su derecho político a ser candidato a un cargo público (artículos 2º 17, 31º y 35º de la Constitución), la ausencia de plazos perentorios en los procesos de amparo orientados a la protección de derechos fundamentales políticos, el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, determinó la imposibilidad de reponer las cosas al estado anterior, al haber devenido dichas afectaciones en irreparables^[27].

§8. Análisis de constitucionalidad del caso planteado

40. El argumento del recurrente para solicitar la nulidad de la Resolución N.º 315-2004-JNE, que resolvió vacarlo en el cargo de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Canchaque-Piura, por causal de nepotismo, es que la apelación interpuesta contra la Resolución de Concejo N.º 039-2004-CDC/A, mediante la cual se declaró improcedente la solicitud de reconsideración del Acuerdo de Concejo que rechazó la solicitud de vacancia planteada en su contra por un ciudadano, debió ser dirimida en un proceso contencioso administrativo, y no por el JNE.

En otras palabras, acusa una supuesta afectación de su derecho fundamental al debido proceso, pues considera que el JNE era incompetente para pronunciarse sobre el asunto.

41. La pretensión del recurrente carece de todo sustento constitucional. En efecto, sucede que en desarrollo del inciso 6) del artículo 178º de la Constitución, el artículo 23º de la LOM, establece que los recursos de apelación contra los Acuerdos de Concejo Municipal que resuelven la reconsideración planteada contra una decisión del propio Concejo en relación con una solicitud para vacar al Alcalde, son resueltos por el JNE.

De este modo, el JNE resultaba plenamente competente para conocer el asunto, lo que, por lo demás, está reafirmado por el artículo 5º u. de la Ley N.º 26486 —Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones—.

42. Al conocer el caso, el JNE encontró plenamente acreditada la causal de nepotismo que determinaba la vacancia del demandante en el cargo de Alcalde, tal como se encuentra previsto en el inciso 8) del artículo 22º de la LOM.

43. En tal sentido, lejos de acreditar la afectación de derecho fundamental alguno, el recurrente pretende que este Colegiado se subroge en una interpretación de la legislación electoral acorde con la Constitución, es decir, en la administración de justicia electoral que el inciso 4) del artículo 178º de la Constitución confía al JNE, lo que, a todas luces, resulta inaceptable. Por tanto, la demanda debe ser desestimada.

§9. El Informe Técnico de la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia

44. Conforme al artículo 4º de la Ley Orgánica del Sector Justicia, corresponde al Ministerio de Justicia

“velar por la vigencia del imperio de la Ley, el derecho y la justicia.”

Asimismo, el artículo 5º de la misma norma, establece que

“Corresponde al Ministerio de Justicia, el asesoramiento legal al Poder Ejecutivo y especialmente al Consejo de Ministros; así como promover una eficiente y pronta administración de justicia (...).”

45. Mediante Oficio N.º 1209-2005-JUS/DM, de fecha 7 de noviembre de 2005, el señor Ministro de Justicia ha remitido a este Tribunal el Informe N.º 145-2005-JUS/CNDH-SE/CESAPI, de la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Derechos Humanos.

En dicho Informe, luego de efectuarse un extenso análisis respecto a los alcances del artículo 25.1 de la Convención, que reconoce el derecho de toda persona “a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”, y a la interpretación de mismo realizada a través de sus sentencias y opiniones consultivas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (recogida, en su mayoría, en el punto §6 de esta sentencia), se concluye en que:

“a) La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que instituciones como el hábeas corpus (y el amparo) resultan mecanismos sencillos y rápidos para proteger derechos humanos. Si en Estados de Emergencia, cuando se permite que el Estado restrinja lícitamente la vigencia de ciertos derechos, no se suspenden las garantías judiciales o procesales indispensables para proteger los derechos que forman parte del núcleo duro de los derechos humanos, tampoco se puede permitir su restricción en períodos ordinarios, en los que rige en toda su extensión la Convención Americana y los derechos fundamentales.

b) La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos podría estimarse que permitiría que las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones, en base a los artículos 142º y 181º de la Constitución Política del Perú, puedan ser examinadas a través del proceso de amparo. De momento, no ha habido ningún caso del Perú que haya sido resuelto por la Corte Interamericana en este punto específico.

c) Actualmente, el Ministerio de Justicia no ha promovido medida alguna para posibilitar un recurso efectivo y sencillo en los términos del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contra las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones que afecten los derechos fundamentales.”

46. El Tribunal Constitucional comparte plenamente el criterio del Consejo Nacional de Derechos Humanos

del Ministerio de Justicia, en el sentido de que, tal como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no cabe, en ninguna circunstancia (ni aun durante los estados de excepción), desconocer el derecho de toda persona a recurrir a los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus frente a toda vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución del Estado, como manifestación concreta, a nivel interno, del derecho humano de toda persona "a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales", en los términos del artículo 25° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

47. De otra parte, si bien es cierto que aún no existe una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado peruano por el eventual impedimento de la procedencia de una demanda de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral que afecte derechos fundamentales, sus sentencias vinculadas con la violación del artículo 25 de la Convención (en particular la expedida en el Caso *Yatama vs. Nicaragua*) y sus opiniones consultivas sobre el particular, son muestras evidentes de que dichas condenas serán inminentes si el Estado peruano obra en dicho sentido.

En consecuencia, es deber del Estado regular un proceso constitucional sumario de amparo contra las resoluciones del JNE que violen derechos fundamentales.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.
2. De acuerdo con los artículos 201° de la Constitución y 1° de la LOTC, este Tribunal, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, según ha quedado dicho en el Fundamento 35, *supra*, establece que toda interpretación de los artículos 142° y 181° de la Constitución que realice un poder público en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, cada vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente.

En aplicación del artículo VII del Título Preliminar del CPCConst., este criterio normativo constituye precedente vinculante para todos los Poderes Públicos.

Todo juez y tribunal de la República -sea que realice funciones estrictamente jurisdiccionales o materialmente

jurisdiccionales- se encuentra vinculado por este criterio, bajo responsabilidad (artículo VI del Título Preliminar del CPCConst. y Primera Disposición Final de la LOTC).

3. De conformidad con el Fundamento 39 b), en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el JNE suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable. Toda afectación de los derechos fundamentales en que incurra el JNE, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o en que la voluntad popular, a la que hace alusión el artículo 176° de la Constitución, haya sido manifestada en las urnas. En dichos supuestos, el proceso de amparo sólo tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar, de conformidad con el artículo 1° del CPCConst.

4. En observancia del artículo 107° de la Constitución, y tal como ha quedado dicho en el Fundamento 39 c), *supra*, este Tribunal propone al Congreso de República introducir en el CPCConst, en el más breve plazo posible, las modificaciones conducentes a:

- Reducir sustancialmente el plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral.

- Que las demandas de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral se presenten ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; y cuyas resoluciones denegatorias, emitidas en un plazo sumarisimo, puedan ser conocidas por el Tribunal Constitucional, mediante la interposición de un recurso de agravio constitucional a ser resuelto también en tiempo perentorio.

5. Poner en conocimiento del Congreso de la República y del JNE la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

^[1] Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el Caso *Marbury v. Madison* (1803). Texto tomado de: Beltrán de Felipe, Miguel y Gonzáles García, Julio. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados de América*. Madrid: Boletín Oficial del Estado / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 111-112.

^[2] Concepto al que acude con frecuencia la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica (*Vid.* Res. 2004-09992, de fecha 8 de septiembre de 2004, recaída en el Exp. 03-004485-0007-CO, mediante la cual se declara la inconstitucionalidad del acuerdo del Poder Ejecutivo de brindar apoyo a la "Coalición" de países que

incurrió en acciones bélicas en Iraq), cuyas competencias materiales resultan sustancialmente idénticas a las de un Tribunal Constitucional.

¹⁴¹ Artículo 51º de la Constitución.- *La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. (...).*

¹⁴² Artículo 45º de la Constitución: *El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. (...).*

¹⁴³ Artículo 38º de la Constitución.- *Todos los peruanos tienen el deber de... respetar, cumplir y defender la Constitución (...).*

¹⁴⁴ Kaegi, Werner. *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zürich, 1945, p. 147.

¹⁴⁵ STC 0048-2004-AI, Fundamentos 2 y 3.

¹⁴⁶ Cfr. Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da. Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 45-47.

¹⁴⁷ Vid. STC 1091-2002-HC, Fundamento 4; STC 0008-2003-AI, Fundamento 5; STC 0045-2004-HC, Fundamento 3.

¹⁴⁸ Vid. STC 1797-2002-HD, Fundamento 11; STC 2209-2002-AA, Fundamento 25; STC 0001-2003-AI/0003-2003-AI, Fundamento 10; STC 0008-2003-AI, Fundamento 5; STC 1013-2003-HC, Fundamento 6; 1076-2003-HC, Fundamento 7; STC 1219-2003-HD, Fundamento 6; 2579-2003-HD, Fundamento 6; STC 0029-2004-AI, Fundamento 15.

¹⁴⁹ Este principio se presenta en cada ocasión en la que este Tribunal delimita las competencias que la Constitución ha conferido a los distintos órganos constitucionales (vg. la reciente STC 0020-2005-PI/0021-2005-PI —acumulados—).

¹⁵⁰ Vid. STC 0008-2003-AI, Fundamento 5;

¹⁵¹ Vid. STC 0976-2001-AA, Fundamento 5; STC 1124-2001-AA, Fundamento 6.

¹⁵² Vid. STC 3760-2004-AA; STC 3238-2004-AA y STC 2791-2005-PA

¹⁵³ Opinión Consultiva OC-9/87, párrafo 23.

¹⁵⁴ Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbí y Solís Corrales y Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, Sentencias del 26 de junio de 1987, párrafos 90 y 92, respectivamente.

¹⁵⁵ Caso Tribunal Constitucional, Etapa de fondo, Sentencias del 24 de septiembre de 1999, párrafos 68 y 71.

¹⁵⁶ Caso Yatama vs. Nicaragua, Etapa de fondo, Sentencia del 23 de junio de 2005, párrafos 174, 175 y 176.

¹⁵⁷ Informe N.º 119/99, caso 11.428, Susana Higuchi Miyagawa (Perú), del 6 de octubre de 1999, párrafo 55.

¹⁵⁸ Op. cit., punto 1 de la parte resolutive.

¹⁵⁹ Idem, párrafo 93.

¹⁶⁰ Cfr. STC 0010-2002-AI, Fundamentos 41 a 54.

¹⁶¹ Vid. STC 0016-2002-AI, Fundamentos 3 y 4.

¹⁶² Segundo párrafo del artículo 1º del CPConst.: *Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.*

¹⁶³ Caso Yatama vs. Nicaragua, Op. cit. párrafo 175.

¹⁶⁴ Idem.

¹⁶⁵ Vid. STC 2366-2003-AA.



ÍNDICE TEMÁTICO

ÍNDICE TEMÁTICO

(Tomo I)

A

- Actuación subsidiaria del Estado en la economía (STC 0008-2003-AI)
 Acusación constitucional (STC 0006-2003-AI; STC 3760-2004-AA)
 Adecuada protección contra el despido arbitrario (STC 0976-2001-AA)
 Administración del programa municipal del vaso de leche (STC 0004-1996-I)
 Agotamiento
 - *de la vía administrativa* (STC 0895-2001-AA)
 - *de la vía previa* (STC 2302-2003-AA)
 Alcances y límites al principio de legalidad penal (STC 0010-2002-AI)
 Ámbitos de protección de la integridad personal (STC 0256-2003-HC)
 Amicus Curiae (0020-2005-PI / 0021-2005-PI acumulados)
 Amparo
 - *contra normas legales* (STC 4677-2004-AA)
 - *contra ordenanzas* (STC 3283-2003-AA)
 - *tributario* (STC 2302-2003-AA)
 Antejjuicio político (STC 0006-2003-AI)
 Antinomias normativas (STC 0002-2005-PI)
 Apología del terrorismo y las libertades de información, expresión, opinión y difusión del pensamiento (STC 0010-2002-AI)
 Arresto de rigor (STC 2050-2002-AA)
 Arresto simple (STC 2050-2002-AA)
 Asimetría informativa (STC 1238-2004-AA)
 Atribuciones y competencias de los organismos del Estado (STC 1150-2004-AA)
 Autonomía
 - *administrativa de las municipalidades* (STC 0004-1996-I)
 - *del Consejo Nacional de la Magistratura* (STC 0001-1996-I)
 - *del Ministerio Público* (STC 0001-1996-I)
 - *del Poder Judicial* (STC 0001-1996-I)
 - *municipal* (STC 0002-2005-PI; STC 3330-2004-AA)
 - *presupuestaria* (STC 0004-2004-CC)
 - *procesal constitucional* (STC 1417-2005-PA)
 - *regional* (STC 0002-2005-PI)
 Autoría delictiva (STC 1805-2005-HC)

B

- Bancarización (0011-2004-AI; 0012-2004-AI; 0013-2004-AI; 0014-2004-AI; 0015-2004-AI; 0016-2004-AI; 0027-2004-AI)
 Beneficios penitenciarios (STC 2196-2002-HC; STC 1593-2003-HC)
 Bienes de dominio
 - *privado* (STC 0015-2001-AI; STC 0016-2001-AI; STC 0004-2002-AI)
 - *público* (STC 0015-2001-AI; STC 0016-2001-AI; STC 0004-2002-AI)
 Bloque de constitucionalidad (STC 2876-2005-HC)
 Bonificación especial (STC 2616-2004-AC)

C

- Cadena perpetua y los principios de dignidad y libertad (STC 0010-2002-AI)
- Carácter vinculante o no vinculante de las costumbres religiosas (STC 3283-2003-AA)
- Características de un decreto de urgencia (STC 0008-2003-AI)
- Carrera pública (STC 0008-2005-PI)
- Cláusula constitucional de los derechos no enumerados (STC 0895-2001-AA)
- Comandos políticos militares (STC 0017-2003-AI)
- Competencia
 - *de los gobiernos locales* (STC 0002-2005-PI)
 - *de los derechos municipales* (STC 3283-2003-AA)
 - *de los gobiernos regionales* (STC 0002-2005-PI)
 - *del gobierno nacional* (STC 0002-2005-PI)
 - *del Tribunal Constitucional* (STC 0014-2003-AI)
- Concesión minera (STC 0048-2004-PI)
- Conducta e idoneidad funcional (STC 0001-1996-I)
- Conducta obstruccionista del procesado (STC 1091-2002-HC; STC 0731-2004-HC)
- Conflicto entre entidades públicas (STC 1150-2004-AA)
- Congreso de la República (STC 0013-1996-I)
- Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) (STC 2579-2003-HD)
- Constatar, *in situ*, las condiciones de reclusión (STC 2333-2004-HC)
- Constitución
 - *Cultural* (STC 0042-2004-AI)
 - *Ecológica* (STC 0048-2004-PI)
 - *Económica* (STC 0008-2003-AI)
 - *Política de 1993* (STC 0003-1996-I; STC 0014-2002-AI; STC 0014-2003-AI)
- Contenido constitucional del derecho a la libertad religiosa (STC 0256-2003-HC)
- Contenido constitucional de la libertad de tránsito (STC 2876-2005-HC)
- Contenido constitucionalmente protegido (STC 1417-2005-PA)
- Contenido esencial
 - *de la libertad de empresa* (STC 3330-2004-AA)
 - *de la libertad de sindicalización* (STC 1124-2001-AA)
 - *del derecho a la huelga* (STC 0008-2005-PI)
 - *del derecho a la libertad personal* (STC 0019-2005-PI)
 - *del derecho a la pensión* (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI acumulados; STC 1417-2005-PA)
 - *del derecho al medio ambiente equilibrado* (STC 0048-2004-PI)
 - *del derecho al trabajo* (STC 1124-2001-AA; STC 0090-2004-AA; STC 3330-2004-AA)
- Contenidos implícitos de los derechos viejos (STC 0895-2001-AA)
- Contenidos nuevos de un derecho escrito (STC 0895-2001-AA)
- Contratos de concesión (STC 0005-2003-AI)
- Contratos-ley (STC 0005-2003-AI)
- Control constitucional
 - *de reforma constitucional* (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI acumulados)
 - *de resoluciones del JNE* (STC 5854-2005-AA)
- Control difuso (STC 0005-1996; STC 0002-1996-I; STC 1124-2001-AA; STC 0019-2005-PI)
- Convenio colectivo (STC 0008-2005-PI)
- Cultivo de hoja de coca (0020-2005-PI / 0021-2005-PI acumulados)

D

Declaración de inconstitucionalidad de una norma (STC 0005-1996-I)

Defensa nacional (STC 0005-2001-AI; STC 0017-2003-AI)

Delito(s)

- *comunes y militares* (STC 0013-1996-I)
- *de función militar* (STC 0017-2003-AI)
- *de terrorismo* (STC 0013-1996-I; STC 0005-2001-AI)

Demarcación territorial (STC 0002-2005-PI)

Derecho

- *a la autodeterminación informativa* (STC 1797-2002-HD)
- *a la cultura* (STC 0042-2004-AI)
- *a la dignidad personal* (STC 0018-1996-I; STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI acumulados; STC 2945-2003-AA; STC 0044-2004-AI)
- *a la educación* (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI acumulados)
- *a la ejecución de sentencias* (STC 0015-2001-AI; STC 0016-2001-AI; STC 0004-2002-AI)
- *a la huelga* (STC 0008-2005-PI)
- *a la identidad étnica y cultural* (STC 0042-2004-AI; 0020-2005-PI / 0021-2005-PI acumulados)
- *a la identidad personal* (STC 1797-2002-HD)
- *a la igualdad* (STC 0018-1996-I; STC 0009-2001-AI; STC 0015-2001-AI; STC 0016-2001-AI; STC 0004-2002-AI; STC 0048-2004-PI; STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI acumulados; STC 0090-2004-AA)
- *a la imagen* (STC 1797-2002-HD)
- *a la información* (STC 1797-2002-HD; STC 2579-2003-HD)
- *a la integridad física, psíquica y moral* (STC 0014-1996-I; STC 0018-1996-I)
- *a la integridad personal* (STC 0010-2002-AI; STC 2333-2004-HC; STC 0256-2003-HC)
- *a la intimidad* (STC 1797-2002-HD)
- *a la jurisdicción previamente determinada por ley* (STC 0290-2002-HC)
- *a la libertad de conciencia y religión* (STC 0256-2003-HC)
- *a la libertad personal* (STC 0019-2005-PI; STC 0014-1996-I; STC 1091-2002-HC)
- *a la libre iniciativa privada* (STC 0009-2001-AI; STC 3330-2004-AA)
- *a la motivación de resoluciones* (STC 1091-2002-HC; STC 2663-2003-HC; STC 1593-2003-HC; STC 0090-2004-AA)
- *a la nacionalidad* (STC 0010-2002-AI)
- *a la negociación colectiva* (STC 0008-2005-PI)
- *a la pensión* (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI acumulados; STC 1417-2005-PA)
- *a la petición* (STC 1797-2002-HD)
- *a la pluralidad de instancias* (STC 0010-2002-AI)
- *a la presunción de inocencia* (STC 2915-2004-HC; STC 3771-2004-HC)
- *a la propiedad* (STC 0009-2001-AI; STC 0008-2003-AI; STC 0048-2004-PI; STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI acumulados)
- *a la propiedad de la creación intelectual y artística* (STC 0044-2004-AI)
- *a la protección al consumidor* (STC 0009-2001-AI)
- *a la protección contra el despido arbitrario* (STC 1058-2004-AA)
- *a la protección jurisdiccional de los derechos, autonomía judicial e interpretación sistemática de la ley procesal penal* (STC 0010-2002-AI)
- *a la salud* (STC 0008-2003-AI; STC 01429-2002-HC; STC 2945-2003-AA; STC 3330-2004-AA; STC 3330-2004-AA)
- *a la seguridad social* (STC 1417-2005-PA)
- *a la sepultura* (STC 0256-2003-HC)
- *a la sindicalización* (STC 0008-2005-PI; STC 1124-2001-AA)
- *a la tutela judicial* (STC 2798-2004-HC)
- *a la tutela procesal efectiva* (STC 0015-2001-AI; STC 0016-2001-AI; STC 0004-2002-AI; STC 2488-2002-HC; STC 5854-2005-AA)
- *a la vida* (STC 2945-2003-AA)
- *a no ser incomunicado* (STC 0010-2002-AI)

- *a no ser objeto de tratos inhumanos* (STC 0726-2002-HC; STC 01429-2002-HC)
 - *a un proceso que dure un plazo razonable* (STC 0010-2002-AI)
 - *a una vida tranquila y en paz* (STC 0018-1996-I)
 - *al debido procedimiento* (STC 2868-2004-AA; STC 1966-2005-HC)
 - *al debido proceso* (STC 0010-2002-AI; STC 2050-2002-AA; STC 0090-2004-AA; STC 1058-2004-AA; STC 1805-2005-HC; STC 1150-2004-AA; STC 1966-2005-HC; STC 5854-2005-AA)
 - *al honor y a la buena reputación* (STC 0018-1996-I; STC 0090-2004-AA)
 - *al juez natural* (STC 0010-2002-AI)
 - *al libre desarrollo de la personalidad* (STC 2868-2004-AA)
 - *al medio ambiente equilibrado* (STC 0048-2004-PI)
 - *al mínimo vital* (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI acumulados)
 - *al plazo razonable de detención* (STC 2196-2002-HC; STC 2915-2004-HC; STC 0731-2004-HC; STC 2798-2004-HC; STC 3771-2004-HC)
 - *al secreto de las comunicaciones* (STC 1058-2004-AA)
 - *al trabajo* (STC 1124-2001-AA; STC 0976-2001-AA; STC 0090-2004-AA; STC 3330-2004-AA; STC 0206-2005-PA; STC 2802-2005-PA)
 - *de acceso a la información pública* (STC 1219-2003-HD)
 - *de acceso a la justicia* (STC 0010-2002-AI)
 - *de asociación* (STC 0004-1996-I)
 - *de defensa* (STC 0010-2002-AI; STC 0726-2002-HC; STC 2050-2002-AA; STC 0090-2004-AA; STC 1058-2004-AA; STC 2868-2004-AA; STC 1150-2004-AA)
 - *de igualdad* (STC 0004-1996-I)
 - *de los procesados a estar separados de los condenados* (STC 0726-2002-HC)
 - *de manutención* (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI acumulados)
 - *de objeción de conciencia* (STC 0895-2001-AA)
 - *de participación y control ciudadano* (STC 0003-1996-I)
 - *de reunión* (STC 4677-2004-AA)
- Derecho Internacional Humanitario (STC 0010-2002-AI; STC 2798-2004-HC)
- Derechos adquiridos (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI acumulados)
- Derechos culturales (STC 0042-2004-AI)
- Derechos de los consumidores y los usuarios (STC 0008-2003-AI)
- Derechos económicos y sociales (STC 2945-2003-AA)
- Derechos no enumerados o derechos no escritos (STC 0895-2001-AA)
- Derechos políticos (STC 3760-2004-AA; STC 2791-2005-AA)
- Desaparición forzada (STC 2488-2002-HC)
- Descentralización (STC 0002-2005-PI)
- Despido
- *arbitrario* (STC 1124-2001-AA; STC 0976-2001-AA; STC 1058-2004-AA; STC 0206-2005-PA)
 - *incausado* (STC 0976-2001-AA; STC 0206-2005-PA)
 - *fraudulento* (STC 0976-2001-AA; STC 0206-2005-PA)
 - *nulo* (STC 0976-2001-AA; STC 0206-2005-PA)
- Destitución (STC 0001-1996-I)
- Detención
- *domiciliaria* (STC 0019-2005-PI; STC 0731-2004-HC; STC 1805-2005-HC)
 - *preventiva* (STC 0019-2005-PI; STC 1091-2002-HC; STC 0731-2004-HC; STC 3771-2004-HC; STC 2496-2005-HC)
- Dirección Regional de Educación del Gobierno Regional de Amazonas (STC 2616-2004-AC)
- Discrecionalidad de los actos administrativos (STC 0090-2004-AA)
- Discriminación por opción sexual (STC 2868-2004-AA)
- Doble dimensión
- *de los procesos constitucionales* (0020-2005-PI / 0021-2005-PI acumulados)
 - *del derecho a la propiedad* (STC 0048-2004-PI)
 - *del derecho a la verdad* (STC 2488-2002-HC)
 - *del derecho al acceso a la información pública* (STC 1797-2002-HD; STC 2579-2003-HD)
 - *del derecho al debido proceso* (STC 0090-2004-AA)

Divorcio (STC 0018-1996-I)
 Duración del plazo de detención (STC 2915-2004-HC)

E

Economía social del mercado (STC 0008-2003-AI; STC 3330-2004-AA)
 Efectos *inter privados* de derechos constitucionales (STC 1124-2001-AA)
 Eficacia horizontal de los derechos fundamentales (STC 0976-2001-AA; STC 3330-2004-AA)
 Eficacia vertical de los derechos fundamentales (STC 3330-2004-AA)
 Enumeración abierta de derechos (STC 0895-2001-AA)
 Escalas remunerativas (STC 2616-2004-AC)
 Espectáculo cultural (STC 0042-2004-AI)
 Establecimiento de rejas (STC 3482-2005-HC)
 Estado de cosas inconstitucional (STC 2579-2003-HD)
 Estado social y democrático de Derecho (STC 0008-2003-AI; STC 0048-2004-PI; STC 2945-2003-AA)
 Esterilización quirúrgica irreversible (STC 0014-1996-I)
 Estructura de la sentencia constitucional (STC 0024-2003-AI)
 Excesos en la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo (STC 0004-2001-I)

F

Finalidad del proceso de hábeas corpus (STC 1805-2005-HC)
 Fines de la pena (STC 0019-2005-PI)
 Fuerza de ley (STC 0005-2003-AI)
 Función reguladora del Estado (STC 0008-2003-AI)

H

Hábeas corpus

- *contra resoluciones judiciales* (STC 2758-2004-HC; STC 2496-2005-HC)
- *correctivo* (STC 0726-2002-HC; STC 01429-2002-HC; STC 2333-2004-HC)
- *reparador* (STC 3194-2004-HC)
- *restringido* (STC 3482-2005-HC)
- *traslativo* (STC 2915-2004-HC)

 Himno Nacional (STC 0044-2004-AI)

I

Iglesia Adventista del Séptimo Día (STC 0895-2001-AA)
 Igualdad de derechos (STC 0005-1996-I)
 Igualdad de oportunidades (STC 0008-2005-PI)
 Impuesto a las transacciones financieras (ITF) (0011-2004-AI; 0012-2004-AI; 0013-2004-AI; 0014-2004-AI; 0015-2004-AI; 0016-2004-AI; 0027-2004-AI)
 Impuesto

- *a los casinos y tragamonedas* (STC 0009-2001-AI)
- *a los espectáculos públicos no deportivos* (STC 0042-2004-AI)
- *a los espectáculos taurinos* (STC 0042-2004-AI)

 Inconstitucionalidad del tipo penal de traición a la patria (STC 0010-2002-AI)
 Inembargabilidad de los bienes del Estado (STC 0015-2001-AI; STC 0016-2001-AI; STC 0004-2002-AI)
 Inhabilitación política (STC 3760-2004-AA; STC 2791-2005-AA)
 Iniciativa legislativa (STC 0001-1996-I)
 Injuria grave (STC 0018-1996-I)
 Integridad física, moral y psíquica (STC 2333-2004-HC)

Interés colectivo (STC 1124-2001-AA)
Interés público (STC 0002-2005-PI; STC 0090-2004-AA; STC 3330-2004-AA)
Interpretación autentica (STC 0002-1996-I)
Interpretación constitucional conforme al derecho internacional (STC 1124-2001-AA)
Irrenunciabilidad de los derechos laborales (STC 0008-2005-PI)
ITF

- y *libertad contractual* (0011-2004-AI; 0012-2004-AI; 0013-2004-AI; 0014-2004-AI; 0015-2004-AI; 0016-2004-AI; 0027-2004-AI)
- y *principio de no confiscatoriedad de los tributos* (0011-2004-AI; 0012-2004-AI; 0013-2004-AI; 0014-2004-AI; 0015-2004-AI; 0016-2004-AI; 0027-2004-AI)
- y *promoción del ahorro* (0011-2004-AI; 0012-2004-AI; 0013-2004-AI; 0014-2004-AI; 0015-2004-AI; 0016-2004-AI; 0027-2004-AI)
- y *el secreto bancario* (0011-2004-AI; 0012-2004-AI; 0013-2004-AI; 0014-2004-AI; 0015-2004-AI; 0016-2004-AI; 0027-2004-AI)

Ius connubii (STC 2868-2004-AA)

J

Juicio político (STC 0006-2003-AI)
Jurado Nacional de Elecciones (JNE) (STC 5854-2005-AA)
Jurisdicción militar (STC 0005-2001-AI; STC 0017-2003-AI)
Jurisdicción predeterminada por ley (STC 0022-1996-I)
Jurisprudencia constitucional (STC 0024-2003-AI)
Justicia común (STC 0005-2001-AI)

L

Legislación penal antiterrorista (STC 0010-2002-AI)
Legitimidad de las sentencias interpretativas (STC 0010-2002-AI)
Legitimidad de origen de la Constitución (STC 0014-2003-AI)
Ley de amnistía (STC 0013-1996-I)
Ley Orgánica

- *del Tribunal Constitucional* (STC 0005-1996-I; STC 0002-1996-I)

Libertad

- *de comercio* (STC 3330-2004-AA)
- *de conciencia* (STC 0895-2001-AA; STC 3283-2003-AA)
- *de contratación* (STC 0009-2001-AI)
- *de creencias* (STC 0895-2001-AA)
- *de empresa* (STC 0009-2001-AI; STC 3283-2003-AA; STC 3330-2004-AA; STC 2802-2005-PA)
- *de expresión* (STC 2791-2005-AA)
- *de ideas* (STC 0895-2001-AA)
- *de industria* (STC 3330-2004-AA)
- *de información* (STC 1797-2002-HD)
- *de religión* (STC 0895-2001-AA; STC 3283-2003-AA)
- *de sindicalización* (STC 0206-2005-PA)
- *de trabajo* (STC 3283-2003-AA)
- *de tránsito* (STC 2876-2005-HC; STC 3482-2005-HC)
- *personal* (STC 2663-2003-HC; STC 2196-2002-HC; STC 1593-2003-HC; STC 2915-2004-HC; STC 0731-2004-HC; STC 3771-2004-HC; STC 2496-2005-HC)

Libertad condicional (STC 1593-2003-HC)
Libertades patrimoniales que garantizan el régimen económico (STC 0008-2003-AI)
Libre competencia (STC 0008-2003-AI)
Libre iniciativa privada (STC 0008-2003-AI)
Licencias (STC 3330-2004-AA)

Limitaciones del derecho de acceso a la información pública (STC 1219-2003-HD)

Límites

- *a la libertad personal* (STC 2663-2003-HC; STC 0731-2004-HC)
- *a la potestad tributaria* (STC 0041-2004-AI)
- *al derecho a la información* (STC 2579-2003-HD)

M

Mandato de detención (STC 3194-2004-HC)

Matrimonio (STC 2868-2004-AA)

Mayoría requerida para la declaratoria de inconstitucionalidad (STC 0005-1996-I)

Medios de prueba judicial (STC 2333-2004-HC)

Métodos de planificación familiar (STC 0014-1996-I)

Modelos de votación establecidos en Tribunales Constitucionales (STC 0002-1996-I)

Moral pública (STC 3330-2004-AA)

N

Naturaleza del delito de función (STC 3194-2004-HC)

Negación de beneficios penitenciarios (STC 0010-2002-AI)

Nivelación de pensión (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI acumulados)

Norma legal y constitucional (STC 0005-1996-I)

Normalidad constitucional (STC 0017-2003-AI)

Normas

- *autoaplicativas* (STC 2302-2003-AA; STC 4677-2004-AA)
- *con rango de ley* (STC 0005-2003-AI)
- *objeto de examen de constitucionalidad a través del proceso de inconstitucionalidad* (STC 0014-2003-AI)
-

O

Objeto del proceso de cumplimiento (STC 0168-2005-PC)

Obligaciones de la administración penitenciaria (STC 0726-2002-HC)

Obligaciones en materia de derechos humanos (STC 2798-2004-HC)

Ocio legislativo (STC 0024-2003-AI)

Ordenanzas municipales (STC 0041-2004-AI)

Orden interno (STC 0017-2003-AI)

Orden público interno (STC 0005-2001-AI)

P

Pago de obligaciones dinerarias (STC 1238-2004-AA)

Parámetros de costos de arbitrios (STC 0041-2004-AI)

Partidos políticos (STC 2791-2005-AA)

Participación delictiva (STC 2758-2004-HC; STC 1805-2005-HC)

Pase a retiro militar policial (STC 0090-2004-AA)

Patrimonio cultural

- *de la nación* (STC 4677-2004-AA)
- *inmaterial* (0020-2005-PI / 0021-2005-PI acumulados)

Peligro procesal (STC 1091-2002-HC; STC 0731-2004-HC)

Pena privativa de libertad (STC 0019-2005-PI)

Plazo máximo de la detención (STC 2915-2004-HC; STC 0731-2004-HC; STC 3771-2004-HC)

- Plazos de prescripción penal (STC 1805-2005-HC)
- Poder constituido (STC 0014-2002-AI)
- Poder constituyente (STC 0014-2002-AI)
- Poder de reforma (STC 0014-2002-AI)
- Política de impunidad (STC 2488-2002-HC)
- Precedente vinculante (STC 0024-2003-AI)
- Preservación de la vida e integridad física de los internos (STC 0726-2002-HC)
- Presunción de constitucionalidad de la ley (STC 2579-2003-HD)
- Presunción de inocencia (STC 0010-2002-AI; STC 3194-2004-HC)
- Presupuesto público (STC 0004-2004-CC)
- Principio
 - *de autonomía* (STC 0024-2003-AI)
 - *de coherencia normativa* (STC 0005-2003-AI)
 - *de competencia* (0020-2005-PI / 0021-2005-PI acumulados)
 - *de conservación de la ley* (STC 0004-2004-CC)
 - *de desarrollo sostenible y sustentable* (STC 0048-2004-PI)
 - *de dignidad humana* (STC 0895-2001-AA)
 - *de fuerza normativa* (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI acumulados)
 - *de igualdad* (STC 0005-2003-AI; STC 0019-2005-PI)
 - *de independencia* (STC 0004-2004-CC)
 - *de indubio pro operario* (STC 0008-2005-PI)
 - *de intermediación* (STC 0290-2002-HC)
 - *de inmunidad de coacción* (STC 3283-2003-AA)
 - *de intangibilidad de la cosa juzgada en materia constitucional* (STC 0022-1996-I)
 - *de interdicción en la arbitrariedad* (STC 0090-2004-AA)
 - *de irretroactividad de la ley* (STC 0009-2001-AI; STC 0015-2001-AI; STC 0016-2001-AI; STC 0004-2002-AI; STC 2196-2002-HC; STC 1593-2003-HC)
 - *de iura novit curia* (STC 0256-2003-HC; STC 2868-2004-AA; STC 1966-2005-HC)
 - *de jerarquía normativa* (STC 0005-2003-AI)
 - *de legalidad* (STC 0017-2003-AI; STC 2050-2002-AA; STC 2302-2003-AA)
 - *de legalidad respecto del tipo penal de terrorismo* (STC 0010-2002-AI)
 - *de legalidad penal* (STC 0290-2002-HC; STC 2488-2002-HC; STC 2758-2004-HC; STC 1805-2005-HC; STC 2496-2005-HC)
 - *de legalidad tributaria* (STC 0041-2004-AI; STC 0042-2004-AI)
 - *de ne bis in idem* (STC 2050-2002-AA; STC 2868-2004-AA; STC 3194-2004-HC)
 - *de no confiscatoriedad* (STC 0009-2001-AI; STC 0041-2004-AI; STC 2302-2003-AA)
 - *de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley* (STC 0290-2002-HC)
 - *de no discriminación* (STC 3283-2003-AA)
 - *de no lesión de los derechos de terceros* (STC 3283-2003-AA)
 - *de presunción de la constitucionalidad de las normas* (STC 0044-2004-AI)
 - *de progresividad* (STC 2945-2003-AA)
 - *de proporcionalidad* (STC 0008-2003-AI; STC 0895-2001-AA; STC 0090-2004-AA; STC 0731-2004-HC; STC 2868-2004-AA; STC 4677-2004-AA)
 - *de protección al consumidor* (STC 1238-2004-AA)
 - *de publicidad* (STC 2050-2002-AA; STC 0090-2004-AA)
 - *de razonabilidad* (STC 0006-2003-AI; STC 0895-2001-AA; STC 0090-2004-AA; STC 0731-2004-HC; STC 2868-2004-AA)
 - *de reserva de ley* (STC 0048-2004-PI; STC 2302-2003-AA)
 - *de reserva de la ley tributaria* (STC 0042-2004-AI)
 - *de solidaridad* (STC 2945-2003-AA)
 - *de separación de poderes* (STC 0004-2004-CC)
 - *de subsidiariedad* (STC 0002-2005-PI)
 - *de supremacía constitucional* (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI acumulados; STC 3330-2004-AA)
 - *de unidad en la interpretación constitucional* (STC 0005-2003-AI)
 - *de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional* (STC 0017-2003-AI)
 - *democrático* (0020-2005-PI / 0021-2005-PI acumulados)

- *pro consumidor* (STC 1238-2004-AA)
 - *tempus delicti comissi* (STC 2196-2002-HC; STC 1593-2003-HC)
 - *tempus regit actum* (STC 2196-2002-HC; STC 1593-2003-HC; STC 1805-2005-HC; STC 2496-2005-HC)
 - unitario del Estado (STC 0002-2005-PI; 0020-2005-PI / 0021-2005-PI acumulados)
- Principios constitucionales
- *ambientales* (STC 0048-2004-PI)
 - *laborales* (STC 0008-2005-PI)
 - *pensionarios* (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI acumulados)
 - *presupuestarios* (STC 0004-2004-CC)
 - *que informan al modelo económico* (STC 0008-2003-AI)
 - *tributarios* (STC 0041-2004-AI; STC 0042-2004-AI)
- Principios de interpretación constitucional (STC 0008-2003-AI; STC 5854-2005-AA)
- Principios del procedimiento administrativo STC 1966-2005-HC)
- Privación del derecho de propiedad por causa de seguridad nacional o necesidad pública (STC 0022-1996-I)
- Procedencia del amparo
- *electoral* (STC 5854-2005-AA)
 - *laboral* (STC 0206-2005-PA)
 - *municipal* (STC 2802-2005-PA)
 - *previsional* (STC 1417-2005-PA)
- Procedencia del hábeas corpus (STC 2876-2005-HC)
- Procedencia del hábeas data (STC 1797-2002-HD)
- Procedencia del proceso de cumplimiento (STC 0168-2005-PC)
- Procedimiento constitucional de reforma (STC 0003-1996-I)
- Procedimiento disciplinario (STC 3194-2004-HC)
- Proceso judicial militar (STC 3194-2004-HC)
- Procesos de expropiación para fines de reforma agraria (STC 0022-1996-I)
- Prohibición de avocamiento a causas pendientes (STC 1091-2002-HC)
- Prohibición del establecimiento de monopolios (STC 0005-2003-AI)
- Promulgación de la ley (STC 0014-2002-AI)
- Proporcionalidad de las penas (STC 0010-2002-AI)
- Prospective overruling (STC 0024-2003-AI; STC 0090-2004-AA)

R

- Ratificación de arbitrios (STC 0041-2004-AI)
- Reelección presidencial (STC 0002-1996-I)
- Recursos naturales (STC 0048-2004-PI)
- Reforma constitucional (STC 0014-2002-AI)
- Referéndum (STC 0003-1996-I; STC 0014-2002-AI)
- Regalía minera (STC 0048-2004-PI)
- Régimen disciplinario militar policial (STC 2868-2004-AA; STC 1238-2004-AA)
- Régímenes de excepción (STC 0017-2003-AI)
- Requisitos mínimos de mandato normativo (STC 0168-2005-PC)
- Requisitos procesales de la medida cautelar (STC 2915-2004-HC; STC 0731-2004-HC)
- Reserva de información tributaria (STC 0009-2001-AI)
- Reserva del proceso (STC 0290-2002-HC)
- Responsabilidad del ente administrador STC 1966-2005-HC)
- Responsabilidad social de las empresas (STC 0048-2004-PI)
- Revocación de licencias municipales (STC 2802-2005-PA)
- Rol de los organismos reguladores (STC 0008-2003-AI)

S

Salud pública (STC 2945-2003-AA)
Sanciones administrativas a los miembros de la PNP (STC 2050-2002-AA)
Secreto bancario (STC 1219-2003-HD)
Seguridad ciudadana (STC 0005-2001-AI; STC 3482-2005-HC)
Seguridad jurídica (STC 0009-2001-AI; STC 2050-2002-AA)
Seguridad nacional (STC 0005-2001-AI)
Seguridad social como garantía institucional (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI acumulados; STC 1417-2005-PA)
Separación de cuerpos (STC 0018-1996-I)
Servicio de telefonía fija local (STC 0005-2003-AI)
Sevicia (STC 0018-1996-I)
Sistema de "justiprecio" (STC 0022-1996-I)
Sistema público de pensiones (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI acumulados)
Situación extraordinaria (STC 0017-2003-AI)
Supervisión y fiscalización del mercado de los servicios públicos (STC 0005-2003-AI)
Supremo intérprete de la constitución (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI acumulados)
Sustracción de la materia (STC 0256-2003-HC)

T

Terrorismo especial (STC 0005-2001-AI)
Test de competencia (STC 0002-2005-PI; 0020-2005-PI / 0021-2005-PI acumulados)
Test de proporcionalidad (STC 0008-2003-AI; STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI acumulados; STC 0019-2005-PI)
Tipología de infracciones constitucionales (0020-2005-PI / 0021-2005-PI acumulados)
Tipología de sentencias interpretativas (STC 0004-2004-CC)
Tipos de hábeas corpus (STC 2663-2003-HC)
Topes de tasas de interés (STC 1238-2004-AA)
Topes pensionarios (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI acumulados)
Transporte público (STC 0008-2003-AI)
Tratos crueles, inhumanos y degradantes en centro de reclusión carcelaria (STC 2333-2004-HC)
Tratos inhumanos (STC 01429-2002-HC)
Tribunales sin rostro (STC 0010-2002-AI)

V

Vacío legal (STC 0009-2001-AI)
Vía de tránsito público (STC 2876-2005-HC)
Vía igualmente satisfactoria (STC 0206-2005-PA)
Vínculo matrimonial (STC 0018-1996-I)
Violencia contra la mujer (STC 0018-1996-I)
Violencia psíquica y psicológica (STC 0018-1996-I)

